

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE MEDICINA**

**Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria**



**TESIS DOCTORAL**

**Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina  
pública española**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Carlos Sardinero García**

Directores

Andrés Santiago Sáez  
Bernardo Perea Pérez  
Julián Benito León

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE MEDICINA**

**DEPARTAMENTO DE TOXICOLOGÍA Y LEGISLACIÓN SANITARIA**



**TESIS DOCTORAL**

**RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD ASISTENCIAL EN LA  
MEDICINA PÚBLICA ESPAÑOLA**

**Autor: Carlos Sardinero García**

**DIRECTORES: Dr. D. Andrés Santiago Sáez**

**Dr. D. Bernardo Perea Pérez**

**Dr. D. Julián Benito León**

**Madrid, 2016**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

**FACULTAD DE MEDICINA**

**Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria**

TESIS DOCTORAL

**RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD ASISTENCIAL EN LA  
MEDICINA PÚBLICA ESPAÑOLA**

©Carlos Sardinero García, 2016



**DPTO. TOXICOLOGÍA Y  
LEGISLACIÓN SANITARIA**  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Medicina  
Pabellón VII – 3ª planta  
Pza. Ramón y Cajal, s/n  
28040 Madrid  
Tlfo.: 91 394 14 67  
Fax: 91 394 16 06  
E-mail: dp089@ucm.es

Con fecha 10 de Octubre de 2016 se aprueba la admisión a trámite de la Tesis Doctoral “RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD ASISTENCIAL EN LA MEDICINA PÚBLICA ESPAÑOLA.” presentada por D. Carlos Sardinero García, tras su prelectura el 20/09/2016 en el Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria de la Facultad de Medicina de la UCM.

Consideramos que la presente Tesis Doctoral cumple todos los criterios exigibles para garantizar la calidad de la misma en todos y cada uno de sus apartados:

- Originalidad del tema.
- Relevancia de la temática elegida.
- Adecuada estructura.
- Claridad en la redacción.
- Contempla y desarrolla todos los componentes de un trabajo de investigación.
- Bibliografía adecuada y significativa.
- Relevancia y aporte de los resultados obtenidos.
- Adecuada presentación formal.
- Clara exposición del trabajo (acto de prelectura del 20/09/2016).
- Brillante defensa de los argumentos a las consideraciones de los profesores doctores del Departamento presentes en el acto de la prelectura.

Para que así conste y a los efectos oportunos.

Madrid, a 10 de Octubre de 2016



DRA. D<sup>a</sup>. ELENA LABAJO GONZÁLEZ  
Secretaria Académica Dpto.



## ÍNDICE

	ABREVIATURAS.....	8
I.	RESUMEN (INGLÉS).....	9
II.	RESUMEN (ESPAÑOL).....	15
III.	INTRODUCCIÓN.....	20
	A) LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	30
	B) ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA SANITARIA..	37
IV.	JUSTIFICACIÓN.....	42
V.	HIPÓTESIS.....	42
VI.	OBJETIVOS.....	43
VII.	MATERIAL Y MÉTODO.....	44
VIII.	RESULTADOS.....	48
IX.	DISCUSIÓN.....	65
X.	CONCLUSIONES.....	71
XI.	TABLAS.....	72
	Tabla 1. Número de sentencias en cada año del estudio.....	72
	Tabla 2. Especialidad y acto imputado.....	73
	Tabla 3. Patología y especialidad.....	74
	Tabla 4. Especialidad y sexo del paciente.....	75
	Tabla 5. Especialidad y edad del paciente.....	76
	Tabla 6. Especialidad y resultado dañoso.....	77
	Tabla 7. Especialidad y cantidad reclamada.....	78
	Tabla 8. Especialidad y modo de aplicación de la cuantía económica..	79
	Tabla 9. Patología y acto imputado.....	80

Tabla 10. Patología y resultado dañoso.....	82
Tabla 11. Acto imputado y modo de aplicación de la cuantía económica.....	84
Tabla 12. Acto imputado y cuantía final concedida.....	85
Tabla 13. Patología y cuantía final concedida.....	86
Tabla 14. Resultado dañoso y cuantía final concedida.....	88
Tabla 15. Modo de aplicación de la cuantía económica concedida.....	89
<b>XII. ANEXOS.....</b>	<b>91</b>
1. Carta de los Directores.....	91
2. Publicaciones.....	94
2.1 Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en la Medicina Pública Española (Publicación 1).....	94
2.2 Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en Patología Oncológica Maligna en la Medicina Pública Española (publicación 2).....	103
2.3 Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en Patologías Neurológicas en la Medicina Pública Española (Publicación 3).....	109
3. Tablas de las publicaciones	
3.1 Publicación 1. Tabla 1. Variables administrativas.....	97
3.2 Publicación 1. Tabla 2. Variables clínicas.....	98
3.3 Publicación 1. Tabla 3. Variables judiciales.....	98
3.4 Publicación 1. Tabla 4. Desglose de la indemnización final de acuerdo con las variables clínicas, administrativas y judiciales.....	99
3.5 Publicación 2. Tabla 1. Variables administrativas.....	106
3.6 Publicación 2. Tabla 2. Variables clínicas.....	106

3.7	Publicación 2. Tabla 3. Variables judiciales.....	106
3.8	Publicación 3. Tabla 1. Variables administrativas.....	112
3.9	Publicación 3. Tabla 2. Variables clínicas.....	112
3.10	Publicación 3. Tabla 3. Variables judiciales.....	112
XIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	115

## **ABREVIATURAS**

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRC-SVM: Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

LRJA-PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

LVDP: ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

## **I. RESUMEN (INGLÉS)**

### **INTRODUCTION**

Among the many issues debated in the context of medical liability, maybe the most significant currently is that of compensation for loss of chance, which arises in cases of causal uncertainty, where it cannot be asserted or denied with any degree of certainty that a professional's conduct has led to the damage that a victim has suffered. As a result, loss of chance is a legal concept that has emerged in recent years as a decisive factor in assessing bodily harm from healthcare.

In this paper, we analyse convictions handed down by the administrative courts (in the context of public healthcare in Spain), where patients, as a result of a lack of diligence displayed by the professional in question, has missed the chance of receiving a proper diagnosis or treatment. A common element in the cases analysed has been ascertaining and demonstrating what would have happened if the professional had acted in a proper and adequate manner. In other words, a mental exercise must be conducted to ascertain if the damage would still have occurred if the omitted conduct had otherwise been performed.

Furthermore, to ensure that the research offers even more effective and precise results, we conducted a study in greater depth into the therapeutic loss of chance in the context of malignant cancer and neurological diseases, primarily due to the prevalence of those diseases in the judgments handed down and their relative weight in important aspects of life.

This paper has been structured by means of the following articles, all of them original:

- 1) *Responsibility due to Loss of Chance in the Public Spanish Medicine.*
- 2) *Responsibility due to Loss of Opportunity in Malignant Oncology of the Public Spanish Medicine.*
- 3) *Responsibility due to Loss of Chance in Neurological Diseases of the Public Spanish Medicine.*

## METHODOLOGY AND OBJECTIVE

We have selected court judgments linked to medical and surgical pathologies, in the overall context of Spanish public healthcare, which make reference to the concept of loss of chance in providing healthcare and that were delivered up to May 2014. Of those judgments, we have only studied those that have resulted in conviction – thus discarding cases that have been dismissed – as the aim of our paper is to analyse the evolution of judgments that have found against the conduct displayed by the public administration due to loss of chance in providing healthcare.

The primary objectives of this paper are to ascertain:

1.- If, in recent years, there has been an increase in the convictions that have applied the loss of chance doctrine in the context of the public healthcare in Spain.

2.- The practices and different types of conduct (diagnostic error, inappropriate or unsuitable treatment, etc.) to which the loss of chance doctrine has been applied most.

3.- What patients and pathologies have been most affected by the doctrine.

4.- The most common forms of compensation (yardstick, percentage or lump sum).

In this article we will analyse the specific characteristics of the convictions rendered in the context of public administration liability, taking into account all the elements and variables that have had a bearing on the judgment.

The results could help to encourage safer medical practices, both for patients and for medical professionals, as well as establish criteria that afford some level of foresight and predictability. This is even more significant as no similar study exists in medical or legal literature that makes reference to the loss of chance in the context of public healthcare.

## RESULTS

Of the 519 convictions analysed, 340 (65.5%) were rendered for misdiagnosis and 138 (26.6%) for inadequate treatment. 351 (67.6%) judgments of conviction have been delivered since 2010, an increase of more than 200% compared to the 168 (32.4%) judgments delivered in the first 7 years of the study (2002-2009). Most patients were male (56.1%) who died (57.4%); the pathologies that most frequently led to a conviction were malignant cancer (26.4%) and neurological disorders (17.3%).

Of the 90 convictions delivered in connection with neurological diseases, 52 (57.8%) were rendered as a result of diagnostic error, and 30 (33.3%) due to inadequate treatment. Since 2009, 72 (80.0%) judgments of convictions have been delivered, an increase of more than 300% with respect to the 18 (20.0%) rendered in the first 6 years of survey (from 2003 to 2008). Most of the patients (66.7%) were men who suffered neurological aftereffects (61.1%), and the pathologies that most often resulted in conviction were neonatal hypoxic-ischemic encephalopathy (14.4%) and spinal injury (14.4%).

Of the 137 convictions delivered in connection with malignant cancer, 119 (86.9%) were rendered due to diagnostic error and 14 (10.2%) due to inadequate treatment. 100 (73.0%) judgments of convictions have been delivered since 2010, an increase of more than 270% with respect to the 37 (27.0%) delivered in the first

6 years of study (from 2004 to 2009). Most patients (68.6%) died; the malignant neoplasms that most frequently led to conviction were those present in breasts, female genital organs, and digestive system.

## **CONCLUSIONS**

1.- In the years covered by the study, there has been a substantial increase in the judgments that apply loss of chance in the context of the Spanish public healthcare system, fundamentally as a result of diagnostic error and inadequate treatment.

2.- In general, most of the patients were men who died.

3.- Malignant cancer and neurological diseases were the pathologies that most frequently resulted in conviction. As a result, we can conclude that these diseases are the ones that pose greater difficulty when assessing a causal nexus.

4.- From our study, most compensation (82.1%) was awarded as a lump sum, without being based on any defined criterion.

## II. RESUMEN (ESPAÑOL)

### INTRODUCCIÓN

Entre los distintos problemas que se debaten alrededor de la responsabilidad médica, quizá el más relevante sea, en la actualidad, el relativo al resarcimiento de la pérdida de oportunidad, planteada en casos de incertidumbre causal, en los que no se puede afirmar ni negar con certeza que la conducta de un sujeto ha ocasionado el daño sufrido por la víctima. Por esta razón, la pérdida de oportunidad asistencial es un concepto jurídico que se ha abierto paso en los últimos años como un criterio determinante para la valoración del daño corporal derivado de la asistencia sanitaria.

En este trabajo analizamos las sentencias condenatorias dictadas por la jurisdicción Contencioso Administrativa, en el ámbito de la medicina pública española, en los supuestos en los que, por falta de diligencia del profesional, el paciente ha perdido la posibilidad de un diagnóstico o un tratamiento adecuado. Los supuestos estudiados comparten la dificultad que entraña conocer y demostrar lo que habría ocurrido si el autor de la conducta hubiera actuado adecuadamente. Es decir, queda resolver si al añadir mentalmente la conducta omitida, el resultado lesivo se habría producido.

Además, para que la investigación ofreciera resultados aún más puntuales y eficaces, profundizamos el estudio de las sentencias sobre pérdida de oportunidad terapéutica en las patologías Oncológicas Malignas y Neurológicas, debido a su prevalencia entre las resoluciones judiciales y a su peso en aspectos muy importantes de la vida.

Así, el trabajo ha sido configurado con la realización de los siguientes artículos, todos ellos originales:

- 1) *Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en la Medicina Pública Española.*
- 2) *Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en Patología Oncológica Maligna en la Medicina Pública Española.*
- 3) *Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial en Patologías Neurológicas en la Medicina Pública Española.*

## METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Se han seleccionado las sentencias judiciales, relacionadas con patologías médicas y quirúrgicas, en el ámbito de la medicina pública española, que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron dictadas hasta mayo de 2014. De éstas, únicamente hemos estudiado las condenatorias, descartando las absolutorias, dado que pretendemos analizar la evolución de las resoluciones que han sancionado la conducta de la Administración pública por pérdida de oportunidad asistencial.

Concretamente, nos hemos planteado los siguientes objetivos:

1.- Si en los últimos años se ha producido un incremento de sentencias que aplican la teoría de pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española.

2.- Determinar las conductas imputadas (error de diagnóstico, tratamiento inadecuado, etc.) en los que más se aplica esta teoría.

3.- Establecer el tipo de pacientes y patologías más afectados por esta teoría.

4.- Determinar la forma más habitual de indemnizar (baremo, porcentaje de posibilidades o tanto alzado).

En este artículo pretendemos determinar las características de las sentencias dictadas por responsabilidad patrimonial de la Administración pública, considerando todas las variables que contemplan alguna influencia.

Los resultados podrían facilitar una práctica más segura de la medicina, tanto para el paciente como para el profesional, así como establecer unos criterios que ofrezcan alguna previsibilidad; más todavía cuando no existe en la literatura médica o jurídica ningún estudio similar que haga referencia específica a la pérdida de oportunidad asistencial en medicina.

## **RESULTADOS**

De las 519 sentencias analizadas, 340 (65.5%) fueron dictadas por error diagnóstico y 138 (26.6%) por tratamiento inadecuado. Desde el año 2010 se produjeron 351 (67.6%) sentencias, lo que supuso más del 200% de aumento con respecto a las 168 (32.4%) ocurridas en los primeros 7 años del estudio (2002 a 2009). La mayoría de los pacientes fueron hombres (56.1%), que fallecieron (57.4%), siendo las patologías que más frecuentemente originaron la condena, la oncológica maligna (26.4%) y la neurológica (17.3%).

De las 90 sentencias por patología neurológica, 52 (57.8%) fueron dictadas por error diagnóstico y 30 por tratamiento inadecuado (33.3%). Desde el año 2009 se han producido 72 (80.0%) sentencias, lo que supone más del 300% de aumento con respecto a las 18 (20.0%) ocurridas en los primeros 6 años del estudio (2003 a 2008). La mayoría de los pacientes fueron varones (66.7%), que tuvieron secuelas (61.1%), siendo las patologías que más frecuentemente originaron la condena, la encefalopatía neonatal hipóxico-isquémica (14.4%) y las lesiones medulares (14.4%).

De las 137 sentencias por patología oncológica maligna, 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 del 270% de aumento con respecto a las 37 (27.0%) ocurridas en los primeros 6 años del estudio (2004 a 2009). La mayoría de los pacientes (68.6%) fallecieron, siendo las de mama (24.1%) y de órganos genitales femeninos, así como las digestivas (21.1%), las neoplasias malignas que más frecuentemente originaron la condena.

## **CONCLUSIONES**

1.- En los años objeto de estudio se ha producido un incremento considerable de sentencias que aplican la teoría de pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española, fundamentalmente por error diagnóstico y tratamiento inadecuado.

2.- En general, la mayoría de los pacientes fueron varones, que fallecieron.

3.- La patología oncológica maligna y las enfermedades neurológicas fueron las que más frecuentemente originaron la condena, lo que nos lleva a concluir que estas enfermedades son las que más dificultades encierran a la hora de valorar la relación causa efecto.

4.- La mayoría de las indemnizaciones (82.1%), en nuestro estudio, se concedieron a tanto alzado, sin atender a ningún criterio delimitado.

### III. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad médica es objeto de un constante interés por parte de la doctrina, especialmente por la naturaleza de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, como son la vida o la integridad física, y por los desafíos que presenta, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia y aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias.

Entre los distintos problemas que se debaten alrededor de la responsabilidad en materia de Derecho sanitario, quizá el más relevante sea, en la actualidad, el relativo al resarcimiento de la pérdida de oportunidad, planteada en casos de incertidumbre causal, en los que no se puede afirmar ni negar con certeza que la conducta de un sujeto ha ocasionado el daño sufrido por la víctima, pero sí dar por hecho que ha sido privada de una oportunidad real y seria de evitarlo (Oriol, 2012, p. 334).

El presente trabajo se configura como un análisis jurisprudencial de la responsabilidad médica por pérdida de oportunidad terapéutica en la sanidad pública española. Se habla de pérdida de oportunidad de vida o curación para destacar aquellos supuestos en los que, por la omisión de una prueba diagnóstica o tratamiento, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación (Asua González, 2008; Gallardo-Castillo, 2009; Medina Alcoz, 2011; Sardinero García, 2016), motivo por el que resulta difícil conocer si el desenlace habría variado en caso de haber actuado como era exigible. Saigí-Ullastre et al. definen el concepto de pérdida de oportunidad, como aquellos supuestos que presentan, como característica común, un error o retraso de diagnóstico de un proceso médico que

acaba con lesiones o el fallecimiento del paciente (Saigí-Ullaste et al., 2013). La cuestión es la dificultad que entraña conocer y demostrar lo que habría ocurrido si el autor de dicha conducta hubiera actuado adecuadamente. Entonces, queda resolver si al añadir mentalmente la conducta omitida, el resultado lesivo se habría producido.

En tales casos, la Jurisprudencia, bien condena al pago íntegro de la indemnización en función de los daños y perjuicios sufridos por el reclamante (según baremo), bien repara el daño en atención a la proporción de pérdida de oportunidad ocasionada (porcentaje de posibilidades), o bien indemniza sin atender a unos criterios delimitados (a tanto alzado) (Asua González, 2008; Gallardo-Castillo, 2009; Medina Alcoz, 2011; Sardinero García, 2016).

**BAREMO:** En realidad, a la hora de valorar y determinar los daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria, tanto patrimoniales como corporales, no existe un baremo específico. No obstante, sí existe un baremo encargado de determinar dichos daños y perjuicios en supuestos de accidentes de tráfico; de ello se encarga la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (en adelante LVDP), que deroga el sistema de valoración del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRC-SVM). Por ello, la LVDP se ha convertido en la referencia también para las lesiones por asistencia sanitaria; entre otras razones debido a que su disposición adicional tercera determina que su sistema servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.

En cualquier caso, la norma derogada, -cuya última actualización se había producido mediante *Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación-*, también resultaba ser un sistema de referencia utilizado como modelo orientativo en el cálculo de cuantías indemnizatorias para daños producidos con ocasión de asistencia sanitaria.

Es preciso advertir que ni la normativa derogada ni la actual han sido capaces de contener la valoración de todos los daños que se deben indemnizar como consecuencia de asistencia sanitaria, no ya porque resulta imposible establecer absolutamente todas las lesiones y complicaciones que podrían surgir, sino porque al estar pensadas para lesiones de tráfico no han tenido en cuenta daños tales como metástasis oncológicas, falta de información o la misma pérdida de oportunidad asistencial, entre otros.

**PORCENTAJE DE POSIBILIDADES:** En estos supuestos, el concepto de teoría de pérdida de oportunidad atiende a una regla de responsabilidad proporcional e hipotética; se reconoce una indemnización a favor de la víctima o el perjudicado de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre, que se determina en atención a la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en realidad, el causante del resultado lesivo. En sentido contrario, también se puede determinar en función de las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente de haber adecuado el médico su conducta a la diligencia que exigía la naturaleza de su obligación. En estos supuestos el porcentaje se establece a partir del baremo.

En el fondo, esta teoría ha surgido tanto para aplicar una relación de causalidad hipotética como para atender los daños y perjuicios en función de la intensidad de aquella. El motivo de la pérdida de la posibilidad terapéutica viene dado con ocasión de la omisión de la diligencia debida por parte de los servicios sanitarios. En estos supuestos de omisión se desconoce con certeza cuál habría sido el pronóstico y, en definitiva, el resultado de haberse actuado diligentemente. Por eso, se sientan hipótesis para establecer un porcentaje orientativo de posibilidades de sanación. Entonces, se dice que el daño no es el que corresponde a la consecuencia acaecida, sino a la incertidumbre en cuanto a lo que hubiera sucedido en caso de que se hubiese actuado adecuadamente. Es decir, las posibilidades del resultado dañoso si la conducta hubiera sido correcta y adecuada a la *lex artis* (Asua González, 2008; Gallardo-Castillo, 2009; Medina Alcoz, 2011; Sardinero García, 2016). Lo que sucede es que se priva al paciente de su derecho a recibir una atención adecuada y, como lo sucedido no se puede cambiar, se habla de pérdida de expectativas de sanación; pérdida que se asemeja al daño moral como concepto indemnizable para cuyo cálculo se atiende a la probabilidad de que el daño no se hubiera ocasionado con una actuación diligente.

Medina Alcoz señala con acierto que la teoría de la *chance* ilumina una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó (Medina-Alcoz, 2011, p. 536-537). Y De Asis Sanz Gandasegui sostiene en esta línea que la omisión de la aplicación de los medios apropiados genera la duda o expectativa sobre el posible curso más favorable de los acontecimientos si se hubiera seguido una técnica o tratamientos distintos (De Asis Sanz Gandasegui, 2009, p. 201)

En efecto, si pacientes en semejantes circunstancias tenían un porcentaje de supervivencia del 70% en caso haber aplicado el tratamiento adecuado, la indemnización que se aplica al caso concreto enjuiciado debería atender a dichas posibilidades. El problema de esta solución es que, en realidad, no resuelve el caso concreto, sino que se dedica a finalizar el litigio por medio de una hipótesis a partir de supuestos semejantes.

La verdad es que en el ámbito sanitario nunca se puede establecer, en el caso concreto, cuál habría sido el pronóstico de cada paciente de haber actuado de acuerdo a una correcta praxis médica, lo que sucede tanto para las omisiones como para las acciones, pues no es menos cierto que la medicina no es una ciencia exacta, ni todos los pacientes responden igual al tratamiento. De hecho, a pesar de que la estadística hable a favor de dicho porcentaje (70%), lo más probable es que se encontrara incluido en el mismo y superara la enfermedad. En tal caso, es seguro que habría recuperado la salud con un 100% de posibilidades si hubiera sido sometido al tratamiento adecuado (todos los que se encuentran en el 70% superan la enfermedad).

Pero en las acciones puede suceder lo mismo; supongamos que un paciente que se encuentra ingresado por una grave patología que le puede causar la muerte, recibe un antibiótico al que es alérgico, hecho recogido en la historia clínica pero que no es advertido por el médico ni la enfermera que lo suministra, y el paciente fallece de un shock anafiláctico. También aquí se podría decir que, incluso, sin el antibiótico al que era alérgico, algunos pacientes en esas circunstancias fallecen y restar de la indemnización la cuota que por ello correspondiera, pero lo cierto es que los familiares del paciente también dirían que indudablemente falleció de la reacción alérgica y que, precisamente, la circunstancia de que estuviera grave

debería haber hecho extremar la precaución y no ser, a la vez, motivo de reducción de la cuota indemnizatoria.

Tampoco parece lo más adecuado que el paciente, víctima de la falta de diligencia del profesional de la medicina, o los perjudicados si aquél falleció, sean quienes deban soportar la carga de la prueba de acreditar qué resultado habría acontecido si hubiera recibido la asistencia médica que merecía. En realidad, este hecho resulta de imposible demostración porque, ante una omisión que ya no se puede corregir, no existe ningún método que nos permita conocer cuál habría sido el resultado seguro de haber actuado con diligencia. Por eso, el juicio de causalidad se resuelve con una valoración retrospectiva, *ex post*, dirigida a establecer la relación de causalidad hipotética entre el resultado lesivo y la omisión de la conducta esperada.

A nuestro juicio, tan complicada cuestión debería situarnos, en primer lugar, ante el problema de la carga de la prueba del pronóstico en los supuestos de pérdida de oportunidad, si lo que vamos a aplicar es el porcentaje hipotético de posibilidades, cuestión que ha sido resuelta en varias ocasiones por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, con aplicación del principio de facilidad probatoria del artículo 217 de la LEC, señala que demostrada la *mala praxis* debe desplazarse la carga de la prueba a la Administración Pública para que sea ésta la que acredite qué daños y en qué porcentaje se habrían evitado u ocasionado, en su caso. Esta doctrina la recoge el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, en Sentencia de 26-3-2012, rec. 3531/2010, Pte: Pico Lorenzo, y sec. 6ª, Sentencia de 7-7-2008, rec. 4776/2004, Pte: Huelin Martínez de Velasco, al advertir que:

*“acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea, o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse*

*correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado de la carga de un hecho de demostración imposible, pues, probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como era exigible”.*

Este matiz, de suma importancia a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial que procede ante una demostrada falta de diligencia, asociada a la falta de conocimiento del resultado que habría acontecido en caso de que se hubiera actuado de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, también es asumido por el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, en la Sentencia de fecha 12-7-2007, rec. 92/2003, Pte: Robles Fernández, y la de fecha 20-3-2007, rec. 7915/2003; misma ponente y sección, al señalar que:

*“no es exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó”.* Es evidente, por tanto, sigue la sentencia, *“que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que, en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos”.*

En definitiva, considero que, una vez constatada la infracción de la *lex artis* y el daño, parece preciso, por lo menos, aplicar y consolidar un hábito probatorio del porcentaje o probabilidad de la etiología del daño, desplazando la carga de la

prueba a quien omitió la diligencia debida, pues el modelo de aplicación justa de la pérdida de oportunidad únicamente es posible unido a criterios adecuados de interpretación de la prueba y de esta manera evitar la tendencia peligrosa e inaceptable a utilizar la pérdida de oportunidad como un instituto que permite, sin razonamiento de clase alguna, conceder indemnizaciones ridículas e insultantes cuando deberían ser íntegras si existía un alto grado de probabilidad de sanación o si la Administración o el médico no demostraran en qué porcentaje habría sucedido de igual forma el resultado dañoso. Parece lógico que no se exija al perjudicado la prueba diabólica de un hecho negativo pues éste nunca podrá demostrar con certeza absoluta lo que habría ocurrido en caso de que el facultativo hubiera adecuado su conducta a la *lex artis* (Asua González, 2008; Gallardo-Castillo, 2009; Medina Alcoz, 2011; Sardinero García, 2016).

Sin embargo, esta tendencia a desplazar la carga de la prueba no se ha consolidado por los Juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo que continuamente solucionan el debate de la pérdida de oportunidad concediendo una indemnización por debajo de baremo sin explicar a qué criterio se ha acudido. Nuestro trabajo de investigación tiene, entre otros propósitos, llegar a conocer los criterios que con mayor frecuencia se aplican en España.

TANTO ALZADO: En otras ocasiones, en la doctrina jurisprudencial, quizá para evitar la multiplicación de demandas, la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica de forma que corre el peligro de aplicación sistemática de exoneración de responsabilidades debido a la dificultad que entraña acreditar el nexo causal natural.

En estos supuestos, la indemnización se concreta sin atender a un criterio delimitado, motivo por el que la denominamos “*a tanto alzado*”. Sencillamente no se sabe a qué criterio acude el juez para llegar a la cuantía que concede, pero en todo

caso, la cantidad resultante es inferior a la determinada en el baremo y tampoco se llega a estudiar un porcentaje de posibilidades. No aplica criterios de imputación objetiva del resultado en atención al deber de garante del facultativo y de creación o incremento del riesgo, pero tampoco de relación de causalidad, siquiera hipotética. Cabe pensar que los jueces duden porque condenar a la Administración sanitaria por todo el daño podría parecer excesivo ante la posibilidad de que el daño se hubiera producido en cualquier caso, 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.

Si lo que indemnizan es el daño moral por la pérdida de oportunidad ocasionada lo que hacen es utilizar la teoría únicamente para reducir la cuantía de la forma más fácil al no entrar a valorar las verdaderas posibilidades. De esta manera, con un acertado análisis de cálculo *ex post* de posibilidades podríamos llegar a la conclusión de que la oportunidad no existía y, sin embargo, por zanjar el asunto de tal manera se habrían indemnizado daños inexistentes. Pero también se podría llegar a la conclusión contraria al indemnizar un daño moral por la pérdida de oportunidad cuando el paciente se habría merecido la indemnización íntegra si así se hubiese desprendido de un estudio adecuado de la prueba y de la relación de causalidad. Por esto, advierte Oriol Mir que la aplicación abusiva de la figura de la pérdida de oportunidad tiene el riesgo de ser empleada para eludir una prueba rigurosa del nexo causal: En unos casos puede beneficiar indebidamente a las víctimas cuando sirva para concederles alguna indemnización en supuestos en los que, de haberse practicado prueba, se habría acreditado que una correcta actuación de la Administración no hubiese evitado el daño, pero, en otros, puede perjudicarlas cuando comporte la reducción de la cuantía indemnizatoria en casos en que la

prueba habría demostrado la existencia cierta de relación de causalidad (Oriol, 2012, p. 335)

En definitiva, la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, provoca que sea complicado valorar el daño, -de ahí las diferentes tendencias para resolver esta cuestión-, dado que se desconoce el grado de probabilidad de que la actuación correcta hubiera producido el efecto beneficioso. Esto es lo que provoca, precisamente, que resulte muy controvertida la determinación del *quantum* indemnizatorio. De hecho, los resultados de la investigación destacan la falta de unidad de criterio en la valoración del daño; algunos Tribunales suelen indemnizar un porcentaje del daño total producido, en función de la probabilidad de que se produjera el riesgo materializado, otros aplican integralmente el baremo de tráfico, mientras los demás no utilizan un criterio determinado.

Es evidente que el tema de la pérdida de oportunidad está sujeto a un constante desarrollo, y el estudio de la situación en el ámbito de la medicina pública española nos parece interesante por varias razones: No existen trabajos similares; los resultados podrían ser útiles para los profesionales sanitarios en cuanto evidencian cuáles son las concretas patologías y las ramas de la medicina más sujetas a la aplicación de la pérdida de oportunidad asistencial; y los resultados de la investigación pueden ser aptos para establecer unos criterios que ofrezcan alguna previsibilidad ante posibles reclamaciones judiciales en los diferentes Tribunales nacionales.

Además, para que la investigación ofreciera resultados aún más puntuales y eficaces, profundizamos el estudio de las sentencias sobre pérdida de oportunidad

terapéutica en las patologías Oncológicas Malignas y Neurológicas, debido a su prevalencia entre las resoluciones judiciales y a su peso en aspectos muy importantes de la vida.

En este trabajo de investigación analizamos las sentencias condenatorias dictadas por la jurisdicción Contencioso Administrativa, en el ámbito de la medicina pública española, en los supuestos en los que, por falta de diligencia del profesional, el paciente ha perdido la posibilidad de un diagnóstico o un tratamiento adecuado.

Conscientes de la importancia de la jurisprudencia en este aspecto, -de hecho, la teoría de la pérdida de oportunidad nace de la jurisprudencia-, se ha enfocado la labor de investigación en el análisis y comparación de resoluciones judiciales emitidas en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública; la exclusión del estudio de las resoluciones de la jurisdicción civil y penal tiene un fundamento específico, es decir, el de obtener resultados coherentes, tal y como explicaremos más adelante.

## **A) LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

La indemnización en vía administrativa de los daños y perjuicios por responsabilidad médica tiene un respaldo constitucional, dado que el artículo 106.2 CE dispone que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos; pero, a la hora de determinar quién debe indemnizar y en qué términos, hay que remitirse a la legislación ordinaria, en particular a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (en adelante LPAC) que entró en vigor el 2 de octubre de 2016 y que ha derogado el anterior sistema establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJA-PAC).

En la actualidad, el artículo 91 de la LPAC, encargado de regular las especialidades de la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, determina que será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que tiene el siguiente contenido:

*1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la*

*inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

*2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.*

*3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.*

*4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.*

En realidad, como hemos dicho, para valorar los daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria no existe un baremo específico. Por esta razón, la LVDP, que deroga el sistema de valoración del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, se ha convertido en la referencia; fundamentalmente porque su disposición

adicional tercera determina que su sistema servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.

En cualquier caso, es el artículo 32 de la LRJSP el encargado de sentar los principios de la responsabilidad al determinar, en su apartado primero, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, cuestión que, en no pocas ocasiones, resulta sumamente difícil determinar tal y como veremos en el presente trabajo de investigación.

De este artículo se desprende que la responsabilidad de la Administración pública es directa y también objetiva, dado que basta con que el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento del Servicio Público, con independencia de que la actuación de la Administración sea normal o anormal.

Por su parte, reiteradísima jurisprudencia impone para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes elementos:

- 1) Un acto administrativo, un actuar administrativo (acción u omisión), derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2) La efectiva realidad de la lesión, daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

3) Relación de causalidad, directa e inmediata o mediata e indirecta, entre el funcionamiento de la Administración y el daño, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir para alterar el nexo causal.

4) Que la lesión, daño o perjuicio sea antijurídico, es decir, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

5) Ausencia de fuerza mayor (artículo 141.1 LRJA-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999; actualmente artículo 32 LPAC).

Asimismo, a los fines del art. 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Sentado que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en la jurisdicción Contencioso-Administrativa se distingue en cuanto que es objetiva y de resultado (dado que no se requiere el requisito de la culpa), lo que resulta determinante es la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal o normal del Servicio Público y la lesión, el nexo de causalidad (Sardinero García, 2016, p. 45). Pero, en la práctica, esa condición por sí sola no basta para definir la causalidad sino que es necesario, además, que resulte idónea para determinar aquel resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento.

Entre el funcionamiento, normal o anormal, del servicio público y el resultado debe mediar un vínculo o relación de causalidad que, en principio y según la doctrina dominante (Luciano Parejo, 1998, p.153; Villar Rojas, 1996, p. 153), debe ser directa, inmediata y exclusiva, aunque el Tribunal Supremo ha admitido en diferentes pronunciamientos la relación de causalidad mediata o indirecta. Claro está, salvo los supuestos de fuerza mayor. En origen, la doctrina requería que el nexo de causalidad fuese directo, inmediato y exclusivo, sin interferencias de terceros o del interesado que concurran en la producción del daño; pero, en muchos supuestos concretos, esta postura conllevaba el riesgo de excluir el derecho a una compensación por aquellos daños que, aunque no se habían producido exclusivamente como consecuencia de un acto de la Administración pública, indirectamente habrían podido ser limitados gracias a una actuación diferente.

Por lo tanto, la relación de causalidad, en principio, debe ser directa, inmediata y exclusiva, aunque no queda excluida la relación mediata, indirecta o la concurrente. Así lo afirmaba la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, de fecha 11-5-1999, rec. 9655/1995, Pte: Xiol Ríos, o la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 14-6-2011, rec. 2371/2007, Pte: Menéndez Pérez, que, al conocer un supuesto en el que el paciente había sufrido severas secuelas cerebrales tras una infección postoperatoria, indicó que correspondía la carga de la prueba de la ruptura del nexo causal y del motivo de los daños cerebrales a la Administración con apoyo en el principio de facilidad probatoria, a la vez que recordaba que la relación causal no necesariamente ha de ser directa, inmediata y exclusiva, ya que puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes.

Otro elemento es la antijuridicidad del resultado, -si el paciente tiene o no el deber jurídico de soportar el daño-, no así la antijuridicidad de la conducta. De esta forma se ha pronunciado desde antiguo la jurisprudencia, pues el artículo 34 LRJSP, señala que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (Bello Janeiro, 2009, p. 242).

Por tal razón, no sólo no es necesario demostrar, para exigir responsabilidad, la existencia de dolo o imprudencia, sino que tampoco es preciso acreditar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala. Luciano Parejo advierte que la responsabilidad de la Administración pública, por daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, es directa porque se atribuyen siempre a la propia organización administrativa titular del servicio las consecuencias de los hechos de sus agentes, y es objetiva porque no requiere el concurso de la culpa (Luciano Parejo, 1998, p. 684). Este tipo de responsabilidad objetiva tiene su explicación en la necesidad de establecer una garantía patrimonial en favor de los ciudadanos que sirva de contrapeso a los eventuales daños que la organización de los servicios públicos puede causar (Villar Rojas, 1996, p. 29), porque la responsabilidad constituye el mecanismo de cierre del sistema de protección y garantía patrimoniales de los ciudadanos frente a la acción del poder público administrativo (Luciano Parejo, 1998, p. 682).

## B) ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA SANITARIA

No obstante, en el caso de la actividad sanitaria, la situación resulta absolutamente diferente pues se requiere la nota esencial de la antijuridicidad de la conducta (ya no hablamos de antijuridicidad del resultado), es decir, la presencia de culpa como criterio valorativo de la corrección del acto médico; nos referimos a la presencia de infracción de la *lex artis*. De esta forma se pronuncia la actual jurisprudencia de lo Contencioso-Administrativo que, en no pocas ocasiones, se ha referido al concepto de *lex artis* sobre el que hace girar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

En materia sanitaria el criterio de la *lex artis ad hoc*, como requisito adicional y específico, se apoya en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, pues el médico no garantiza la curación del enfermo (Galán Cortes, 2011, p. 73-89). Los profesionales de la salud están obligados a prestar atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, pero no se comprometen, en ningún caso, a la obtención de un resultado satisfactorio. Tal circunstancia sería contraria tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, por lo que, en tal caso, no existirá responsabilidad alguna (Ester Casas, 2009, p. 218).

La *lex artis* comporta un determinado grado de previsión y pericia en íntima relación con la experiencia y competencia del facultativo, quien debe ajustar su conducta a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como de un modo muy atinado describe el artículo 1.104 del Código Civil al indicar que *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*. Y es que a la hora de valorar si la actividad médica se ha acomodado a la *lex artis* se debe proceder a un juicio *ex ante*, es decir, teniendo en cuenta las habilidades del facultativo y el estado de la ciencia en el lugar y en el momento de la aplicación de la asistencia sanitaria. Sobre esta cuestión, aunque referida a la conducta de los Estados, Administraciones y autoridades, se refiere el artículo 3 del Convenio de Oviedo dedicado al acceso equitativo a los beneficios de la sanidad, cuando señala que *“Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a los beneficios de una sanidad de calidad apropiada”*.

De esta forma, para juzgar la labor de cualquier facultativo, se debe tener en cuenta que las decisiones son tomadas en un momento y lugar determinado, en atención a unas circunstancias y conocimientos que se tienen en dicho momento y que únicamente pueden y deben ser valorados desde la perspectiva del médico o enfermero interviniente en esa situación.

Por estas razones, para una adecuada valoración de la praxis médica realizada, el juzgador se debe colocar en el lugar del sujeto, en el momento del comienzo de la acción, y tener en cuenta únicamente las circunstancias del caso concreto conocidas en ese inicio, no las que se saben después. En definitiva, deben tener en cuenta las circunstancias concretas de lugar y tiempo en el que se lleva a cabo la asistencia sanitaria pues no rigen las mismas exigencias -derivadas de la *lex artis*- de cuidado debido para el médico especialista que desarrolla su actividad dentro de una clínica universitaria o en un gran centro sanitario de la ciudad, que para el médico que desempeñe su profesión en una zona rural o pueblo remoto (Jorge Barreiro, 1990, p. 48; Romeo Casabona, 1981, p. 245).

Por lo anterior, definimos la *lex artis* como la conducta ética y legalmente exigible a todo profesional de la medicina con arreglo a los conocimientos que le son demandables por su titulación y especialidad, los parámetros prescritos por el estado de la ciencia y las guías y protocolos aceptados por la sociedad científica, tanto en fase de prevención, anamnesis, diagnóstico, indicación terapéutica, pronóstico, ejecución del tratamiento terapéutico, como en fase postoperatoria o de control y vigilancia de la evolución del paciente. Ello incluye, obviamente, la adecuada información en cada una de las fases. Por su parte, la *lex artis ad hoc* se puede definir como la concreción de la diligencia exigible al caso concreto según los anteriores criterios que deben ser adaptados a la naturaleza de obligación y a las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar en el que tiene lugar la actividad. Cuanto más fácil le hubiera resultado al médico advertir la situación de riesgo no permitido más imprudente será la conducta, grado que se considerará más elevado cuanto más digno de protección sea el bien jurídico protegido por la norma infringida (Sardinero García, 2016, p. 64).

Romeo Casabona sostiene que la *lex artis* señala una serie de reglas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes; pero a pesar de esto, siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por la ciencia médica (Romeo Casabona, 1981, p. 162).

Finalmente, dado que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por prestación sanitaria hasta hoy no han sido definidos los elementos o requisitos que deben estar presentes, -donde aquella es presidida por el criterio de la culpa y en la que actúa el concepto de "*lex artis*"-, en contraposición a la responsabilidad objetiva en la que han sido perfilados con normalidad los requisitos necesarios, proponemos la siguiente configuración; a saber:

1) Un acto administrativo, un actuar administrativo (acción u omisión), derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2) Conducta con infracción del deber objetivo de cuidado, contraria a la *lex artis ad hoc*.

3) La efectiva realidad de la lesión, daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

4) Relación de causalidad, directa e inmediata o mediata e indirecta, entre el funcionamiento de la Administración y el daño, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir para alterar el nexo causal.

5) Existencia de una relación de antijuridicidad entre ambos o imputación objetiva del resultado.

6) Ausencia de fuerza mayor (artículo 141.1 LRJA-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999).

Estos requisitos serían de plena aplicación a supuestos especialmente complejos como los supuestos de pérdida de oportunidad.

#### **IV. JUSTIFICACIÓN**

Son ya muchos años de ejercicio profesional dedicados al Derecho Sanitario, y en este tiempo he percibido que el concepto de pérdida de oportunidad terapéutica aparece, de una forma cada vez más reiterada, en los litigios tramitados con ocasión de daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria. A pesar de ello, no había trabajos de investigación que estudiaran en profundidad el verdadero alcance de su aplicación o las consecuencias. Esta fue la razón que motivó el nacimiento del presente trabajo.

#### **V. HIPÓTESIS**

Cuando media pérdida de oportunidad terapéutica: la indemnización varía en función de la zona geográfica; no existe un criterio unificado a la hora de determinar los daños y perjuicios; los Jueces y Tribunales indemnizan en la mayoría de los casos sin atender a criterios delimitados y por debajo de los baremos.

## VI. OBJETIVOS

El trabajo de investigación pretende analizar los siguientes extremos:

1.- Determinar si en los últimos años se ha producido un incremento de sentencias que aplican la teoría de pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española.

2.- Determinar las conductas imputadas (error de diagnóstico, tratamiento inadecuado, etc.) en los que más se aplica esta teoría.

3.- Establecer el tipo de pacientes y patologías más afectados por esta teoría.

4.- Determinar la forma más habitual de indemnizar (baremo, porcentaje de posibilidades o tanto alzado).

## VII. MATERIAL Y MÉTODO

Se han seleccionado las sentencias judiciales, relacionadas con la medicina pública española, que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron dictadas hasta mayo de 2014. De éstas, únicamente hemos estudiado las condenatorias, descartando las absolutorias, dado que pretendemos analizar la evolución de las resoluciones que han sancionado la conducta de la Administración pública por pérdida de oportunidad asistencial.

Por tal razón, son todas sentencias emitidas por Salas de lo Contencioso-Administrativo, lo que hace que hayan quedado descartadas todas las resoluciones de la jurisdicción civil y penal, para así evitar que nuestros resultados quedasen “contaminados”, dado que los criterios de imputación resultan diferentes en atención a la jurisdicción que juzga los actos médicos. La misma conducta y resultado dañoso pueden obtener una sentencia totalmente diferente en función de la jurisdicción en la que se plantee el litigio, de manera que unos mismos hechos que hubieran dado lugar a una sentencia condenatoria en vía Contencioso - Administrativa podrían obtener una sentencia absolutoria en vía Penal si no se cumplen los requisitos establecidos por el tipo penal; y unos hechos que hubieran dado lugar a una absolución en vía administrativa podrían dar lugar a una condena en la Civil, en atención a la diferente interpretación de los criterios jurisprudenciales que sujetan a los distintos órdenes jurisdiccionales. En la mayor parte de trabajos españoles que han abordado las sentencias en otras especialidades se han llevado a cabo sin separar los tres tipos de jurisdicciones (civil, penal y administrativa), lo que hace difícil comparar los resultados con el presente estudio.

Es preciso advertir que la jerarquía jurisdiccional española se establece por su función procesal (Asúa González, 2008). 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. Los órganos de instancia —primera o única— resuelven los asuntos por primera vez; por su parte, la segunda instancia, compuesta por órganos colegiados, realiza una función revisora de la primera, esto es, un nuevo enjuiciamiento pleno ante un órgano superior estratificado de la siguiente forma en la vía Contencioso - Administrativa:

- 4) Juzgados de lo Contencioso - Administrativo: Son los competentes a la hora de juzgar en primera instancia los asuntos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en función de la cuantía de la cantidad reclamada y de su situación geográfica.
- 5) Tribunal Superior de Justicia: Órgano superior en la comunidad autónoma con competencias para juzgar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión de asistencia sanitaria, tras la derivación de competencias desde el Estado a las comunidades autónomas. Toma el nombre de la comunidad autónoma y extiende su jurisdicción al ámbito territorial de ésta. En función de su situación geográfica actúan como una primera y única instancia o con funciones revisoras de las resoluciones de los Juzgados por vía del recurso de apelación. Sus resoluciones,

dependiendo de los casos y de cuestiones en las que no vamos a detenernos por exceder del contenido de nuestra investigación, pueden ser susceptibles de ser recurridas ante el Tribunal Supremo.

- 6) Audiencia Nacional: Con sede en Madrid y jurisdicción en toda España, 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 en el ámbito de la farmacovigilancia o las que ejerce el Ministerio de Defensa cuando realiza labores de asistencia sanitaria. Sus resoluciones, en función de las circunstancias del caso, podrán o no ser revisadas por el Tribunal Supremo.
- 7) Tribunal Supremo: Con sede en Madrid y jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior al que se accede mediante el conocido recurso de casación.

Se han analizado todas las sentencias judiciales, relacionadas con patologías médicas o quirúrgicas, 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. 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 la base de datos se recogieron las variables administrativas, judiciales y clínicas de cada sentencia.

Limitaciones: No se pudo recoger la variable “tipo de profesional implicado” debido a que, al tratarse de sentencias del ámbito Contencioso - Administrativo, no se especificaba, en la mayor parte de ellas, qué médico (especialista o no) había participado. Además, nuestra investigación no hace referencia a sentencias de Juzgados de primera Instancia debido a que las bases de datos no incluyen este tipo de resoluciones.

La vía de acceso (motor de búsqueda) fue la siguiente: responsabilidad patrimonial/asistencia sanitaria/pérdida de oportunidad/condena.

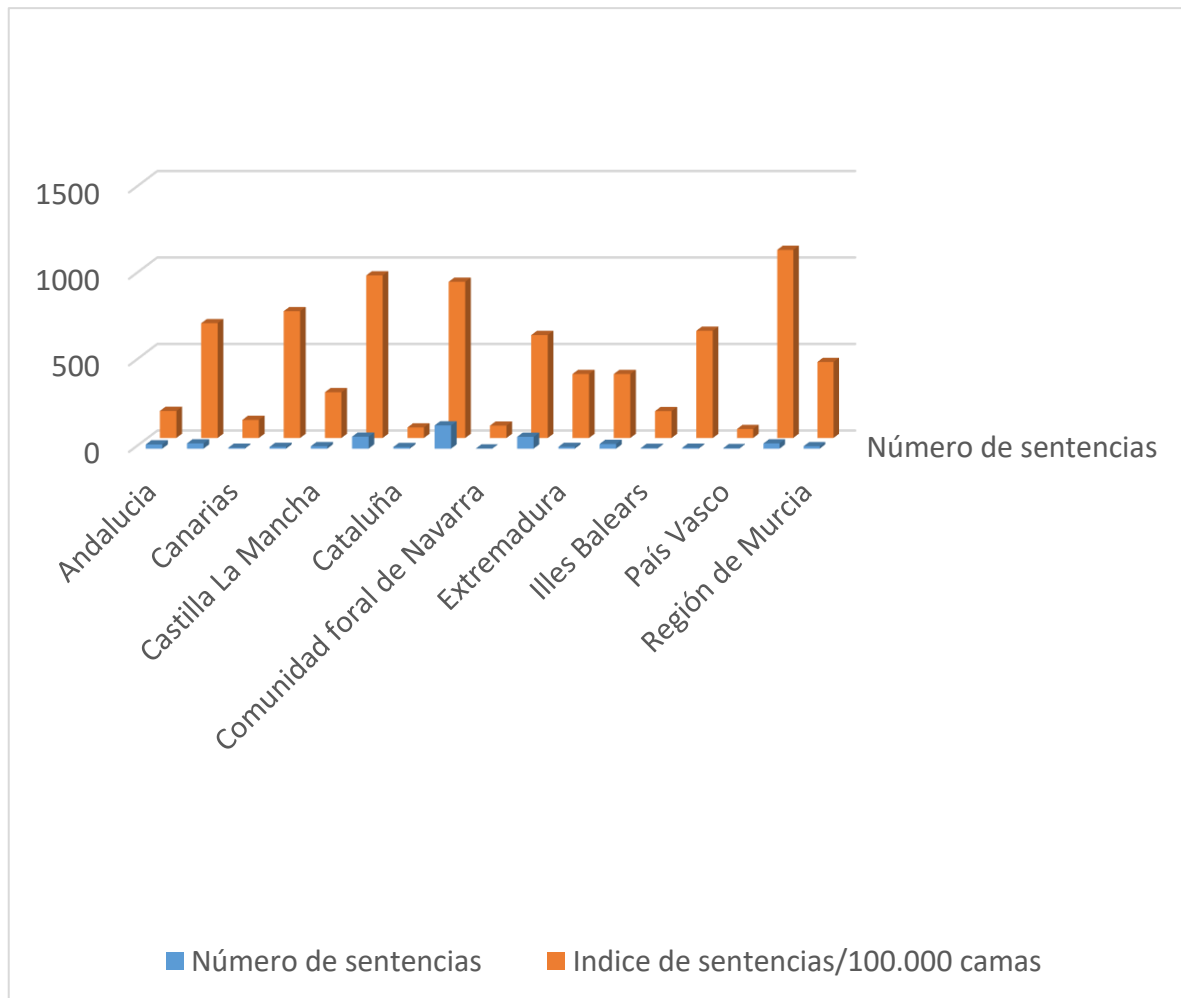
Se realizó un estudio descriptivo simple de las variables recogidas, mediante porcentajes. En lo referente a las comunidades autónomas, con objeto de corregir el número de sentencias respecto a la actividad médica realizada, se ha presentado el número de camas hospitalarias públicas, según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, actualizado a 31 de diciembre de 2014 (<http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/docs/CNH2015.pdf>). De esta manera obtuvimos el índice de sentencias por cada 100.000 camas hospitalarias. En los conjuntos de dos variables cuya distribución pudiera estar relacionada y esa relación pudiera ser de interés se ha realizado un contraste de variables mediante tablas de contingencia usando la prueba de la Chi-cuadrado o el test exacto de Fisher. 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 para un valor  $p < 0.05$ . Los datos se analizaron mediante el programa estadístico SPSS v. 21.0.

## VIII. RESULTADOS

De las 10.001 sentencias obtenidas, 1.249 aludían al concepto de pérdida de oportunidad asistencial. De éstas, 522 fueron condenas en el ámbito de la medicina pública; decidimos excluir 3 de ellas 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.

La primera sentencia de nuestra muestra por pérdida de oportunidad asistencial en España, en el ámbito de la medicina pública (no detección en la ecografía de una focomelia durante el embarazo), se dictó el 16 de octubre de 2002 por la Audiencia Nacional. Desde entonces, se ha producido un crecimiento exponencial de este tipo de sentencias ((tabla 1, Anexos: publicación 1). Así, desde el año 2010 se han encontrado 351 (67.6%) sentencias, lo que supone más del 200% de aumento con respecto a las 168 (32.4%) sentencias ocurridas en los primeros 7 años del estudio (2002 a 2009). De las 17 CCAA, las de Madrid, Castilla y León, y Valencia, fueron, en valor absoluto, donde se dictaron más sentencias condenatorias por pérdida de oportunidad; sin embargo, tras la “corrección” por el número de camas, el índice de sentencias por cada 100.000 camas hospitalarias fue máximo en el Principado de Asturias y en Castilla y León (tabla 1, Anexos: publicación 1), véase gráfico 1.

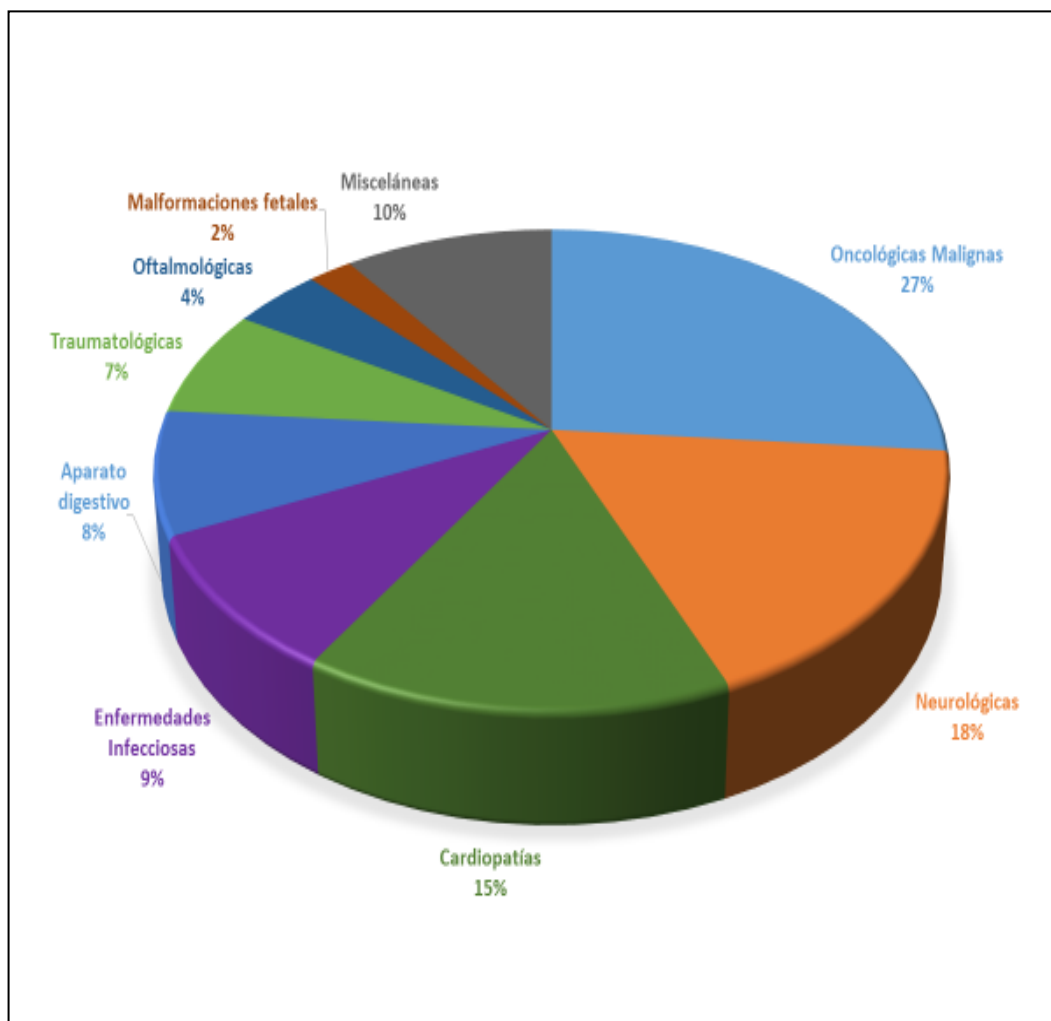
Gráfico1: Distribución de sentecias por CCAA.



En la tabla 2 se muestran las variables clínicas. Las sentencias condenatorias fueron dictadas desde el 16 de octubre de 2002 hasta el 14 de mayo de 2014. De las 519 condenas, 137 (26.4%) fueron dictadas por patologías oncológicas malignas (excluyendo los tumores del sistema nervioso central), 90 (17.3%) por patologías neurológicas, 78 (15.0%) por cardiopatías, 48 (9.2%) por enfermedades infecciosas, 43 (8.3%) por enfermedades del aparato digestivo, 38 (7.3%) por patologías traumatológicas, 22 (4.2%) por patologías oftalmológicas, 11 (2.1%) por malformaciones fetales no detectadas y 52 (10.0%) por patología miscelánea.

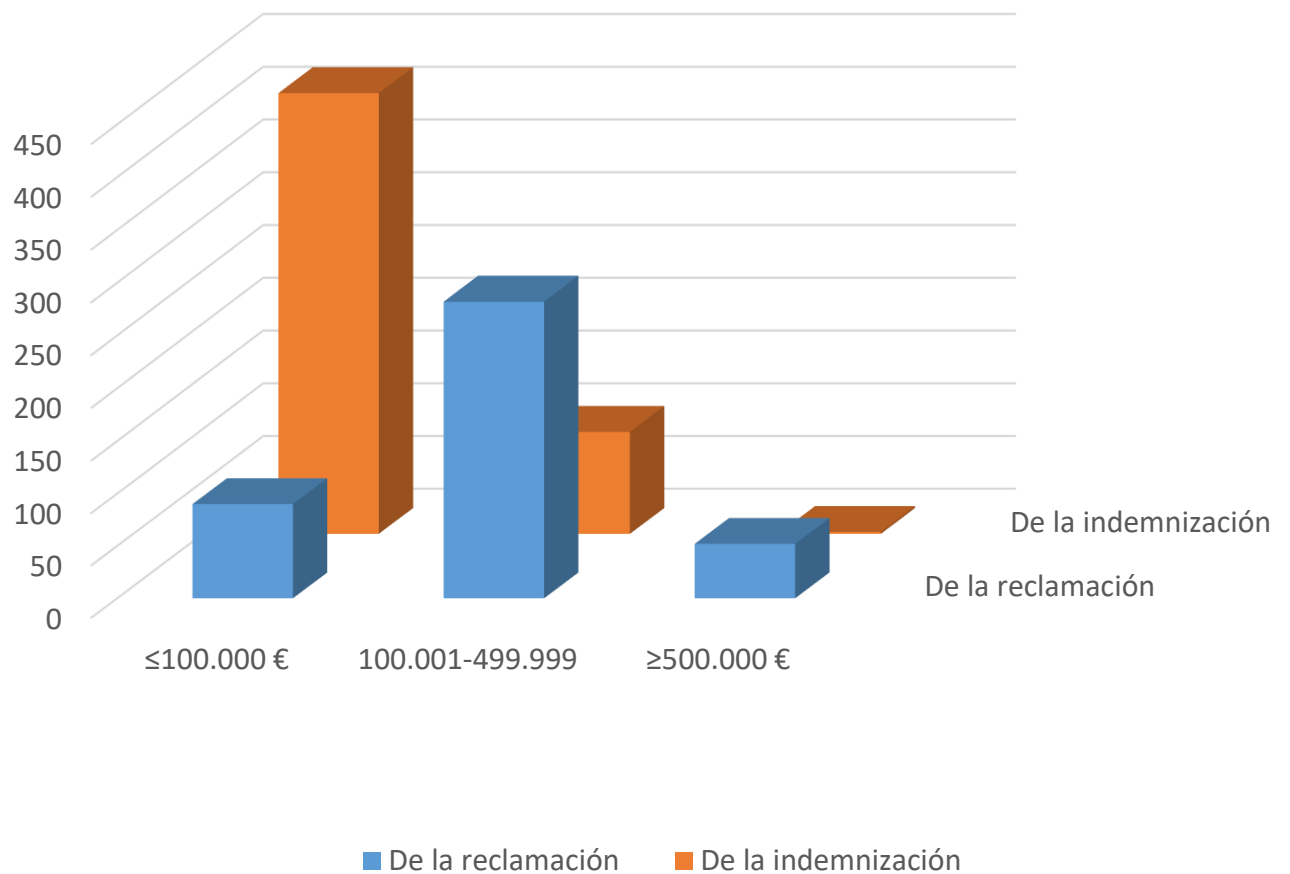
La mayoría de los pacientes fueron varones (56.1%), siendo las patologías que más frecuentemente originaron la condena, la patología oncológica maligna (26.4%) y la neurológica (17.3%), como puede verse en el gráfico 2.

Gráfico 2. Tipo de patología por la que se realizó la reclamación y se condenó.



En la tabla 3 (Anexo: publicación 1) se presentan las variables judiciales. La mayor parte de las condenas fueron impuestas a las CCAA y a sus aseguradoras (compañías de seguros) (88.2%). De las 519 sentencias, 340 (65.5%) fueron dictadas por error diagnóstico (ya sea por no solicitar una prueba en concreto o por una exploración deficiente), 138 (26.6%) por la omisión de un tratamiento adecuado y tan solo 18 (3.5%) por omisión de información. Un 57.4% de los pacientes fallecieron. Por último, es llamativo que la distribución de la cuantía inicialmente reclamada es inferior a la de la indemnización finalmente sentenciada (véase gráfico 3). Si bien son mayoritarias las reclamaciones comprendidas entre los 100.000 - 499.999 euros (54.3%), los resultados reflejan que son mayoritarias (80.5%) las indemnizaciones concedidas  $\leq 100.000$  euros. Por último, es llamativo que la cuantía concedida (mediana = 50.000 euros) fue inferior a la solicitada (mediana = 180.301.5 euros) (prueba de los rangos con signos de Wilcoxon,  $p < 0.001$ ). No encontramos diferencias estadísticamente significativas (U de Mann-Whitney,  $p = 0.09$ ) entre las indemnizaciones concedidas en el primer periodo del estudio (2004-2009) (mediana = 60.000 euros) y el segundo (2010-2014) (mediana = 40.000 euros). La cuantía mayor (casi un millón de euros) se dictó en el caso de un varón en el que no se especificaba la edad a la que había sufrido un ictus y en el que se había dado un error diagnóstico.

Gráfico 3: Comparación de la cuantía económica de la reclamación con la indemnización concedida

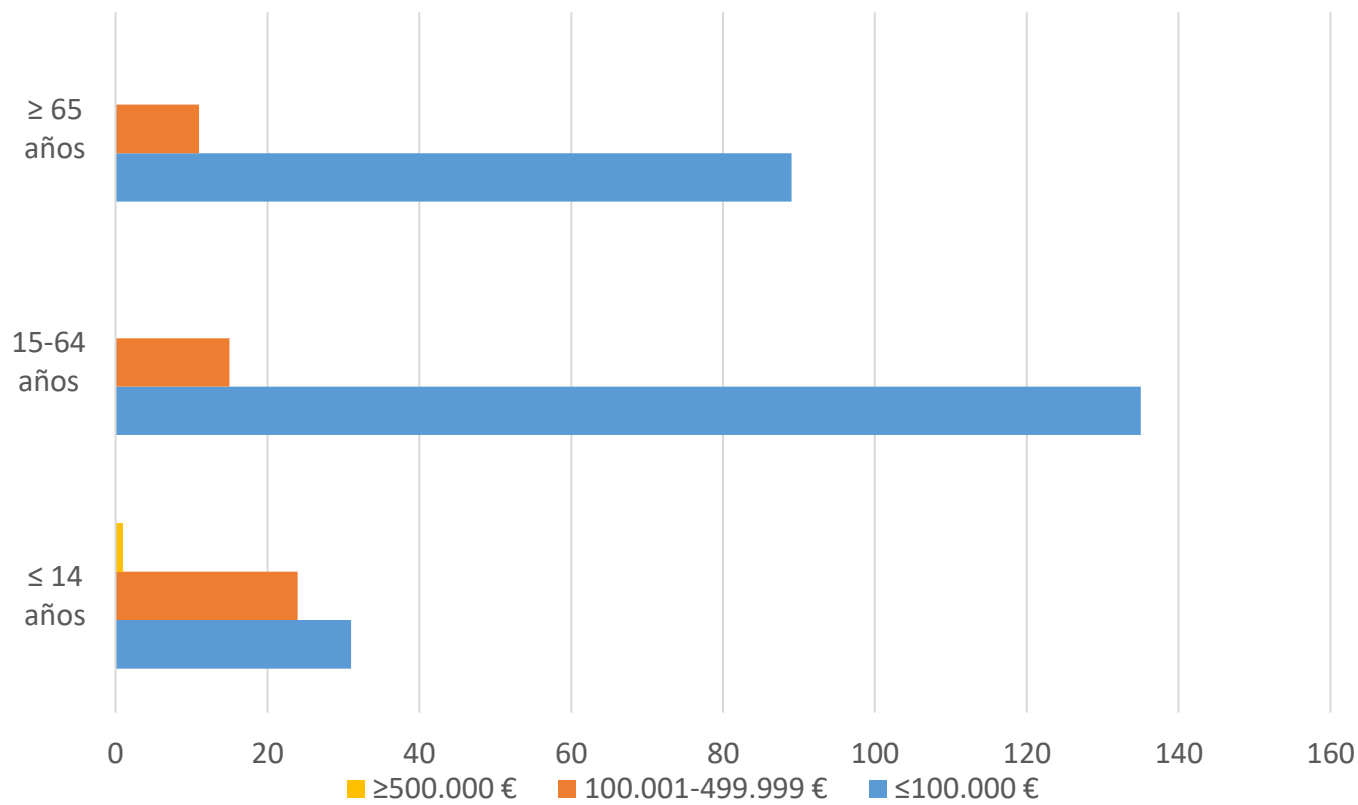


Finalmente, resulta muy relevante que solo un 9.4% se aplique por analogía o identidad de razón el baremo de tráfico, en un 8.5% se indemnice en atención al porcentaje hipotético de posibilidades de curación (porcentaje que se aplica sobre el citado baremo) y que, en la mayoría de los casos (82.1%), se indemnice a tanto alzado, es decir, sin atender al baremo ni a criterios delimitados (tabla 3, Anexo: publicación 1).

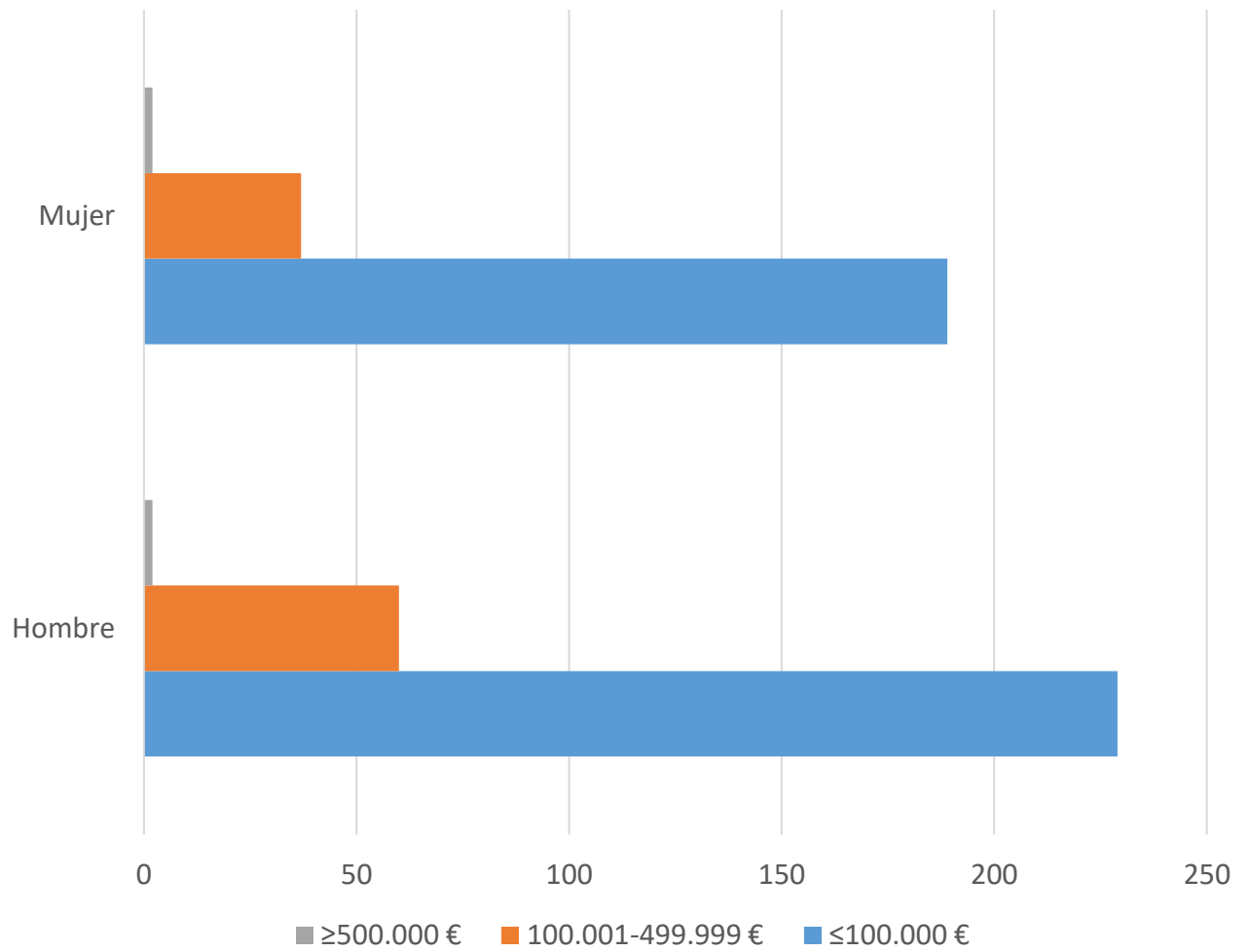
La tabla 4 (Anexo: publicación 1) muestra que la proporción de indemnizaciones mayores ( $\geq 500.000$  euros) fueron concedidas a pacientes en edad pediátrica y en casos de malformaciones fetales no detectadas. Sobre la importancia de la patología materno-filial, en pérdida de oportunidad, ya existe algún trabajo previo realizado en España (Gómez-Durán et al., 2013). Asimismo, cuando se recodificaron las patologías en médicas, quirúrgicas y materno-infantiles, fueron estas últimas, las que más indemnización proporcionalmente recibieron (tabla 4, Anexo: publicación 1). Las secuelas o lesiones recibieron proporcionalmente más indemnizaciones que si se había producido un fallecimiento (tabla 4, Anexo: publicación 1). Finalmente, en las CCAA de Canarias y Cantabria se concedieron las mayores indemnizaciones (tabla 4, Anexo: publicación 1). (Véase gráficos 4-12)

Gráficos 4- 12: Gráficos asociados a tabla 4, Desglose de la indemnización final de acuerdo con las variables clínicas, administrativas y judiciales.

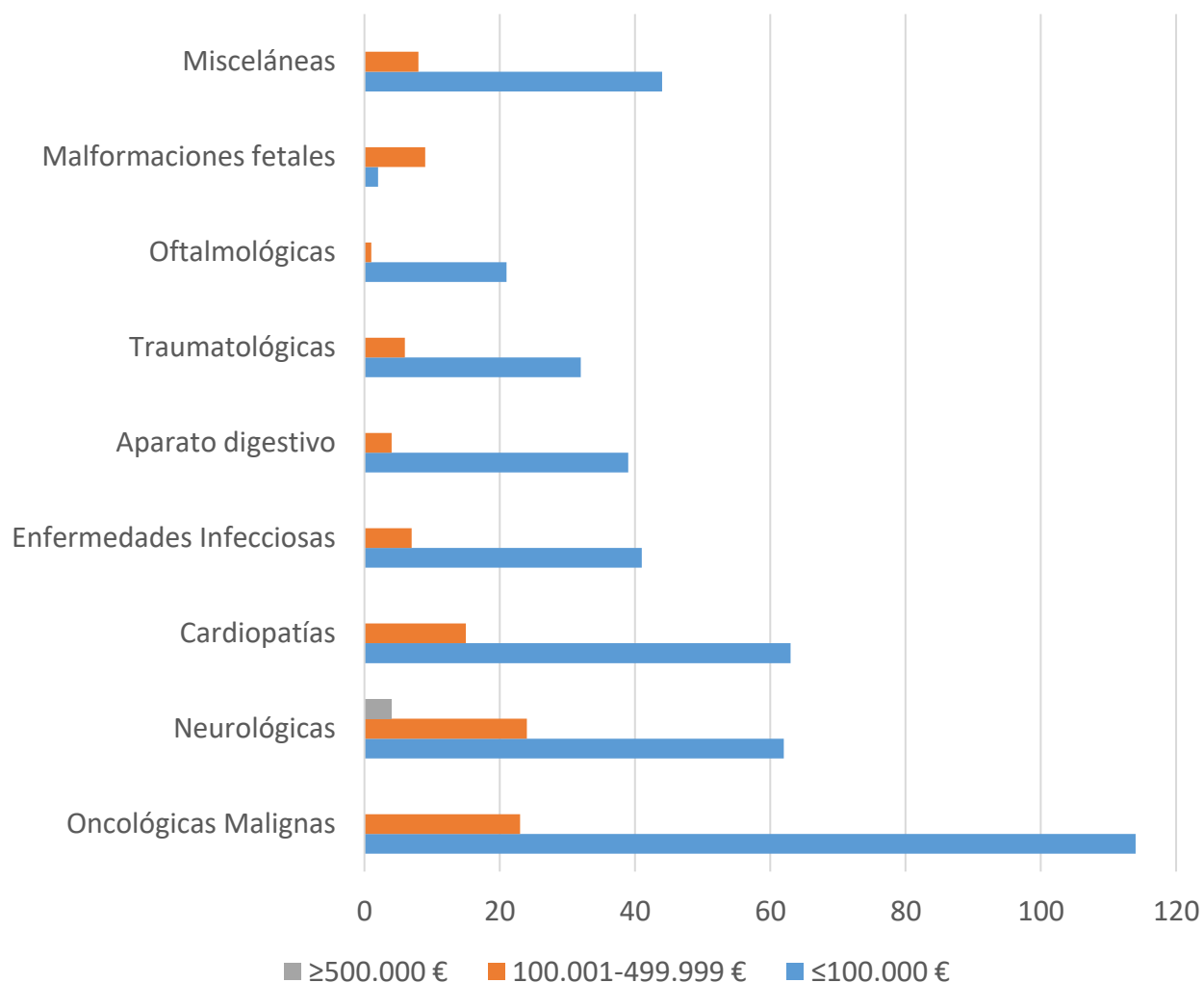
### Edad por indemnización



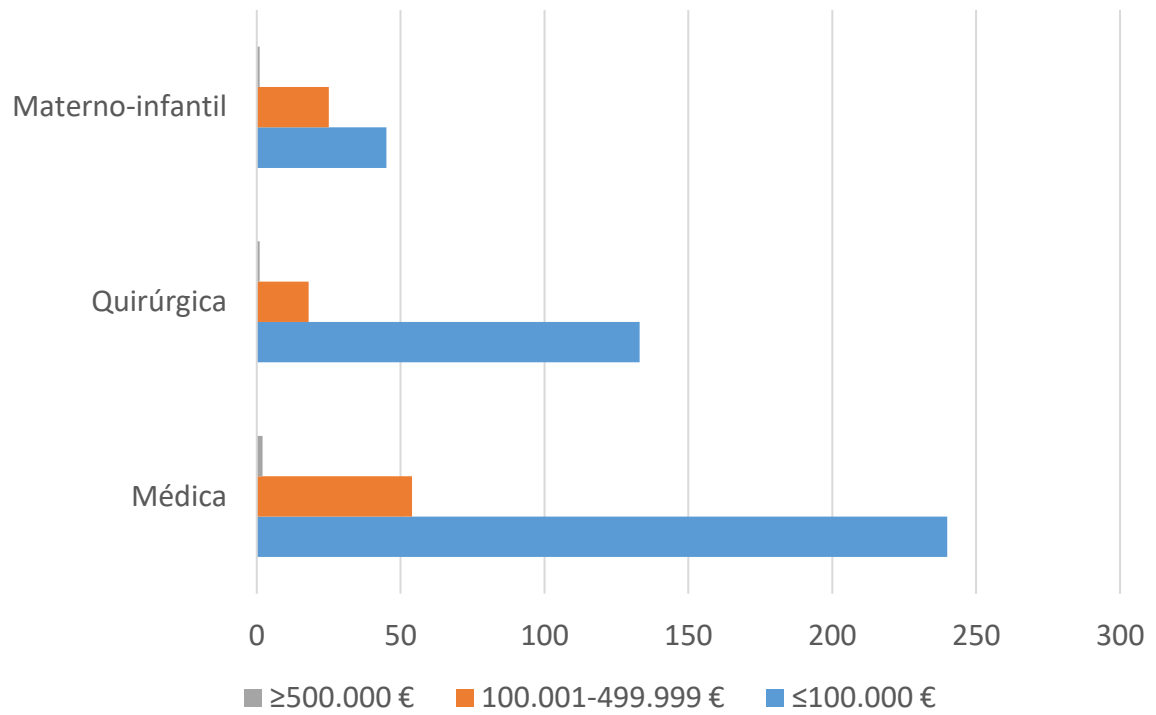
## Sexo por indemnización



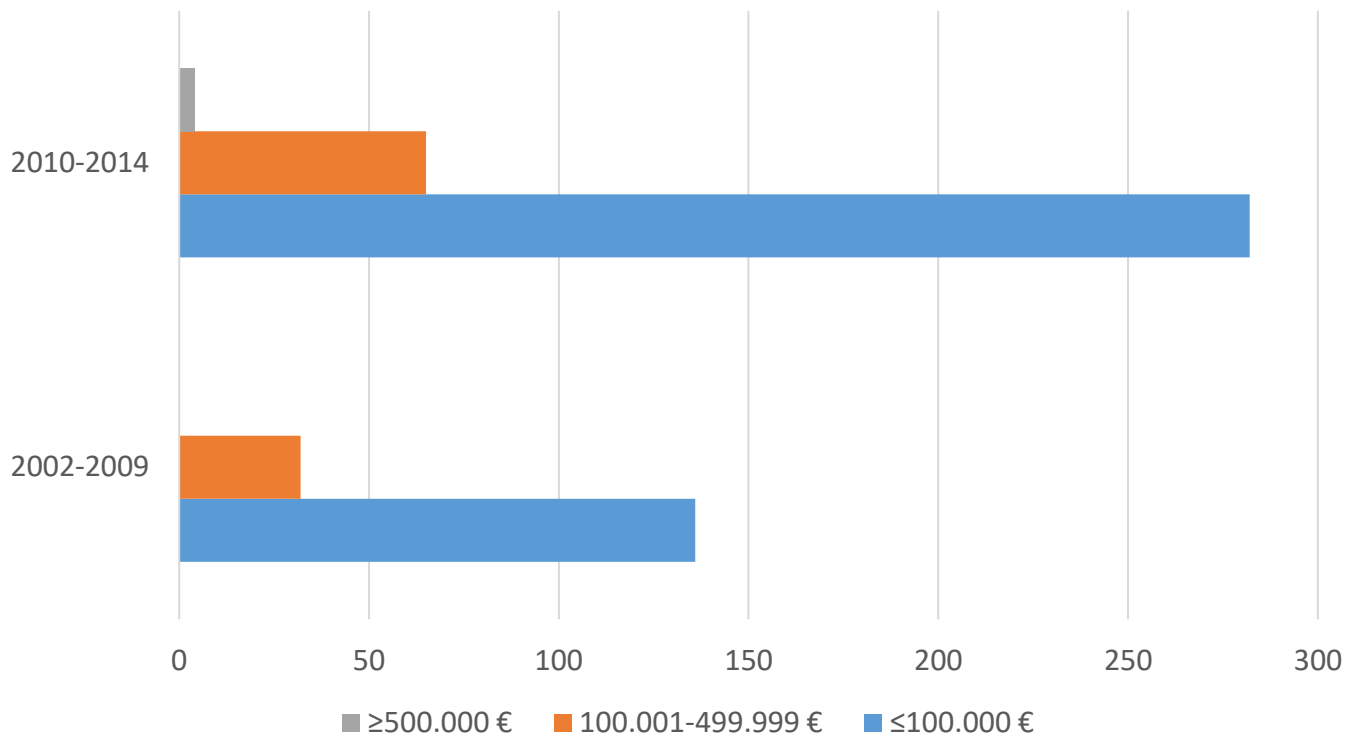
## Patología que originó la reclamación por indemnización



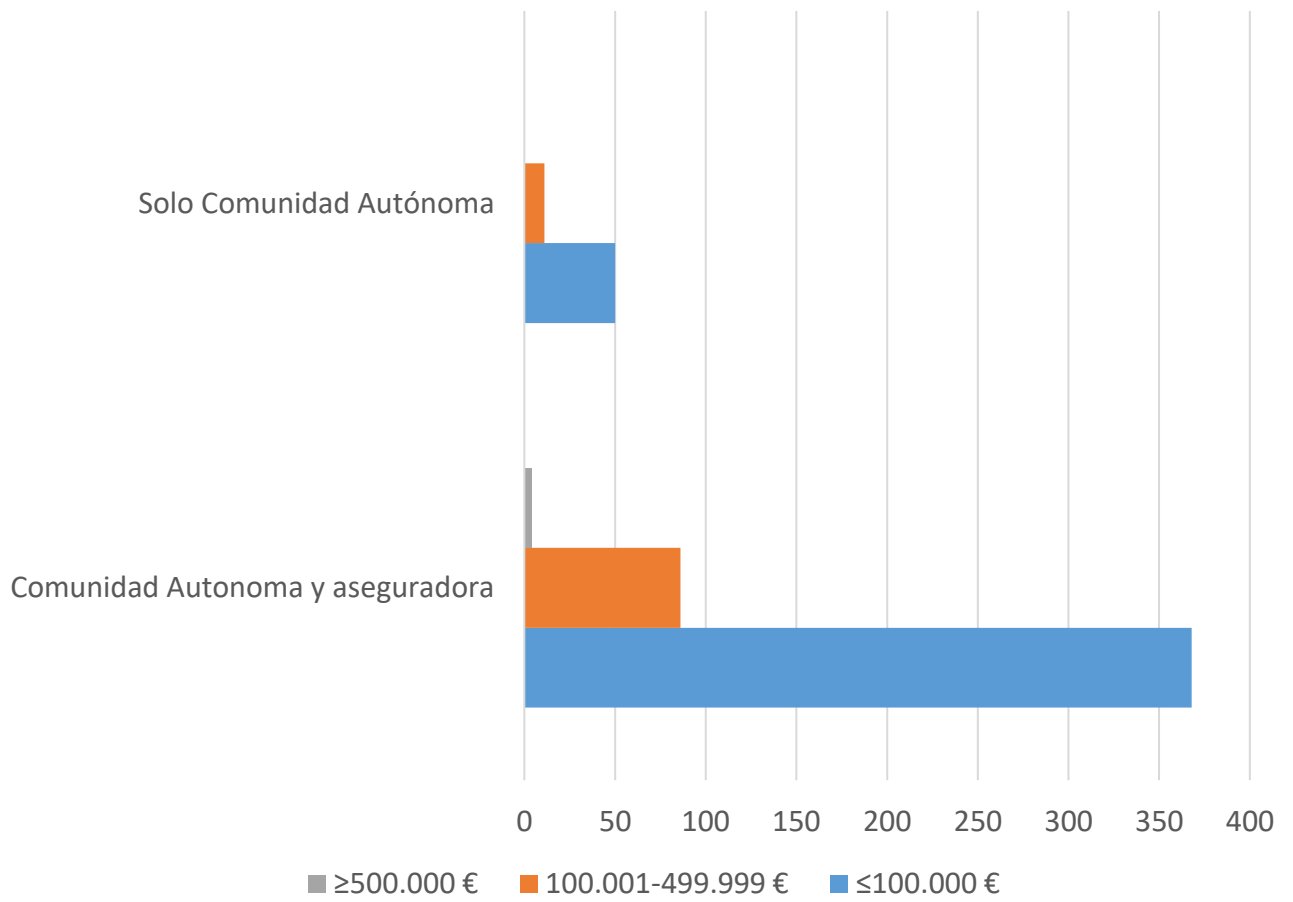
## Patología recodificada por indemnización



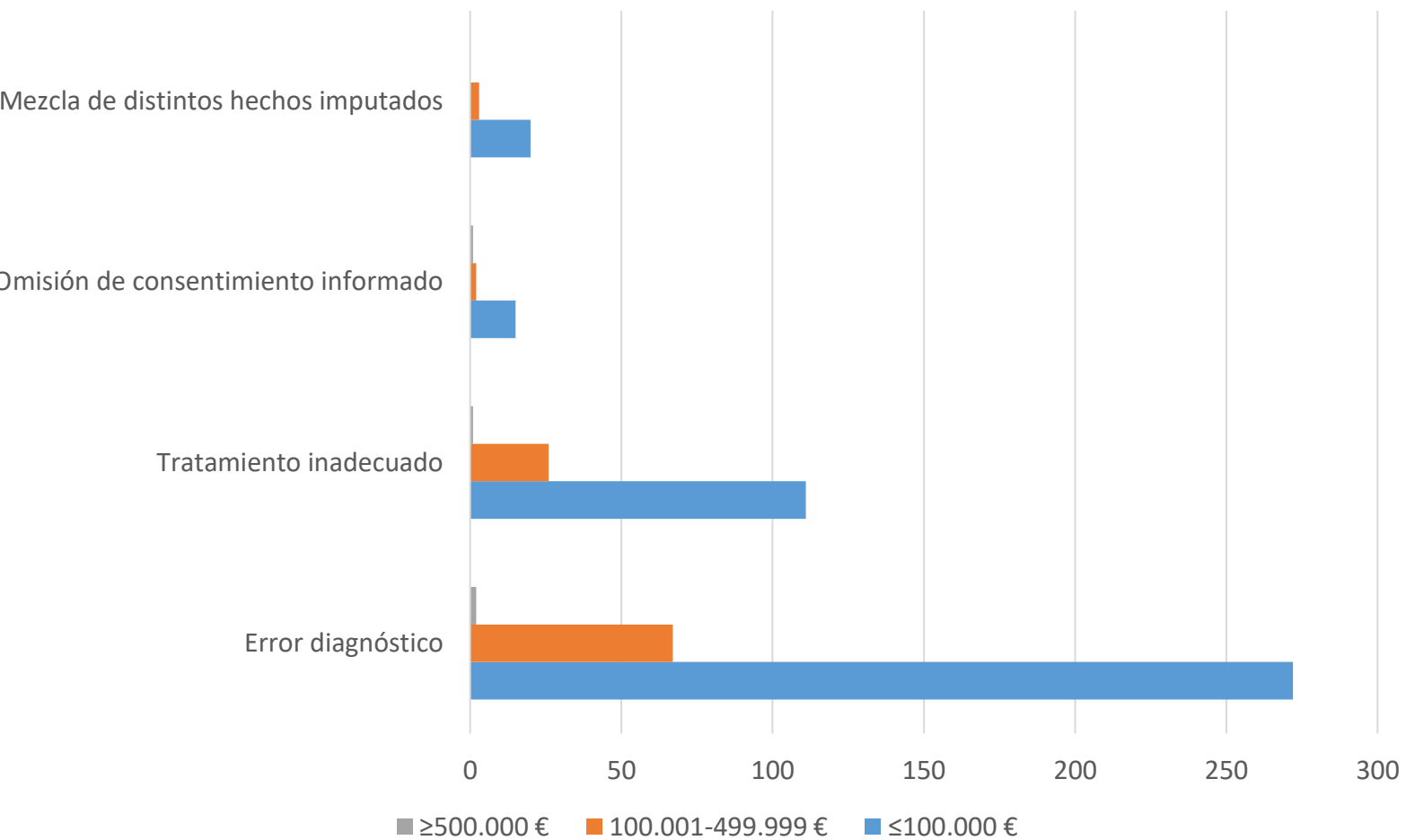
## Periodo de tiempo de la reclamación por indemnización



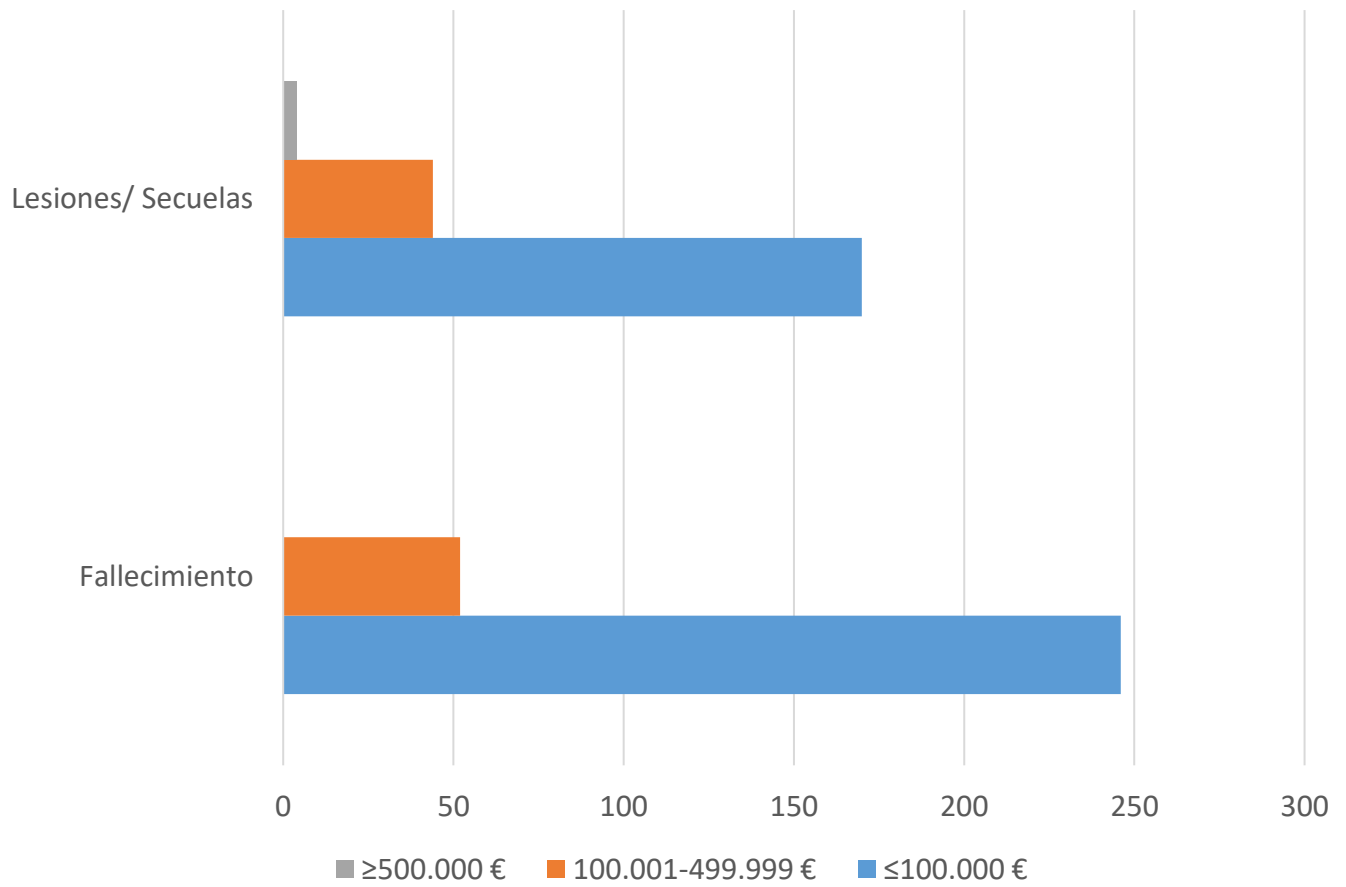
## Entidades demandadas por indemnización



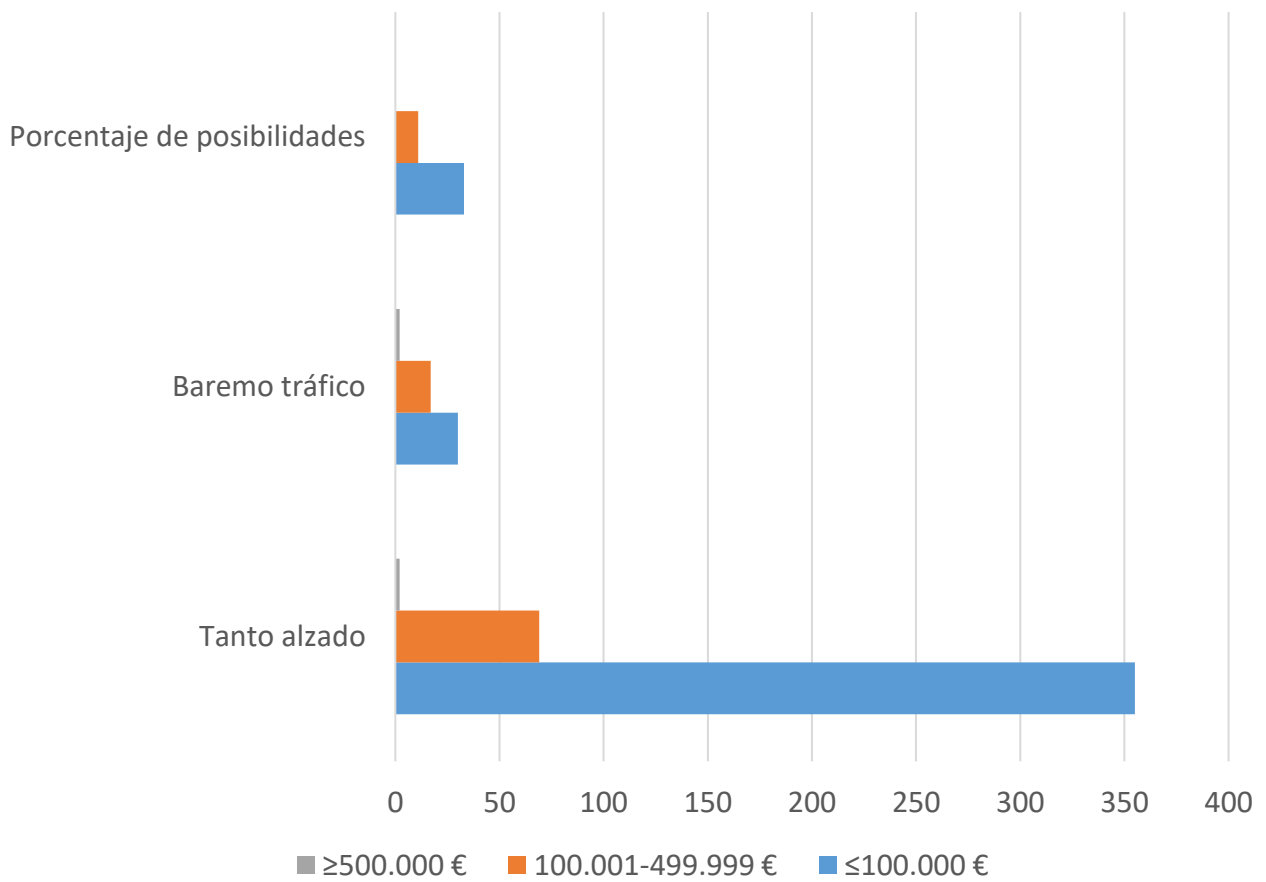
## Motivo de la sentencia por indemnización



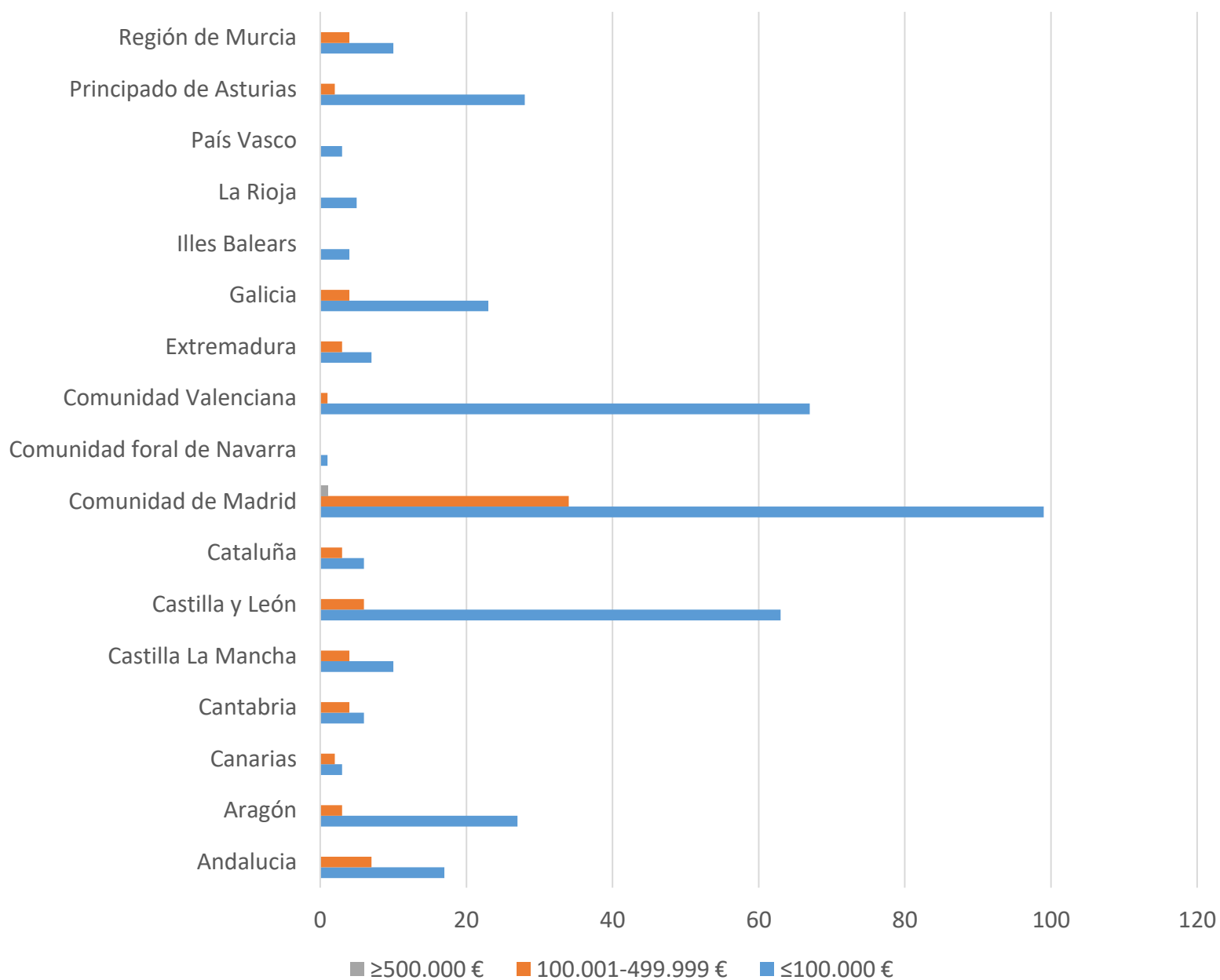
## Daño demandado por indemnización



## Aplicación de la cuantía por indemnización



## Comunidad Autónoma por indemnización



## IX. DISCUSIÓN

Nuestra investigación ha partido del estudio de sentencias emitidas en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. De esta forma, hemos descartado todas las resoluciones de la jurisdicción civil y penal, para así evitar que nuestros resultados quedasen “contaminados”, dado que los criterios de imputación resultan diferentes en atención a la jurisdicción que juzga los actos médicos. En la mayor parte de trabajos españoles se han llevado a cabo sin separar los tres tipos de jurisdicciones (civil, penal y administrativa), lo que hace difícil comparar los resultados con el presente estudio. (Martín-Casals et al., 2003; Santiago-Sáez et al., 2012; Santiago-Sáez et al., 2011; Santiago-Sáez et al., 2010; Cardoso-Cita, 2016; Giraldo et al. 2016).

La descripción de las sentencias dictadas por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española, a lo largo de 12 años, nos muestra principalmente que han experimentado más del 200% de aumento en los últimos años. Fue a partir de 2002 cuando esta teoría se introdujo con intensidad 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 más presencia.

Nuestros datos revelan distintas cuestiones que es preciso destacar: No todas las comunidades aplican la teoría de la pérdida de oportunidad con la misma frecuencia; las cuantías indemnizatorias también varían en atención a la zona

geográfica; tanto la patología oncológica maligna, como la neurológica, fueron las que más frecuentemente originaron la condena; y, finalmente, el error de diagnóstico fue el motivo de condena más repetido.

Los resultados reflejan que, en proporción, y a pesar de no contar con el mayor número de sentencias dictadas, son el Principado de Asturias y Castilla y León las comunidades que más han aplicado la pérdida de oportunidad asistencial; pero, en realidad, su efecto se extiende con vigor a lo largo del panorama nacional en el que Madrid y Valencia también resultaron protagonistas.

En relación a las cuantías indemnizatorias, éstas fueron mayoritariamente (80.5%) iguales o inferiores a los 100.000 euros, a pesar de que el motivo más frecuente de las reclamaciones fue el fallecimiento, derivado de un error diagnóstico o de un tratamiento inadecuado. Ello refleja una discrepancia con la cuantía reclamada, que solo fue igual o inferior a los 100.000 euros en un 17.3% de los casos. Los resultados citados tienen una explicación. Cuando un médico omite la aplicación de un tratamiento -por ejemplo, ante un infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST y bien diagnosticado no indica una rápida restauración mecánica del flujo coronario mediante un stent,- y el paciente fallece o sufre secuelas incapacitantes, nunca sabremos si habría sucedido lo mismo de haber aplicado el tratamiento apropiado y a tiempo. En tal supuesto nadie podría afirmar que el paciente habría sobrevivido sin secuelas. Por esta razón, la doctrina jurisprudencial encuentra enormes dificultades a la hora de valorar si hay responsabilidad y, en su caso, la determinación de la indemnización que merece el resultado dañoso. Lógicamente, ya que solo se puede hablar, como mucho, de una relación de causalidad hipotética, observamos que las condenas reducen significativamente la cantidad reclamada, porque parece que los juzgadores no

quieren responsabilizar de todo el daño al facultativo. Esta es la razón de que la mayoría de las indemnizaciones (82.1%), en nuestro estudio, se concedieron a tanto alzado, sin atender a ningún criterio delimitado.

La descripción de las sentencias dictadas en relación con neoplasias malignas y patologías neurológicas a lo largo de 12 años nos muestra principalmente que estos procesos son de “alto riesgo” judicial en cuanto a la pérdida de la oportunidad asistencial se refiere (más de cuatro de cada 10 sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito Contencioso - Administrativo, dictadas en España, está relacionada con patología oncológica o neurológica). Esto sugiere que en ambas materias es donde más frecuentemente se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, precisamente porque en este terreno se hace sumamente difícil establecer la relación de causalidad con certeza.

El error diagnóstico fue el hecho imputado motivo de la sentencia (65.5% de los casos analizados) más frecuente. Dicho error es también recogido en otras series, como el motivo más frecuente de reclamación. Así, por ejemplo, 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 (Hafstrom et al., 2011). El diagnóstico erróneo fue causado por un examen clínico o radiológico incompleto y/o por una deficiente interpretación de dichos exámenes. Se consideró que, al menos, en uno de cada cuatro casos, el retraso diagnóstico conllevó un impacto negativo en la evolución de la paciente. En otra revisión de 559 casos de quejas por negligencia en patologías neurológicas ocurridos en el Sistema Nacional de Salud del Reino Unido, entre los años 1995 a 2005, el error diagnóstico se citó un 44% de las veces, siendo la enfermedad discal degenerativa (27%), los tumores del sistema nervioso central (21%), las infecciones

del sistema nervioso central (11%) y las hemorragias subaracnoideas (9%) las patologías más reclamadas (McNeill, 2007). Finalmente, en un estudio más reciente del Sistema Nacional de Salud del Reino Unido, pero hasta el año 2012, el error diagnóstico seguía siendo la causa más frecuente de reclamación; pero, a diferencia, del anterior, las patologías habían cambiado, siendo la patología medular, la enfermedad cerebrovascular, los tumores intracraneales, la hidrocefalia y la patología neuromuscular las más frecuentes; este dato estaría más en línea de nuestro trabajo (Coysh y Breen, 2014)

Es preciso matizar que las condenas por error de diagnóstico siempre deben ser consecuencia de conductas contrarias a la praxis médica, es decir, con infracción de la *lex artis* (Sardinero García, 2016; Galán Cortés, 2016). Por tanto, lo determinante es si la conducta del profesional sanitario se ajustó al deber objetivo de cuidado y si, entre la misma y el resultado dañoso, medió la necesaria relación de causalidad adecuada. Por lo tanto, cuando estamos en presencia de un error de diagnóstico, lo relevante es conocer si fue consecuencia de una falta de diligencia en el proceso asistencial o, por el contrario, si no fue más que el resultado desafortunado de una medicina aplicada correctamente. Lo decimos porque debemos tener en cuenta que todas las sentencias condenatorias estudiadas comparten el hecho de haber sido dictadas en supuestos en los que ha existido una negligencia, es decir, una infracción de la *lex artis*. Lo que ocurre es que, en principio, para poder condenar, ya sea por error de diagnóstico, tratamiento inadecuado o falta de información, debe quedar acreditada la relación de causalidad entre la conducta del profesional y el resultado dañoso soportado por el paciente. Y cuando hablamos de conductas omisivas resulta imposible acreditar a ciencia cierta tal relación causa-efecto; circunstancia que también comparten todas las

resoluciones objeto de estudio (se desconoce con seguridad la relación causa-efecto y se acude a la aplicación e interpretación de la teoría de la pérdida de oportunidad con diferentes resultados).

En nuestra opinión, el hecho de que existan diferentes criterios indemnizatorios (baremo, porcentaje o a tanto alzado) y que precisamente el que más se aplique -a tanto alzado- no atienda a razonamientos claros y precios, es uno de los principales motivos del crecimiento y expansión de esta teoría en los últimos años, pues cuando un nuevo concepto o interés no está sujeto por el principio de seguridad jurídica, cuando no está claro su fundamento, se convierte en una fuente de conflictos con grandes dificultades de resolverse por vía del acuerdo (la Administración pública y las aseguradoras alegarán la teoría de la pérdida de oportunidad para lograr una reducción de la indemnización, sabedoras de que en la mayoría de las ocasiones se logra una reducción a tanto alzado y los perjudicados defenderán la aplicación del baremo, sin reducción, alegando con apoyo en el principio de facilidad probatoria que corresponde a la Administración pública causante del daño y no a la víctima demostrar qué resultado se habría producido en caso de no haber existido negligencia médica).

Sobre el error de diagnóstico es preciso advertir que, -si bien la mayor parte de la doctrina destaca la tendencia general a descartarlo como motivo de condena al resultar la medicina una ciencia inexacta y tratarse de una prestación de medios y no de resultados-, a nuestro juicio, el error de diagnóstico no es más que el resultado de un proceso, como lo es el propio fallecimiento del paciente o las lesiones que pueda sufrir en su integridad moral o física. De esta forma, ante el fallecimiento de un paciente nadie se cuestiona si este hecho es suficiente para atribuir

responsabilidad al profesional de la medicina sino que se procede a valorar si trae causa en un proceso asistencial inadecuado. Y esto es así porque lo importante, a efectos de la imputabilidad del daño, es si la conducta fue o no acorde a la praxis médica, es decir, si se ajustó al deber objetivo de cuidado y si entre la misma y el resultado existe la necesaria relación de causalidad adecuada para poder imputar éste último al autor. Por lo tanto, ante determinado resultado, como lo es el error de diagnóstico, lo relevante es conocer si es consecuencia de una falta de diligencia en el proceso asistencial o, por el contrario, si no es más que el resultado desafortunado de una medicina aplicada correctamente y según la *lex artis*.

En definitiva, si el error de diagnóstico se alcanza con infracción de la *lex artis*, entonces podremos estar en presencia de responsabilidad médica; por el contrario, el error de diagnóstico no tendrá consecuencias jurídicas si la conducta ha observado el deber objetivo de cuidado. Y si del error de diagnóstico no se deriva daño alguno para el paciente, incluso con presencia de infracción de la *lex artis*, no habrá responsabilidad patrimonial, ni civil, ni penal.

## X. CONCLUSIONES

**Primera.-** En los años objeto de estudio se ha producido un incremento considerable de sentencias que aplican la teoría de pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española, fundamentalmente por error diagnóstico (65.5%) y tratamiento inadecuado (26.6%).

**Segunda.-** En general, la mayoría de los pacientes fueron hombres (56.1%), que fallecieron (57.4%).

**Tercera.-** La patología oncológica maligna (26.4%) y las enfermedades neurológicas (17.3%) fueron las que más frecuentemente originaron la condena, lo que nos lleva a concluir que estas enfermedades son las que más dificultades encierran a la hora de valorar la relación causa efecto.

**Cuarta.-** La mayoría de las indemnizaciones (82.1%), en nuestro estudio, se concedieron a tanto alzado, sin atender a ningún criterio delimitado.

## XI. TABLAS

**Tabla 1. Número de Sentencias en cada año del estudio.**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido 2002	2	,4	,4	,4
2003	8	1,5	1,5	1,9
2004	2	,4	,4	2,3
2005	4	,8	,8	3,1
2006	22	4,2	4,2	7,3
2007	30	5,8	5,8	13,1
2008	38	7,3	7,3	20,4
2009	62	11,9	11,9	32,4
2010	72	13,9	13,9	46,2
2011	65	12,5	12,5	58,8
2012	108	20,8	20,8	79,6
2013	86	16,6	16,6	96,1
2014	20	3,9	3,9	100,0
Total	519	100,0	100,0	

Tabla 2. Especialidad y Acto imputado.

			Acto imputado				Total
			error de diagnóstico	falta de información	tratamiento inadecuado	Mezcla de distintos actos	
Especialidad	Médica	Recuento	209	6	72	9	296
		% dentro de Especialidad	70,6%	2,0%	24,3%	3,0%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	87	10	48	7	152
		% dentro de Especialidad	57,2%	6,6%	31,6%	4,6%	100,0%
	Materno-infantil	Recuento	44	2	18	7	71
		% dentro de Especialidad	62,0%	2,8%	25,4%	9,9%	100,0%
Total	Recuento	340	18	138	23	519	
	% dentro de Especialidad	65,5%	3,5%	26,6%	4,4%	100,0%	

Tabla 3. Patología y Especialidad.

			Especialidad			Total
			Médica	Quirúrgica	Materno-infantil	
Patología recodificada	Oncológica	Recuento	95	27	15	137
		% dentro de Especialidad	32,1%	17,8%	21,1%	26,4%
	Neurología	Recuento	48	20	22	90
		% dentro de Especialidad	16,2%	13,2%	31,0%	17,3%
	Cardiológica	Recuento	64	14	0	78
		% dentro de Especialidad	21,6%	9,2%	0,0%	15,0%
	Enfermedades infecciosas	Recuento	26	13	9	48
		% dentro de Especialidad	8,8%	8,6%	12,7%	9,2%
	Oftalmológica	Recuento	1	19	2	22
		% dentro de Especialidad	0,3%	12,5%	2,8%	4,2%
	Traumatológica	Recuento	3	34	1	38
		% dentro de Especialidad	1,0%	22,4%	1,4%	7,3%
	Enfermedades digestivas	Recuento	27	12	4	43
		% dentro de Especialidad	9,1%	7,9%	5,6%	8,3%
	Malformaciones fetales no detectadas	Recuento	0	0	11	11
		% dentro de Especialidad	0,0%	0,0%	15,5%	2,1%
	Miscelánea	Recuento	32	13	7	52
		% dentro de Especialidad	10,8%	8,6%	9,9%	10,0%
Total	Recuento	296	152	71	519	
	% dentro de Especialidad	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

Tabla 4. Especialidad y Sexo del paciente.

			Sexo del paciente		Total
			Mujer	Hombre	
Especialidad	Médica	Recuento	122	174	296
		% dentro de Especialidad	41,2%	58,8%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	62	90	152
		% dentro de Especialidad	40,8%	59,2%	100,0%
	Materno-infantil	Recuento	44	27	71
		% dentro de Especialidad	62,0%	38,0%	100,0%
Total	Recuento	228	291	519	
	% dentro de Especialidad	43,9%	56,1%	100,0%	

Tabla 5. Especialidad y Edad del paciente.

			Edad del paciente			Total
			Edad pediátrica ( $\leq 14$ años)	Ancianos ( $\geq 65$ años)	Entre 15 y 64	
Especialidad	Médica	Recuento	9	70	102	181
		% dentro de Especialidad	5,0%	38,7%	56,4%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	9	30	50	89
		% dentro de Especialidad	10,1%	33,7%	56,2%	100,0%
	Materno-infantil	Recuento	40	0	18	58
		% dentro de Especialidad	69,0%	0,0%	31,0%	100,0%
Total	Recuento	58	100	170	328	
	% dentro de Especialidad	17,7%	30,5%	51,8%	100,0%	

Tabla 6. Especialidad y Resultado dañoso.

			RESULTADO		Total
			Lesiones	Fallecimiento	
Especialidad	Médica	Recuento	78	217	295
		% dentro de Especialidad	26,4%	73,6%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	93	57	150
		% dentro de Especialidad	62,0%	38,0%	100,0%
	Materno-infantil	Recuento	47	24	71
		% dentro de Especialidad	66,2%	33,8%	100,0%
Total		Recuento	218	298	516
		% dentro de Especialidad	42,2%	57,8%	100,0%

Tabla 7. Especialidad y Cantidad reclamada.

			Cantidad reclamada				Total
			≤100.000 €	100.001 a 500.000 €	≥500.000 €	No consta	
Especialidad	Médica	Recuento	49	167	29	51	296
		% dentro de Especialidad	16,6%	56,4%	9,8%	17,2%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	36	80	11	25	152
		% dentro de Especialidad	23,7%	52,6%	7,2%	16,4%	100,0%
	Materno- infantil	Recuento	5	35	12	19	71
		% dentro de Especialidad	7,0%	49,3%	16,9%	26,8%	100,0%
Total	Recuento	90	282	52	95	519	
	% dentro de Especialidad	17,3%	54,3%	10,0%	18,3%	100,0%	

**Tabla 8. Especialidad y Modo de aplicación de la cuantía económica.**

			Modo de aplicación de la cuantía económica			Total
			Baremo	Porcentaje	Tanto alzado	
Especialidad	Médica	Recuento	33	25	238	296
		% dentro de Especialidad	11,1%	8,4%	80,4%	100,0%
	Quirúrgica	Recuento	12	11	129	152
		% dentro de Especialidad	7,9%	7,2%	84,9%	100,0%
	Materno-infantil	Recuento	4	8	59	71
		% dentro de Especialidad	5,6%	11,3%	83,1%	100,0%
Total	Recuento		49	44	426	519
	% dentro de Especialidad		9,4%	8,5%	82,1%	100,0%

**Pruebas de chi-cuadrado.**

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	51,000 <sup>a</sup>	6	,000	,000		
Razón de verosimilitud	63,644	6	,000	,000		
Prueba exacta de Fisher	58,441			,000		
Asociación lineal por lineal	8,978 <sup>b</sup>	1	,003	,003	,002	,000
N de casos válidos	519					

a. 4 casillas (33,3%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es ,40.

b. El estadístico estandarizado es 2,996.

Tabla 9. Patología y Acto imputado.

			Acto imputado				Total
			error de diagnóstico	falta de información	tratamiento inadecuado	Mezcla de distintos actos	
Patología	Oncológica	Recuento	118	3	14	2	137
		% dentro de Patología	86,1%	2,2%	10,2%	1,5%	100,0%
	Neurología	Recuento	56	4	28	2	90
		% dentro de Patología	62,2%	4,4%	31,1%	2,2%	100,0%
	Cardiológica	Recuento	49	1	24	4	78
		% dentro de Patología	62,8%	1,3%	30,8%	5,1%	100,0%
	Enfermedades infecciosas	Recuento	27	2	15	4	48
		% dentro de Patología	56,3%	4,2%	31,3%	8,3%	100,0%
	Oftalmológica	Recuento	7	0	15	0	22
		% dentro de Patología	31,8%	0,0%	68,2%	0,0%	100,0%
	Traumatológica	Recuento	17	5	12	4	38
		% dentro de Patología	44,7%	13,2%	31,6%	10,5%	100,0%
	Enfermedades digestivas	Recuento	31	1	9	2	43
		% dentro de Patología	72,1%	2,3%	20,9%	4,7%	100,0%
	Malformaciones fetales no detectadas	Recuento	9	1	0	1	11
		% dentro de Patología	81,8%	9,1%	0,0%	9,1%	100,0%
	Miscelánea	Recuento	26	1	21	4	52
		% dentro de Patología	50,0%	1,9%	40,4%	7,7%	100,0%
Total		Recuento	340	18	138	23	519
		% dentro de Patología	65,5%	3,5%	26,6%	4,4%	100,0%

**Pruebas de chi-cuadrado**

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)
Chi-cuadrado de Pearson	81,965 <sup>a</sup>	24	,000
Razón de verosimilitud	82,011	24	,000
Asociación lineal por lineal	17,264	1	,000
N de casos válidos	519		

a. 18 casillas (50,0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es ,38.

**Tabla 10. Patología y Resultado dañoso.**

			Resultado		Total
			Lesiones	Fallecimiento	
Patología	Oncológica	Recuento	43	94	137
		% dentro de Patología	31,4%	68,6%	100,0%
	Neurología	Recuento	53	36	89
		% dentro de Patología	59,6%	40,4%	100,0%
	Cardiológica	Recuento	5	73	78
		% dentro de Patología	6,4%	93,6%	100,0%
	Enfermedades infecciosas	Recuento	17	31	48
		% dentro de Patología	35,4%	64,6%	100,0%
	Oftalmológica	Recuento	21	1	22
		% dentro de Patología	95,5%	4,5%	100,0%
	Traumatológica	Recuento	33	4	37
		% dentro de Patología	89,2%	10,8%	100,0%
	Enfermedades digestivas	Recuento	11	31	42
		% dentro de Patología	26,2%	73,8%	100,0%
	Malformaciones fetales no detectadas	Recuento	11	0	11
		% dentro de Patología	100,0%	0,0%	100,0%
	Miscelánea	Recuento	24	28	52
		% dentro de Patología	46,2%	53,8%	100,0%
Total		Recuento	218	298	516
		% dentro de Patología	42,2%	57,8%	100,0%

## Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	138,261	8	,000	.		
Razón de verosimilitud	159,179	8	,000	.		
Prueba exacta de Fisher	.			.		
Asociación lineal por lineal	11,483	1	,001	,001	,000	,000
N de casos válidos	516					

Tabla 11. Acto imputado y Modo de aplicación de la cuantía económica.

			Modo de aplicación de la cuantía económica			Total
			Baremo	Porcentaje	Tanto alzado	
Acto imputado	error de diagnóstico	Recuento	32	23	285	340
		% dentro de Acto imputado	9,4%	6,8%	83,8%	100,0%
	falta de información	Recuento	0	1	17	18
		% dentro de Acto imputado	0,0%	5,6%	94,4%	100,0%
	tratamiento inadecuado	Recuento	17	18	103	138
		% dentro de Acto imputado	12,3%	13,0%	74,6%	100,0%
	Mezcla de distintos actos	Recuento	0	2	21	23
		% dentro de Acto imputado	0,0%	8,7%	91,3%	100,0%
Total		Recuento	49	44	426	519
		% dentro de Acto imputado	9,4%	8,5%	82,1%	100,0%

## Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	11,465	6	,075	,075		
Razón de verosimilitud	14,863	6	,021	,026		
Prueba exacta de Fisher	10,396			,079		
Asociación lineal por lineal	,672	1	,412	,421	,215	,020
N de casos válidos	519					

Tabla 12. Acto imputado y cuantía final concedida.

			Cuantía final concedida			Total
			100.000 ó menos	entre 100.001 y 500.000	500.000 ó más	
Acto imputado	error de diagnóstico	Recuento	272	66	2	340
		% dentro de Acto imputado	80,0%	19,4%	0,6%	100,0%
	falta de información	Recuento	15	2	1	18
		% dentro de Acto imputado	83,3%	11,1%	5,6%	100,0%
	tratamiento inadecuado	Recuento	111	26	1	138
		% dentro de Acto imputado	80,4%	18,8%	0,7%	100,0%
	Mezcla de distintos actos	Recuento	20	3	0	23
		% dentro de Acto imputado	87,0%	13,0%	0,0%	100,0%
Total		Recuento	418	97	4	519
		% dentro de Acto imputado	80,5%	18,7%	0,8%	100,0%

## Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	6,865	6	,334	,330		
Razón de verosimilitud	4,073	6	,667	,658		
Prueba exacta de Fisher	5,392			,480		
Asociación lineal por lineal	,213	1	,645	,679	,345	,038
N de casos válidos	519					

Tabla 13. Patología y cuantía final concedida.

			Cuantía final concedida			Total
			≤100.000 €	100.001 y 500.000 €	≥500.000 €	
Patología	Oncológica	Recuento	114	23	0	137
		% dentro de Patología	83,2%	16,8%	0,0%	100,0%
	Neurología	Recuento	62	24	4	90
		% dentro de Patología	68,9%	26,7%	4,4%	100,0%
	Cardiológica	Recuento	63	15	0	78
		% dentro de Patología	80,8%	19,2%	0,0%	100,0%
	Enfermedades infecciosas	Recuento	41	7	0	48
		% dentro de Patología	85,4%	14,6%	0,0%	100,0%
	Oftalmológica	Recuento	21	1	0	22
		% dentro de Patología	95,5%	4,5%	0,0%	100,0%
	Traumatológica	Recuento	32	6	0	38
		% dentro de Patología	84,2%	15,8%	0,0%	100,0%
	Enfermedades digestivas	Recuento	39	4	0	43
		% dentro de Patología	90,7%	9,3%	0,0%	100,0%
	Malformaciones fetales no detectadas	Recuento	2	9	0	11
		% dentro de Patología	18,2%	81,8%	0,0%	100,0%
	Miscelánea	Recuento	44	8	0	52
		% dentro de Patología	84,6%	15,4%	0,0%	100,0%
Total		Recuento	418	97	4	519
		% dentro de Patología	80,5%	18,7%	0,8%	100,0%

## Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	59,574	16	,000	.		
Razón de verosimilitud	47,447	16	,000	.		
Prueba exacta de Fisher	.			.		
Asociación lineal por lineal	,122	1	,727	,730	,375	,013
N de casos válidos	519					

Tabla 14. Resultado dañoso y Cuantía final concedida.

			Cuantía final concedida			Total
			100.000 ó menos	entre 100.001 y 500.000	500.000 ó más	
Resultado	Lesiones	Recuento	170	44	4	218
		% dentro de Resultado	78,0%	20,2%	1,8%	100,0%
	Fallecimiento	Recuento	246	52	0	298
		% dentro de Resultado	82,6%	17,4%	0,0%	100,0%
Total	Recuento		416	96	4	516
	% dentro de Resultado		80,6%	18,6%	0,8%	100,0%

## Pruebas de chi-cuadrado.

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	6,300	2	,043	,037		
Razón de verosimilitud	7,722	2	,021	,030		
Prueba exacta de Fisher	5,922			,042		
Asociación lineal por lineal	2,920	1	,087	,091	,055	,020
N de casos válidos	516					

Tabla 15. Modo de aplicación de la cuantía económica \* Cuantía final concedida

			Cuantía final concedida			Total
			100.000 ó menos	entre 100.001 y 500.000	500.000 ó más	
Modo de aplicación de la cuantía económica	Baremo	Recuento	30	17	2	49
		% dentro de Modo de aplicación de la cuantía económica	61,2%	34,7%	4,1%	100,0%
	Porcentaje	Recuento	33	11	0	44
		% dentro de Modo de aplicación de la cuantía económica	75,0%	25,0%	0,0%	100,0%
	Tanto alzado	Recuento	355	69	2	426
		% dentro de Modo de aplicación de la cuantía económica	83,3%	16,2%	0,5%	100,0%
Total	Recuento	418	97	4	519	
	% dentro de Modo de aplicación de la cuantía económica	80,5%	18,7%	0,8%	100,0%	

## Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	Gl	Sig. asintótica (2 caras)	Significación exacta (2 caras)	Significación exacta (1 cara)	Probabilidad en el punto
Chi-cuadrado de Pearson	19,729	4	,001	,006		
Razón de verosimilitud	15,420	4	,004	,003		
Prueba exacta de Fisher	16,442			,002		
Asociación lineal por lineal	16,534	1	,000	,000	,000	,000
N de casos válidos	519					

## **XII. ANEXOS**

### **CARTA DE LOS DIRECTORES DE TESIS**

A la atención del órgano responsable

Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria

(Doctorado en Medicina)

Facultad de Medicina

Universidad Complutense de Madrid

Andrés Sebastián Santiago Sáez (DNI 51362507-B, Servicio de Medicina Legal, Hospital Universitario Clínico San Carlos, Escuela de Medicina Legal, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid), Bernardo Perea Pérez (DNI 01119155-K, Escuela de Medicina Legal, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid) y Julián Benito León (DNI 07510142-K, Servicio de Neurología, Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid), Codirectores de la Tesis Doctoral (Título: Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española) de Carlos Sardinero García, con DNI 50450461-F, alumno del programa de Doctorado de Ciencias Biomédicas del Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria de la Facultad de Medicina de la UCM certificamos que:

Este doctorando hace bajo nuestra dirección su tesis y se ha decidido la realización bajo la modalidad de recopilación de publicaciones. Su participación como autor de los tres artículos incluidos en esta tesis ha involucrado la creación, escritura, análisis y revisión de los resultados de cada uno de los trabajos incluidos. Todos estos trabajos son de gran calidad, responden a los objetivos planteados en la elaboración de la tesis y a fecha de este certificado han sido aceptados para su publicación en revistas que son de gran renombre dentro de la especialidad.

Las publicaciones mencionadas son las siguientes:

- 1) *Responsibility due to Loss of Chance in the Public Spanish Medicine* (**Carlos Sardinero García**, Andrés Santiago Sáez, Bernardo Perea Pérez, M<sup>a</sup> Elena Albarrán Juan, Elena Labajo González, Julián Benito León), aceptado para su publicación el 28-6-2016 por la *Revista Española de Medicina Legal*, bajo la Ref. REML-D-16-00020R1.
  
- 2) *Responsibility due to Loss of Chance in Neurological Diseases of the Public Spanish Medicine* (**Carlos Sardinero García**, Andrés Santiago Sáez, M<sup>a</sup> del Carmen Bravo Llatas, Bernardo Perea Pérez, M<sup>a</sup> Elena Albarrán Juan, Elena Labajo González, Julián Benito León), aceptado para su publicación el 03-08-2016 por Gaceta Sanitaria, bajo la Ref. GACETA-D-16-00213R1.

3) *Responsibility due to Loss of Opportunity in Malignant Oncology of the Public Spanish Medicine* (**Carlos Sardinero García**, Andrés Santiago Sáez, M<sup>a</sup> del Carmen Bravo Llatas, Bernardo Perea Pérez, M<sup>a</sup> Elena Albarrán Juan, Elena Labajo González, Julián Benito León), aceptado para su publicación el 19-05-2016 por Gaceta Sanitaria, bajo la Ref. GACETA-D-16-00129R2.

Madrid, 20 de septiembre de 2016

Dr. D. Andrés Santiago.

Dr. D. Bernardo Perea.

Dr. D. Julián Benito León.

## **PUBLICACIONES**

### **PUBLICACIÓN 1.**

**Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial  
en la Medicina Pública Española**

ASOCIACIÓN NACIONAL  
DE  
MÉDICOS FORENSESREVISTA ESPAÑOLA DE  
MEDICINA LEGAL

www.elsevier.es/mlegal



## ORIGINAL

**Responsabilidad por pérdida de oportunidad  
asistencial en la medicina pública española**Carlos Sardinero-García<sup>a,b</sup>, Andrés Santiago-Sáez<sup>c,d</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>e,f,g,\*</sup><sup>a</sup> Sardinero Abogados, Leganés, Madrid<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> Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, Escuela de Medicina Legal, Facultad de Medicina, Universidad Complutense, Madrid, España<sup>e</sup> Servicio de Neurología, Hospital Universitario 12 de Octubre, Madrid, España<sup>f</sup> Departamento de Medicina, Facultad de Medicina, Universidad Complutense, Madrid, España<sup>g</sup> Centro de Investigación Biomédica en Red sobre Enfermedades Neurodegenerativas, Madrid, España

Recibido el 11 de abril de 2016; aceptado el 28 de junio de 2016

**PALABRAS CLAVE**Asistencia sanitaria;  
Condenas;  
Indemnización;  
Pérdida de  
oportunidad**Resumen**

**Introducción:** La pérdida de oportunidad asistencial es un concepto jurídico que se ha abierto paso en los últimos años como un criterio determinante para la valoración del daño corporal derivado de la asistencia sanitaria. En este trabajo analizamos las sentencias condenatorias dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el ámbito de la medicina pública española, en los supuestos en los que, por falta de diligencia del profesional, el paciente ha perdido la posibilidad de un diagnóstico o un tratamiento adecuado.

**Material y métodos:** Se han seleccionado las sentencias judiciales, relacionadas con la medicina pública española, que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron dictadas hasta mayo del 2014.

**Resultados:** De las 519 sentencias analizadas, 340 (66,5%) fueron dictadas por error diagnóstico y 138 (26,6%) por tratamiento inadecuado. Desde el año 2010 se produjeron 351 (67,6%) sentencias, lo que supuso más del 100% de aumento con respecto a las 168 (32,4%) ocurridas en los primeros 8 años del estudio (2002 a 2009). La mayoría de los pacientes fueron varones (56,1%), que fallecieron (57,4%), siendo las patologías que más frecuentemente originaron la condena, la oncológica maligna (26,4%) y la neurológica (17,3%).

\* Autor para correspondencia.

Correo electrónico: [jbenito167@gmail.com](mailto:jbenito167@gmail.com) (J. Benito-León).<http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2016.06.003>

0377-4732/© 2016 Asociación Nacional de Médicos Forenses. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Todos los derechos reservados.

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española. Rev Esp Med Legal. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2016.06.003>

**Conclusiones:** La actividad litigante por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española ha aumentado significativamente estos últimos años. Las condenas fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico y tratamiento inadecuado.

© 2016 Asociación Nacional de Médicos Forenses. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Todos los derechos reservados.

## KEYWORDS

Health care;  
Convictions;  
Compensation;  
Loss of chance

## Responsibility for loss of chance in Spanish public health

### Abstract

**Introduction:** The loss of chance is a legal concept that has gained ground in recent years as a decisive criterion for the assessment of healthcare-related bodily harm. In this paper, we analyse the convictions issued by the contentious-administrative jurisdiction (public medicine), in cases in which, due to a lack of diligence by the professional, the patient lost the possibility of a diagnosis or adequate treatment.

**Material and methods:** We selected the sentences related to Spanish public medicine, which referred to the concept of loss of chance that were issued until May 2014.

**Results:** Of the 519 analysed sentences, 340 (66.5%) were due to misdiagnosis and 138 (26.6%) due to inadequate treatment. Since 2010, 351 (67.6%) sentences were passed, representing more than a 100% increase compared to 168 (32.4%) in the first 8 years of the study (2002–2009). Most patients were male (56.1%) who died (57.4%), and the conditions that most frequently led to the conviction were malignant cancer (26.4%) and neurological disorders (17.3%).

**Conclusions:** The litigation due to loss of chance in Spanish public health has significantly increased over the last few years. The convictions were mainly issued because of diagnostic error or inadequate treatment.

© 2016 Asociación Nacional de Médicos Forenses. Published by Elsevier España, S.L.U. All rights reserved.

## Introducción

El concepto de pérdida de oportunidad asistencial ha surgido con la intención de ofrecer una solución jurídica a supuestos en los que, por la omisión de la diligencia debida, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación<sup>1-3</sup>. Saigí Ullastre et al.<sup>4</sup> definen el concepto de pérdida de oportunidad como aquellos supuestos que presentan, como característica común, un error o retraso de diagnóstico de un proceso médico que acaba con lesiones o el fallecimiento del paciente. Desde el punto de vista de la responsabilidad médica, toda omisión hace referencia a una acción concreta; la acción que cabía esperar del facultativo que tenía la obligación de actuar y, más bien, de actuar de determinada manera, es decir, con arreglo a la *lex artis*<sup>3</sup>. En estos supuestos, la omisión provoca que se desconozca con certeza lo que habría sucedido en caso de sustituir tal conducta por la acción que resultaba adecuada, motivo por el que se desconoce si el resultado se ha producido con toda seguridad por la omisión del profesional médico<sup>1-3</sup>. No sabemos si en caso de haber actuado correctamente el daño se habría producido de la misma manera<sup>1-3</sup>.

Efectivamente, nos encontramos ante complejos supuestos de prueba de la relación de causalidad, que no permite conocer y acreditar lo que habría ocurrido si el autor de tal conducta hubiera actuado correctamente<sup>1-3</sup>. Para ello, habría que saber si, al añadir mentalmente la conducta omitida, el resultado lesivo se habría producido de igual forma<sup>3</sup>.

En este artículo pretendemos determinar las características de las sentencias dictadas por pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española, considerando todas las variables que contemplan alguna influencia, 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 medicina, tanto para el paciente como para el profesional, así como establecer unos criterios que ofrezcan alguna previsibilidad ante posibles reclamaciones judiciales envueltas por la pérdida de oportunidad. Finalmente, se debe destacar que no existe en la literatura médica o jurídica ningún estudio similar que haga referencia específica a la pérdida de oportunidad asistencial en medicina.

## Métodos

### 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

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española. Rev Esp Med Legal. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2016.06.003>

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 competencias 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 médicas, quirúrgicas y materno-infantiles, 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. Se hizo la búsqueda, durante el mes de mayo del 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 la base de recogida de datos se recogieron las variables administrativas, judiciales y clínicas de cada sentencia. No se pudo recoger la variable «tipo de profesional implicado» 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/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 ha presentado el número de camas hospitalarias públicas, según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad actualizado a 31 de diciembre de 2014 (<http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/docs/CNH2015.pdf>). De esta manera, obtuvimos el índice de sentencias por cada 100.000 camas hospitalarias. En los conjuntos de 2 variables cuya distribución pudiera estar relacionada y esa relación pudiera ser de interés se ha realizado un contraste de variables mediante tablas de contingencia usando la prueba de la chi al cuadrado o el test exacto de Fisher. 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 para un valor

Tabla 1 Variables administrativas

VARIABLES	N (%)
<i>Fecha de la sentencia</i>	
2002-2009	168 (32,4)
2010-2014	351 (67,6)
<i>Comunidad Autónoma (número de camas hospitalarias públicas)<sup>a</sup></i>	
Andalucía (15.391)	24 (4,6) [155,9]
Aragón (4.527)	30 (5,8) [662,7]
Canarias (4.799)	5 (1,0) [104,2]
Cantabria (1.366)	10 (1,9) [732,1]
Castilla-La Mancha (5.300)	14 (2,7) [264,1]
Castilla y León (7.347)	69 (13,3) [939,1]
Extremadura (2.977)	10 (1,9) [369,3]
Galicia (7.311)	27 (5,2) [369,3]
Illes Balears (2.581)	4 (0,8) [155,0]
La Rioja (808)	5 (1,0) [618,8]
Comunidad de Madrid (14.853)	134 (25,8) [902,2]
Región de Murcia (3.191)	14 (2,7) [438,7]
Comunidad Valenciana (11.441)	68 (13,1) [594,3]
Principado de Asturias (2.761)	30 (5,8) [1.086,6]
Cataluña (14.795)	9 (1,7) [60,8]
Comunidad Foral de Navarra (1.405)	1 (0,2) [71,2]
País Vasco (5.808)	3 (0,6) [51,6]

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

<sup>a</sup> Treinta y tres (6,4%) casos se resolvieron en casación en el Tribunal Supremo y 29 (5,6%) en primera instancia en la Audiencia Nacional; el resto se resolvió en los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad. Número de camas hospitalarias públicas: 107.083.

$p < 0,05$ . Los datos se analizaron mediante el programa estadístico SPSS v. 21.0.

### Resultados

De las 10.001 sentencias obtenidas, 1.249 aludían al concepto de pérdida de oportunidad asistencial. De estas, 522 fueron condenas en el ámbito de la medicina pública; decidimos excluir 3 de ellas por no figurar la patología o secuelas que produjeron la reclamación. Dichas condenas fueron dictadas desde el 16 de octubre del 2002 hasta el 14 de mayo del 2014.

La primera sentencia de nuestra muestra por pérdida de oportunidad asistencial en España, en el ámbito de la medicina pública (no detección en la ecografía de una focomelia durante el embarazo), se produjo el 16 de octubre del 2002 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 encontrado 351 (67,6%) sentencias, lo que supone más del 100% de aumento con respecto a las 168 (32,4%) sentencias ocurridas en los primeros 8 años del estudio (2002 a 2009). De las 17 comunidades autónomas, las de Madrid, Castilla y León, y Valencia fueron,

Variabes	Categorías	N (%)	
Edad <sup>a</sup>	≤ 14 años	58 (11,2)	
	15-64 años	170 (32,8)	
	≥ 65 años	100 (19,3)	
Sexo	Hombre	291 (56,1)	
	Mujer	228 (43,9)	
Patología que llevó a la reclamación	Patología oncológica maligna (excluyendo los tumores del sistema nervioso central)	137 (26,4)	
	Enfermedades neurológicas	90 (17,3)	
	Cardiopatías	78 (15,0)	
	Enfermedades infecciosas	48 (9,2)	
	Enfermedades del aparato digestivo	43 (8,3)	
	Patología traumatológica	38 (7,3)	
	Patologías oftalmológicas	22 (4,2)	
	Malformaciones fetales no detectadas	11 (2,1)	
	Miscelánea	52 (10,0)	
	Patología recodificada	Médica	296 (57,0)
		Quirúrgica	152 (29,3)
		Materno-Infantil	71 (13,7)

<sup>a</sup> En 191 (36,8%) casos no consta la edad en la sentencia.

Variabes	Categorías	N (%)
Entidades demandadas	Comunidad autónoma y aseguradora	458 (88,2)
	Solo comunidad autónoma	61 (11,8)
Hecho imputado motivo de la sentencia	Error diagnóstico	340 (66,5)
	Tratamiento inadecuado	138 (26,6)
	Omisión de consentimiento informado	18 (3,5)
Resultado del daño demandado <sup>a</sup>	Mezcla de distintos hechos imputados	23 (4,4)
	Fallecimiento	298 (57,4)
Cuantía económica de la reclamación <sup>b</sup>	Lesiones/secuelas	218 (42,0)
	≤ 100.000 euros	90 (17,3)
Cuantía de la indemnización	100.001-499.999 euros	282 (54,3)
	≥ 500.000	52 (10,0)
Modo de aplicación de la cuantía	≤ 100.000 euros	418 (80,5)
	100.001-499.999 euros	97 (18,7)
Modo de aplicación de la cuantía	≥ 500.000 euros	4 (0,8)
	Tanto alzado	426 (82,1)
	Baremo de tráfico	49 (9,4)
	Porcentaje de posibilidades	44 (8,5)

<sup>a</sup> En 3 (0,6%) casos no se especificó en la sentencia el resultado del daño reclamado.

<sup>b</sup> En 95 (18,3%) casos no se especificó en la sentencia la indemnización reclamada (se supone que fue por cuantía indeterminada).

en valor absoluto, donde se dictaron más sentencias condenatorias por pérdida de oportunidad; sin embargo, tras la «corrección» por el número de camas, el índice de sentencias por cada 100.000 camas hospitalarias fue máximo en el Principado de Asturias y en la Castilla y León (tabla 1).

En la tabla 2 se muestran las variables clínicas. La mayoría de los pacientes fueron varones (56,1%), siendo las patologías que más frecuentemente originaron la condena la patología oncológica maligna (26,4%) y la neurológica (17,3%).

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) (88,2%). De las 519 sentencias, 340 (66,5%) fueron dictadas por error diagnóstico (ya sea por no solicitar una prueba en concreto o por una exploración deficiente), 138 (26,6%) por la omisión de un tratamiento adecuado y tan solo 18 (3,5%) por omisión de información. Un 57,4% de los pacientes falleció. Es de destacar que la distribución de la cuantía inicialmente reclamada es inferior a la de la indemnización finalmente concedida. Si bien son mayoritarias las reclamaciones comprendidas entre los 100.000 y los 499.999 euros (54,3%), los resultados reflejan que son mayoritarias (80,5%) las indemnizaciones concedidas ≤ 100.000 euros. En general, la cuantía

concedida (mediana = 50.000 euros) fue inferior a la solicitada (mediana = 180.301,5 euros) (prueba de los rangos con signos de Wilcoxon,  $p < 0,001$ ). No encontramos diferencias estadísticamente significativas (U de Mann-Whitney,  $p = 0,09$ ) entre las indemnizaciones concedidas en el primer periodo del estudio (2004-2009) (mediana = 60.000 euros) y el segundo (2010-2014) (mediana = 40.000 euros). La cuantía mayor (casi un millón de euros) se dictó en el caso de un varón en el que no se especificaba la edad a la que había presentado un ictus y en el que se había dado un error diagnóstico. Finalmente, resulta muy relevante que solo un 9,4% se aplique por analogía o identidad de razón el baremo de tráfico, en un 8,5% se indemnice 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 (82,1%), se indemnice a tanto alzado, es decir, sin atender al baremo ni a criterios delimitados (tabla 3).

La tabla 4 muestra que la proporción de indemnizaciones mayores ( $\geq 500.000$  euros) fueron concedidas a pacientes en edad pediátrica y en casos de malformaciones fetales no detectadas. Sobre la importancia de la patología materno-filial, en pérdida de oportunidad, ya existe algún trabajo previo realizado en España<sup>5</sup>. Asimismo, cuando se recodificaron las patologías en médicas, quirúrgicas y materno-infantiles, fueron estas últimas las que más indemnización proporcionalmente recibieron (tabla 4). Las secuelas o lesiones recibieron proporcionalmente más indemnizaciones que si se había producido un fallecimiento

Tabla 4 Desglose de la indemnización final de acuerdo con las variables clínicas, administrativas y judiciales	Indemnización final			Valor p <sup>b</sup>
	≤ 100.000 euros	100.001-499.999 euros	≥ 500.000 euros	
<b>Edad<sup>a</sup></b>				< 0,0001
≤ 14 años	31 (53,4%)	24 (41,4%)	3 (5,2%)	
15-64 años	135 (79,4%)	35 (20,6%)	0 (0,0%)	
≥ 65 años	89 (89,0%)	11 (11,0%)	0 (0,0%)	
<b>Sexo</b>				0,436
Hombre	229 (78,7%)	60 (20,6%)	2 (0,7%)	
Mujer	189 (82,9%)	37 (16,2%)	2 (0,9%)	
<b>Patología que originó la reclamación</b>				< 0,0001
Patología oncológica maligna	114 (83,2%)	23 (16,8%)	0 (0,0%)	
Enfermedades neurológicas	62 (68,9%)	24 (26,7%)	4 (4,4%)	
Cardiopatías	63 (80,8%)	15 (19,2%)	0 (0,0%)	
Enfermedades infecciosas	41 (85,4%)	7 (14,6%)	0 (0,0%)	
Enfermedades del aparato digestivo	39 (90,7%)	4 (9,3%)	0 (0,0%)	
Patología traumatológica	32 (84,2%)	6 (15,8%)	0 (0,0%)	
Patologías oftalmológicas	21 (95,5%)	1 (4,5%)	0 (0,0%)	
Malformaciones fetales no detectadas	2 (18,2%)	9 (81,8%)	0 (0,0%)	
Miscelánea	44 (84,6%)	8 (15,4%)	0 (0,0%)	
<b>Patología recodificada</b>				0,001
Médica	240 (81,1%)	54 (18,2%)	2 (0,7%)	
Quirúrgica	133 (87,5%)	18 (11,8%)	1 (0,7%)	
Materno-Infantil	45 (63,4%)	25 (35,2%)	1 (1,4%)	
<b>Periodo de la reclamación</b>				0,380
2002-2009	136 (81,0%)	32 (19,0%)	0 (0,0%)	
2010-2014	282 (80,3%)	65 (18,5%)	4 (1,1%)	
<b>Entidades demandadas</b>				0,753
Comunidad autónoma y aseguradora	368 (80,3%)	86 (18,8%)	4 (0,9%)	
Solo comunidad autónoma	50 (82,0%)	11 (18,0%)	0 (0,0%)	
<b>Hecho imputado motivo de la sentencia</b>				0,334
Error diagnóstico	272 (80,0%)	67 (19,4%)	2 (0,6%)	
Tratamiento inadecuado	111 (80,4%)	26 (18,8%)	1 (0,7%)	
Omisión de consentimiento informado	15 (83,3%)	2 (11,1%)	1 (5,6%)	
Mezcla de distintos hechos imputados	20 (87,0%)	3 (13,0%)	0 (0,0%)	
<b>Resultado del daño demandado</b>				0,043
Fallecimiento	246 (82,6%)	52 (17,4%)	0 (0,0%)	
Lesiones/secuelas	170 (78,0%)	44 (20,2%)	4 (1,8%)	
<b>Modo de aplicación de la cuantía</b>				0,001
Tanto alzado	355 (83,3%)	69 (16,2%)	2 (0,5%)	
Baremo de tráfico	30 (61,2%)	17 (34,7%)	2 (4,1%)	
Porcentaje de posibilidades	33 (75,0%)	11 (25,0%)	0 (0,0%)	
<b>Comunidad autónoma</b>				< 0,0001
Andalucía	17 (70,8%)	7 (29,2%)	0 (0,0%)	
Aragón	27 (90,0%)	3 (10,0%)	0 (0,0%)	
Canarias	3 (60,0%)	2 (40,0%)	0 (0,0%)	
Cantabria	6 (60,0%)	4 (40,0%)	0 (0,0%)	
Castilla-La Mancha	10 (71,4%)	4 (28,6%)	0 (0,0%)	
Castilla y León	63 (91,3%)	6 (8,7%)	0 (0,0%)	
Extremadura	7 (70,0%)	3 (30,0%)	0 (0,0%)	
Galicia	23 (85,2%)	4 (14,8%)	0 (0,0%)	
Illes Balears	4 (100,0%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	
La Rioja	5 (100,0%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	
Comunidad de Madrid	99 (73,9%)	34 (25,4%)	1 (0,7%)	

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española. Rev Esp Med Legal. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2016.06.003>

Tabla 4 (continuación)

	Indemnización final			Valor p <sup>b</sup>
	≤ 100.000 euros	100.001-499.999 euros	≥ 500.000 euros	
Región de Murcia	10 (71,4%)	4 (28,6%)	0 (0,0%)	
Comunidad Valenciana	67 (98,5%)	1 (1,5%)	0 (0,0%)	
Principado de Asturias	28 (93,3%)	2 (6,7%)	0 (0,0%)	
Cataluña	6 (66,7%)	3 (33,3%)	0 (0,0%)	
Comunidad foral de Navarra	1 (100,0%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	
País vasco	3 (100,0%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	

<sup>a</sup> En 191 (36,8%) casos no consta la edad en la sentencia.

<sup>b</sup> Chi al cuadrado o test exacto de Fisher.

(tabla 4). Finalmente, en las comunidades autónomas de Canarias y Cantabria se concedieron las mayores indemnizaciones (tabla 4).

## Discusión

Nuestra investigación ha partido del estudio de sentencias emitidas en supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración pública. De esta forma, hemos descartado todas las resoluciones de la jurisdicción civil y penal, para así evitar que nuestros resultados quedasen «contaminados», dado que los criterios de imputación resultan diferentes en atención a la jurisdicción que juzga los actos médicos. En la mayor parte de trabajos españoles se han llevado a cabo sin separar los 3 tipos de jurisdicciones (civil, penal y administrativa), lo que hace difícil comparar los resultados con el presente estudio<sup>6,11</sup>.

La descripción de las sentencias dictadas por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española, a lo largo de 12 años, nos muestra principalmente que han experimentado más del 100% de aumento en los últimos años. Fue a partir del 2002 cuando esta teoría se introdujo con intensidad 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 más presencia.

Nuestros datos revelan distintas cuestiones que es preciso destacar: No todas las comunidades aplican la teoría de la pérdida de oportunidad con la misma frecuencia; las cuantías indemnizatorias también varían en atención a la zona geográfica; tanto la patología oncológica maligna, como la neurológica, fueron las que más frecuentemente originaron la condena, y, finalmente, el error de diagnóstico fue el motivo de condena más repetido.

Los resultados reflejan que, en proporción, y a pesar de no contar con el mayor número de sentencias dictadas, son el Principado de Asturias y Castilla y León las comunidades que más han aplicado la pérdida de oportunidad asistencial, pero, en realidad, su efecto se extiende con vigor a lo largo del panorama nacional en el que Madrid y Valencia también resultaron protagonistas.

En relación con las cuantías indemnizatorias, estas fueron mayoritariamente (80,5%) iguales o inferiores a los 100.000 euros, a pesar de que el motivo más frecuente de las reclamaciones fue el fallecimiento, derivado de un error

diagnóstico o de un tratamiento inadecuado. Ello refleja una discrepancia con la cuantía reclamada, que solo fue igual o inferior a los 100.000 euros en un 17,3% de los casos. Los resultados citados tienen una explicación. Cuando un médico omite la aplicación de un tratamiento —p. ej., ante un infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST y bien diagnosticado no indica una rápida restauración mecánica del flujo coronario mediante un stent— y el paciente fallece o presenta secuelas incapacitantes, nunca sabremos si habría sucedido lo mismo de haber aplicado el tratamiento apropiado y a tiempo. En tal supuesto, nadie podría afirmar que el paciente habría sobrevivido sin secuelas. Por esta razón, la doctrina jurisprudencial encuentra enormes dificultades a la hora de valorar si hay responsabilidad y, en su caso, la determinación de la indemnización que merece el resultado dañoso. Lógicamente, ya que solo se puede hablar, como mucho, de una relación de causalidad hipotética, observamos que las condenas reducen significativamente la cantidad reclamada, porque parece que los juzgadores no quieren responsabilizar de todo el daño al facultativo. Y para resolver este debate no hay consenso en la jurisprudencia, pero debemos destacar que en 426 casos (82,1%) la indemnización se concedió a tanto alzado, en concepto de daño moral y sin que se sepa a qué criterio concreto acudieron, lo que también provocó una reducción de la indemnización con relación a la cuantía reclamada y a lo que establece el baremo. En 49 casos (9,4%) se indemnizó íntegramente el daño con la aplicación del baremo pensado para la valoración del daño corporal en accidentes de tráfico, al no existir un baremo por lesiones de origen sanitario, y en 44 supuestos (8,5%) se redujo la indemnización en atención al porcentaje de posibilidades de que el daño no se hubiera producido con una actuación diligente.

El primer criterio es precisamente el seguido por la Sección 10.<sup>a</sup> del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha llegado a indemnizar de forma habitual con el importe de 12.000 a 18.000 euros en supuestos de fallecimiento del paciente. Véase, entre otras muchas sentencias de esta sección y Sala, la de fecha 13-9-2012, n.º 605/2012, que indemnizó en 18.000 euros el fallecimiento de un paciente oncológico; o la sentencia de fecha 07-02-2013, n.º 119/2013, en la que se indemnizó un fallecimiento con 12.000 euros, y con 8.000 euros en la sentencia de 03-10-2012, n.º 647/2012, por el fallecimiento de un paciente por cáncer de esófago.

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española. Rev Esp Med Legal. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2016.06.003>

En el segundo criterio, las resoluciones indemnizan íntegramente el daño, sin reducción de porcentajes, bien porque no consideran apropiado valorar conjeturas o bien porque consideran que la responsabilidad debe ser de quien ha infringido el deber objetivo de cuidado y ha creado el riesgo.

En el tercer criterio se aplica una regla de responsabilidad proporcional que, además, no deja de ser algo hipotético y pleno de incertidumbre causal. De hecho, a pesar de que la estadística hable a favor de un porcentaje de supervivencia del 80%, el paciente podría haber tenido todas las posibilidades, pues no deja de ser nada más que una estadística. Además, conceder ese mismo porcentaje de indemnización podría resultar injusto, pues existe mayor probabilidad de que se encontrara en ese 80% de los que superan la enfermedad y, en tal supuesto, recuperar la salud si hubiera sido sometido al tratamiento adecuado con un 100% de posibilidades (todos los que se encuentran en el 80% superarían la enfermedad).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin mencionar el criterio de la pérdida de oportunidad y con aplicación de otra doctrina, del principio de facilidad probatoria al que hace referencia el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resuelve este conflicto de una manera absolutamente diferente y llena de lógica al advertir que, demostrada la *mala praxis* y siempre que exista tratamiento para la patología, se debe desplazar la carga de la prueba a la Administración pública para que sea esta la que acredite qué daños y en qué porcentaje se habrían evitado u ocasionado, en su caso, pues no se puede trasladar a la víctima la carga de la prueba de un hecho de demostración imposible. Así se pronuncia el Tribunal Supremo Sala 3.ª, sec. 4.ª, en Sentencia de 26-3-2012, y sec. 6.ª, sentencias de 7-7-2008, 20-03-2007 y 17-07-2007.

Incluso, podemos añadir que, en algunos supuestos oncológicos, por ejemplo, en los que únicamente existiera un tratamiento paliativo, si este se aplica tardíamente es lógico concluir que el paciente fallecería de todas formas, pero podríamos plantear la indemnización dado que, quizá, habría fallecido más tarde con un tratamiento iniciado de forma precoz. Todos falleceremos, eso sí es seguro, la cuestión es cuándo, y si ese momento llega antes de lo esperado el fallecimiento traerá causa en la infracción del deber de cuidado.

Por otro lado, la descripción de las sentencias dictadas en relación con neoplasias malignas y patologías neurológicas a lo largo de 12 años nos muestra principalmente que estos procesos son de «alto riesgo» judicial en cuanto a la pérdida de la oportunidad asistencial se refiere (más de cuatro de cada 10 sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito contencioso-administrativo, dictadas en España, está relacionada con patología oncológica o neurológica). Esto indica que en ambas materias es donde más frecuentemente se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, precisamente porque en este terreno se hace sumamente difícil establecer la relación de causalidad con certeza.

El error diagnóstico fue el hecho imputado motivo de la sentencia (66,5% de los casos analizados) más frecuente. Dicho error es también recogido en otras series, como el motivo más frecuente de reclamación. Así, por ejemplo, en un reciente estudio sueco, se recogieron las reclamaciones judiciales de 134 mujeres (desde 1995 hasta 2006) que habían presentado los efectos adversos de un

diagnóstico tardío de cáncer de mama<sup>12</sup>. El diagnóstico erróneo fue causado por un examen clínico o radiológico incompleto y/o por una deficiente interpretación de dichos exámenes<sup>12</sup>. Se consideró que, al menos, en uno de cada 4 casos, el retraso diagnóstico conllevó un impacto negativo en la evolución de la paciente<sup>12</sup>. En otra revisión de 559 casos de quejas por negligencia en patologías neurológicas ocurridos en el Sistema Nacional de Salud del Reino Unido, entre los años 1995 y 2005, el error diagnóstico se citó un 44% de las veces, siendo la enfermedad discal degenerativa (27%), los tumores del sistema nervioso central (21%), las infecciones del sistema nervioso central (11%) y las hemorragias subaracnoideas (9%) las patologías más reclamadas<sup>13</sup>. Finalmente, en un estudio más reciente del Sistema Nacional de Salud del Reino Unido, pero hasta el año 2012<sup>14</sup>, el error diagnóstico seguía siendo la causa más frecuente de reclamación, pero, a diferencia, del anterior, las patologías habían cambiado, siendo la patología medular, la enfermedad cerebrovascular, los tumores intracraneales, la hidrocefalia y la patología neuromuscular las más frecuentes<sup>14</sup>.

En conclusión, las sentencias dictadas por pérdida de oportunidad asistencial en el ámbito de la medicina pública española se han incrementado considerablemente estos últimos años, fundamentalmente por error diagnóstico y tratamiento inadecuado. En general, la mayoría de los pacientes fueron varones, que fallecieron, siendo la patología oncológica maligna y las enfermedades neurológicas las que más frecuentemente originaron la condena, cuya cuantía fue determinada en la mayor parte de las ocasiones a tanto alzado, sin atender a criterios determinados.

### Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés.

### Bibliografía

1. Asúa González CI. Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi; 2008.
2. Gallardo Castillo MJ. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Barcelona: Bosch; 2009.
3. Sardinero García C. Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch; 2016.
4. Saigí 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.
5. Gómez-Durán EL, Mulà-Rosias JA, Laila-Vicens JM, Benet-Travé J, Arimany-Manso J. Analysis of obstetrics and gynecology professional liability claims in Catalonia, Spain (1986-2010). J Forensic Leg Med. 2013;20:442-6.
6. Martín-Casals M, Ribot Igualada J, Sole Feliu J. Medical malpractice liability in Spain: Cases, trends and developments. Eur J Health Law. 2003;10:153-81.
7. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, Labajo-González E, Anadón-Baselga MJ, Almendral-Garrote J. Análisis de las sentencias judiciales en la práctica de la cardiología resueltas en segunda instancia en España entre 1992 y 2007. Rev Esp Cardiol (Engl Ed). 2012;65:801-6.
8. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, Labajo-González E, Reneses-Prieto B. Análisis de sentencias judiciales

- contra psiquiatras resueltas en segunda instancia en España entre 1992 y 2007. *Actas Esp Psiquiatr.* 2011;39:393–400.
9. Santiago-Sáez A, Perea-Pérez B, Labajo-González E, Albarrán-Juan ME, Barcia JA. Análisis de sentencias judiciales contra neurocirujanos resueltas en segunda instancia en España entre 1995 y 2007. *Neurocirugía (Astur)*. 2010;21:53–60.
  10. Cardoso-Cita Z, Perea-Pérez B, Albarrán-Juan ME, Labajo-González ME, López-Durán L, Marco-Martínez F, et al. Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011. *Rev Esp Cir Ortop Traumatol.* 2016;60:29–37.
  11. Giraldo P, Sato L, Sala M, Comas M, Dywer K, Castells X. A retrospective review of medical errors adjudicated in court between 2002 and 2012 in Spain. *Int J Qual Health Care.* 2016;28:33–9.
  12. 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.
  13. McNeill A. Neurological negligence claims in the NHS from 1995 to 2005. *Eur J Neurol.* 2007;14:399–402.
  14. Coysh T, Breen DP. A nationwide analysis of successful litigation claims in neurological practice. *JRSM Open.* 2014;5, 2042533313518914.

## **PUBLICACIÓN 2.**

**Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial  
en Patología Oncológica Maligna en la Medicina Pública  
Española**

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: [jbenitol6@gmail.com](mailto:jbenitol6@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/>).

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española. Gac Sanit. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.05.007>

## 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>. Saigi-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 (%)
<i>Edad<sup>a</sup></i>		
	1 mes - 14 años	4(2,9)
	15 - 64 años	47(34,3)
	≥65 años	22(16,1)
<i>Sexo</i>		
	Hombre	68(49,6)
	Mujer	69(50,4)
<i>Tipo de neoplasia</i>		
	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 (%)
<i>Entidades demandadas</i>	Comunidad autónoma y aseguradora	126(92,0)
	Solo comunidad autónoma	11(8,0)
<i>Hecho imputado</i>	Error diagnóstico	119(86,9)
<i>motivo de la sentencia</i>	Tratamiento inadecuado	14(10,2)
	Omisión de consentimiento informado	3(2,2)
	Error diagnóstico y tratamiento inadecuado	1(0,7)
<i>Resultado del daño demandado</i>	Fallecimiento	94(68,6)
	Lesiones/secuelas	43(31,4)
<i>Cuantía económica de la reclamación<sup>a</sup></i>	≤100.000 euros	18(13,1)
	100.001-499.999 euros	84(61,3)
	≥500.000	12(8,8)
<i>Cuantía de la indemnización</i>	≤100.000 euros	114(83,2)
	100.001-500.000 euros	23(16,8)
<i>Modo de aplicación de la cuantía</i>	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).

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española. Gac Sanit. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.05.007>

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 que 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**

- 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.
- Galán Cortés JC. Responsabilidad civil médica. Navarra: Editorial Civitas; 2016. p. 1160.
- 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.
- Asúa González CI. Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson-Aranzadi; 2008. p. 236.
- Saigí 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- Martín-Casals M, Ribot Igualada J, Solé Feliu J. Medical malpractice liability in Spain: cases, trends and developments. *Eur J Health Law*. 2003;10:153-81.
- 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.
- 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].
- Raab SS, Czybicki DM. Quality in cancer diagnosis. *CA Cancer J Clin*. 2010;60:139-65.
- 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.

## **PUBLICACIÓN 3.**

**Responsabilidad por Pérdida de Oportunidad Asistencial  
en Patologías Neurológicas en la Medicina Pública  
Española**

Original

## Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española

Q1 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 Clínico Universitario 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 8 de junio de 2016

Aceptado el 3 de agosto de 2016

On-line el xxx

Palabras clave:

Pérdida de oportunidad

Sentencias

Compensación

Neurología

### RESUMEN

**Objetivo:** 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 neurológicos.

**Métodos:** Se han analizado las 90 sentencias relacionadas con patologías neurológicas que hacían referencia al concepto de pérdida de oportunidad asistencial y que fueron dictadas en España desde 2003 (año de la primera sentencia) hasta mayo de 2014.

**Resultados:** De las 90 sentencias, 52 (57,8%) fueron dictadas por error diagnóstico y 30 por tratamiento inadecuado (33,3%). Desde el año 2009 se han producido 72 (80,0%) sentencias, lo que supone más del 300% de aumento con respecto a las 18 (20,0%) dictadas en los primeros 6 años del estudio (2003 a 2008). La mayoría de los pacientes eran varones (66,7%) que tuvieron secuelas (61,1%), siendo las patologías que con más frecuencia originaron la condena la encefalopatía neonatal hipóxico-isquémica (14,4%) y las lesiones medulares (14,4%).

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

### Liability for loss of chance in neurological conditions in the Spanish public healthcare system

#### ABSTRACT

**Objective:** To analyse the loss of chance sentences that were passed by the Contentious-Administrative Court (i.e., in public medicine), in which both the origin of the disease to be treated and the damages were neurological.

**Methods:** We analysed the 90 sentences concerning neurological conditions that referred to the concept of loss of chance that were issued in Spain from 2003 (year of the first sentence) until May 2014.

**Findings:** Of the 90 sentences, 52 (57.8%) were issued due to diagnostic error and 30 (33.3%), due to inadequate treatment. 72 (80.0%) of the sentences were passed from 2009 onwards, which equates to more than a 300% increase with respect to the 18 (20.0%) issued in the first six years of the study (from 2003 to 2008). Most of the patients (66.7%) were men, and a 61.1% presented sequelae. Hypoxic-ischaemic encephalopathy (14.4%) and spinal cord disorders (14.4%) were the most common conditions to lead to sentencing.

**Conclusions:** The litigant activity due to loss of chance in neurological disease in the Spanish public healthcare system has significantly increased in the last few years. The sentences were mainly passed 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.2016.08.002>

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/>).

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española. Gac Sanit. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.08.002>

**33 Introducción**

34 En la actualidad asistimos a un aumento muy significativo de  
35 la judicialización de las relaciones entre pacientes y médicos<sup>1,2</sup>.  
36 Resulta incuestionable que el número de reclamaciones, demandas,  
37 denuncias y querrelas a los profesionales de la medicina en distin-  
38 tas especialidades ha sufrido un incremento relevante que podría  
39 hacernos sospechar un posible descenso de la calidad de la asisten-  
40 cia sanitaria o un incremento de la desconfianza de los pacientes  
41 hacia los médicos<sup>1,2</sup>. No es el objetivo de esta investigación valorar  
42 estas hipótesis que, por otro lado, consideramos alejadas de la rea-  
43 lidad, pero sí se hace necesario acercarnos a comprender una de las  
44 principales causas de este incremento de los litigios, que pudiera  
45 tener sus raíces en la falta de criterio unánime a la hora de esta-  
46 blecer una indemnización<sup>1</sup>. Ejemplo de ello podría ser la posible  
47 inseguridad jurídica producida cuando media la pérdida de oportu-  
48 nidad asistencial entre la conducta del facultativo y el resultado  
49 dañoso.

50 Se habla de pérdida de oportunidad asistencial para des-  
51 tatar aquellos supuestos en los que, por la omisión de una  
52 prueba diagnóstica o tratamiento, se ha privado al paciente de  
53 una posibilidad de curación<sup>3-7</sup>. La cuestión es la dificultad que  
54 entraña conocer y demostrar lo que habría ocurrido si el autor  
55 de dicha conducta, es decir, el profesional que interviene, hubiera  
56 actuado correctamente<sup>3-7</sup>. Para ello, habría que saber si, al añadir  
57 mentalmente la conducta omitida, el resultado lesivo se habría  
58 producido<sup>3-7</sup>. Por ello, el motivo de la pérdida de la posibilidad  
59 asistencial viene dado con ocasión de la omisión de la diligencia  
60 debida por parte de los servicios sanitarios. En estos supuestos de  
61 omisión se desconoce con certeza cuál habría sido el pronóstico y,  
62 en definitiva, el resultado de haber actuado diligentemente<sup>3-7</sup>.

63 En este artículo pretendemos analizar las sentencias conde-  
64 natorias por responsabilidad derivada de pérdida de oportunidad  
65 asistencial, dictadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa  
66 (es decir, en la medicina pública), en las que tanto el origen de  
67 la patología a tratar como las secuelas fueron procesos neuroló-  
68 gicos, considerando todas las variables que pudieran tener alguna  
69 influencia en el planteamiento de la reclamación o en la resolu-  
70 ción del proceso judicial. Se ha elegido el ámbito de la neurología  
71 debido a que se trata de patologías muy prevalentes y con gran  
72 morbimortalidad, como ocurre también con las oncológicas, sobre  
73 las que existe un trabajo similar<sup>8</sup>. Finalmente, cabe destacar que  
74 no existe en la literatura médica ni jurídica ningún estudio pare-  
75 cido que haga referencia específica a la pérdida de oportunidad  
76 asistencial en patologías neurológicas.

**77 Métodos****78 Origen del material y criterios de inclusión**

79 Con carácter previo, es conveniente aclarar que la planta judicial  
80 se establece por su función procesal<sup>1</sup>. Así, podemos distinguir, por  
81 un lado, los órganos de instancia —primera o única—, que son los  
82 que resuelven los asuntos por primera vez, y por otro, la segunda  
83 instancia, que sirve para realizar una función revisora de la primera;  
84 es decir, un nuevo enjuiciamiento pleno, ante un órgano superior  
85 estratificado de la siguiente forma en la vía contencioso administra-  
86 tiva: Tribunal Superior de Justicia (órgano superior en la comunidad  
87 autónoma con competencias para juzgar responsabilidad patri-  
88 monial tras la derivación de competencias desde el Estado a las  
89 comunidades autónomas), Audiencia Nacional (todavía con compe-  
90 tencias de responsabilidad patrimonial derivada de asisten-  
91 cia sanitaria en competencias no transferidas a las comunidades  
92 autónomas, como las que ejerce el Ministerio de Sanidad, Servicios  
93 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 competen-  
cial 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 Super-  
ior de Justicia de la comunidad autónoma, sin necesidad de acudir  
antes a los juzgados de lo contencioso administrativo<sup>1</sup>.

Se han analizado todas las sentencias judiciales relacionadas  
con patologías neurológicas, en el ámbito de la jurisdicción conten-  
cioso 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.efiles/catalogo/bases-de-datos-juridicas-de-el-derecho>), por considerarla, en la actualidad, como una de las  
bases más potentes y más utilizadas, tanto en el ámbito acadé-  
mico como en el profesional, por letrados, jueces y magistrados.  
De las 10.001 sentencias obtenidas de la base por responsabili-  
dad patrimonial y asistencia sanitaria, 1249 aludían al concepto de  
pérdida de oportunidad asistencial. De estas, 522 fueron senten-  
cias condenatorias; decidimos excluir tres de ellas por no figurar la  
patología o las secuelas que produjeron la reclamación. Dichas con-  
denas fueron dictadas desde el 16 de octubre de 2002 hasta el 14  
de mayo de 2014. De las 519 sentencias condenatorias, 137 (26,4%)  
fueron dictadas por patologías oncológicas malignas (excluyendo  
los tumores del sistema nervioso central), 90 (17,3%) por patologías  
neurológicas, 78 (15,0%) por cardiopatías, 48 (9,2%) por enfermeda-  
des infecciosas, 43 (8,3%) por enfermedades del aparato digestivo,  
38 (7,3%) por patologías traumatológicas, 22 (4,2%) por patologías  
oftalmológicas, 11 (2,1%) por malformaciones fetales no detecta-  
das y 52 (10,0%) por miscelánea. En el caso de las sentencias por  
patologías neurológicas se incluyeron también aquellas en las cua-  
les los procesos neurológicos causaron secuelas o daño en otros  
sistemas.

En la base de datos se recogieron las variables administrativas,  
judiciales y clínicas de cada sentencia. No pudo recogerse la variable  
«tipo de profesional implicado» (es decir, si fue un neurólogo 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.

Se establecieron dos periodos de estudio (cada uno de 6 años),  
desde 2003 hasta 2008 y desde 2009 hasta 2014. La primera sen-  
tencia por pérdida de oportunidad asistencial en España por una  
patología neurológica (fallecimiento por las secuelas de un trauma-  
tismo craneoencefálico de una mujer de 64 años de edad que  
fue inadecuadamente tratado) se produjo el 14 de mayo de 2003  
por parte de la Audiencia Nacional.

**Análisis estadístico**

Se realizó un estudio descriptivo simple de las variables reco-  
gidas, 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 hos-  
pitalarias públicas, según datos del Catálogo Nacional de Hospitales  
del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad actualizado  
a 31 de diciembre de 2014<sup>9</sup>. De esta manera se obtuvo el índice de  
sentencias por cada 1000 camas hospitalarias (tabla 1).

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

**Tabla 1**  
Variables administrativas

Variables	N (%) [índice de sentencias/1000 camas hospitalarias]
<i>Comunidad autónoma (número de camas hospitalarias públicas)<sup>a</sup></i>	
Andalucía (15.391)	4 (4,4%) [0,26]
Aragón (4.527)	9 (10,0%) [1,99]
Canarias (4.799)	2 (2,2%) [0,42]
Cantabria (1.366)	1 (1,1%) [0,73]
Castilla-La Mancha (5.300)	3 (3,3%) [0,57]
Castilla y León (7.347)	6 (6,7%) [0,82]
Extremadura (2.977)	2 (2,2%) [0,67]
Galicia (7.311)	8 (8,9%) [1,09]
Illes Balears (2.581)	2 (2,2%) [0,77]
La Rioja (808)	1 (1,1%) [1,24]
Comunidad de Madrid (14.853)	15 (16,7%) [1,01]
Región de Murcia (3.191)	6 (6,7%) [1,88]
Comunidad Valenciana (11.441)	13 (14,4%) [1,14]
Principado de Asturias (2.761)	1 (1,1%) [0,36]
Cataluña (14.795)	1 (1,1%) [0,07]

<sup>a</sup> Doce (13,3%) casos se resolvieron en segunda instancia en el Tribunal Supremo y cuatro (4,4%) en primera instancia en la Audiencia Nacional; el resto se resolvieron en los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad autónoma.

Número de camas hospitalarias públicas: 107.083.

## 157 Resultados

### 158 Estudio descriptivo

159 Desde el año 2009 se han producido 72 (80,0%) sentencias, lo  
160 que supone más de un 300% de aumento con respecto a las 18  
161 (20,0%) dictadas en los primeros 6 años del estudio (2003 a 2008).  
162 De las 17 comunidades autónomas, la Comunidad Valenciana y  
163 Madrid fueron, en valor absoluto, donde se dictaron más senten-  
164 cias condenatorias por pérdida de oportunidad; sin embargo, tras  
165 la «corrección» por el número de camas, el índice de sentencias por  
166 cada 1000 camas hospitalarias fue máximo en Aragón y en la Región  
167 de Murcia (tabla 1).

168 En la tabla 2 se muestran las variables clínicas. La mayoría  
169 de los pacientes eran varones (66,7%) y la patología que con  
170 más frecuencia originó la condena fue la encefalopatía neonatal  
171 hipóxico-isquémica (14,4%), seguida de las lesiones medulares  
172 (14,4%).

173 En la tabla 3 se presentan las variables judiciales. La mayor parte  
174 de las condenas fueron impuestas a la comunidad autónoma y a  
175 su aseguradora (compañía de seguros). De las 90 sentencias, 52

**Tabla 2**  
Variables clínicas de los pacientes

Variables	Categorías	N (%)
Edad <sup>a</sup>	Neonato	14 (15,6%)
	1 mes a 18 años	12 (13,3%)
	19 a 64 años	22 (24,4%)
Sexo	≥65 años	12 (13,3%)
	Hombre	60 (66,7%)
Patología	Mujer	30 (33,3%)
	Encefalopatía neonatal hipóxico-isquémica	13 (14,4%)
	Lesiones medulares	13 (14,4%)
	Patología neuromuscular <sup>b</sup>	12 (13,3%)
	Tumores del sistema nervioso central	8 (8,9%)
	Ictus isquémico	8 (8,9%)
	Meningitis/meningoencefalitis infecciosa	8 (8,9%)
	Hemorragia subaracnoidea	8 (8,9%)
	Hematoma subdural	5 (5,6%)
	Otras	15 (16,5%)

<sup>a</sup> En 30 (33,3%) casos no consta en la sentencia.

<sup>b</sup> Once casos de neuropatía periférica (incluyendo uno de síndrome de Guillain-Barré) y uno de distrofia muscular.

**Tabla 3**  
Variables judiciales

Variables	Categorías	N (%)
Entidades demandadas	Comunidad autónoma y aseguradora	86 (95,6%)
	Solo comunidad autónoma	2 (2,2%)
	Mutua de accidentes de trabajo y aseguradora	1 (1,1%)
	Comunidad autónoma, mutua de accidentes de trabajo y aseguradoras	1 (1,1%)
Hecho imputado motivo de la sentencia	Error diagnóstico	52 (57,8%)
	Tratamiento inadecuado	30 (33,3%)
	Omisión de consentimiento informado	4 (4,4%)
Resultado del daño demandado	Error diagnóstico y tratamiento inadecuado	4 (4,4%)
	Fallecimiento	20 (22,2%)
Cuantía económica de la reclamación <sup>a</sup>	Fallecimiento/daño moral a los familiares	15 (16,7%)
	Lesiones/secuelas	55 (61,1%)
	≤100.000 euros	8 (8,9%)
Cuantía de la indemnización	100.001-499.999 euros	35 (38,9%)
	300.000-600.000 euros	26 (28,9%)
	≤100.000 euros	62 (68,9%)
Modo de aplicación de la cuantía	100.001-499.999 euros	24 (26,7%)
	300.000-600.000 euros	4 (4,4%)
	Tanto alzado	77 (85,6%)
	Baremo de tráfico	4 (4,4%)
	Porcentaje de posibilidades	8 (8,9%)
	Tanto alzado y baremo de tráfico	1 (1,1%)

<sup>a</sup> En 21 (23,3%) casos no se especificó en la sentencia la indemnización reclamada (se supone que fue por cuantía indeterminada).

(57,8%) fueron dictadas por error diagnóstico (ya sea por no pedir una prueba de imagen o por una exploración neurológica deficiente) y 30 (33,3%) por un tratamiento inadecuado. El 61,1% de los pacientes quedaron con lesiones o secuelas, y el 38,9% fallecieron. Es importante notar aquí que los casos en los que los pacientes tienen secuelas leves o quedan sin secuelas usualmente no son judicializados.

176 Por último, es llamativo que la cuantía concedida (mediana: 177 60.000 euros) fue inferior a la solicitada (mediana: 300.500 euros) 178 (prueba de los rangos con signos de Wilcoxon,  $p < 0,001$ ). No encon- 179 tramos diferencias significativas (U de Mann-Whitney,  $p = 0,88$ ) 180 entre el primer periodo del estudio (2003-2008; mediana: 75.000 181 euros) con respecto al segundo (2009-2014; mediana: 60.000 182 euros) en cuanto a la cuantía concedida. La cuantía mayor (casi 183 un millón de euros) se dictó en el caso de un varón, del que no 184 se especificaba la edad a la que había sufrido un ictus, en el que 185 se había producido un error diagnóstico. Finalmente, resulta muy 186 relevante que solo un 4,4% se aplique por analogía al baremo que 187 se utiliza para la valoración del daño corporal en accidentes de trá- 188 fico, dado que no existe uno específico para el derecho sanitario; 189 en un 8,9% se indemnice en atención al porcentaje hipotético de 190 posibilidades de curación (porcentaje que se aplica sobre el citado 191 baremo en atención a las posibilidades de sanación que hipotéticamente 192 podría haber tenido el paciente); y que, en la mayoría de los 193 casos (85,6%), se indemnice a tanto alzado, es decir, con una canti- 194 dad que no queda justificada nada más que por el criterio personal 195 del juez o tribunal, sin atender al baremo, ni a un porcentaje hipotético 196 de posibilidades, ni a criterios indemnizatorios delimitados 197 o suficientemente razonados (tabla 3). 198 199 200 201 202 203 204

## 205 Discusión

206 El presente trabajo se ha realizado utilizando sentencias de los  
207 distintos Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y  
208 el Tribunal Supremo, emitidas en el ámbito de la responsabilidad

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española. Gac Sanit. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.08.002>

209 patrimonial de la Administración, dedicada a juzgar, exclusiva-  
210 mente, los actos médicos derivados de la sanidad pública. Son  
211 todas sentencias emitidas, por consiguiente, por salas de lo con-  
212 tencioso administrativo. De esta forma, hemos descartado todas  
213 las resoluciones de la jurisdicción civil y penal, para así evitar que  
214 nuestros resultados quedasen «contaminados», dado que los crite-  
215 rios de imputación resultan diferentes en atención a la jurisdicción  
216 que juzga los actos médicos<sup>1</sup>. La misma conducta e iguales resul-  
217 tados dañosos obtienen unas sentencias totalmente diferentes en  
218 función de la jurisdicción donde se plantee el litigio<sup>1</sup>. Es decir,  
219 unos mismos hechos, que hubieran dado lugar a una sentencia con-  
220 denatoria en vía contencioso administrativa, podrían obtener una  
221 sentencia absolutoria en vía penal si no se cumplen los requisitos  
222 establecidos por el tipo penal<sup>1</sup>, y unos hechos que hubieran dado  
223 lugar a una absolución en vía administrativa podrían dar lugar a  
224 una condena en la civil, en atención a la diferente interpretación  
225 de los criterios jurisprudenciales que sujetan a los distintos órde-  
226 nes jurisdiccionales<sup>1</sup>. La mayor parte de los trabajos españoles que  
227 han abordado las sentencias en otras especialidades se han llevado a  
228 cabo sin separar los tres tipos de jurisdicción (civil, penal y adminis-  
229 trativa), lo que hace difícil comparar los resultados con el presente  
230 estudio<sup>10-13</sup>.

231 La descripción de las sentencias realizadas en relación con pato-  
232 logías neurológicas a lo largo de 12 años muestra principalmente  
233 que estos procesos son de «alto riesgo» judicial en cuanto a la pér-  
234 dida de la oportunidad asistencial se refiere (un 17,3% del total  
235 de 519 sentencias estudiadas). Además, han experimentado más  
236 de un 300% de aumento en los últimos años. Fue a partir de 2002  
237 cuando esta teoría se introdujo en la doctrina jurisprudencial para  
238 juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, razón por la  
239 que podemos sostener que se trata de una teoría con pocos años  
240 de aplicación, pero que con el paso del tiempo ha cobrado más  
241 fuerza.

242 Otros datos destacados a tener en cuenta son las marcadas  
243 diferencias entre comunidades autónomas y en las cuantías indem-  
244 nizatorias. En cuanto a las primeras, nuestros resultados reflejan  
245 que, en proporción, y a pesar de no contar con el mayor número  
246 de sentencias dictadas, son las comunidades autónomas de Ara-  
247 gón y Murcia las que más lo aplican; no obstante, en realidad su  
248 efecto se extiende con fuerza a lo largo del panorama nacional,  
249 donde Madrid y la Comunidad Valenciana también resultan prota-  
250 gonistas. Respecto a las cuantías indemnizatorias, el 44,4% fueron  
251 inferiores a los 50.000 euros. Ello refleja una discrepancia con la  
252 cuantía reclamada, que solo fue inferior a 50.000 euros en un 2,2%  
253 de los casos.

254 Los motivos fundamentales de las reclamaciones fueron secue-  
255 las o lesiones derivadas de un error diagnóstico o de un tratamiento  
256 inadecuado. A pesar de que el porcentaje más alto se encuentra  
257 en el error diagnóstico, por delante del tratamiento inadecuado, es  
258 importante matizar que las condenas por error diagnóstico siem-  
259 pre deben venir como consecuencia de conductas contrarias a la  
260 praxis médica, es decir, con infracción de la *lex artis*<sup>1,2</sup>. Por tanto, lo  
261 determinante es si la conducta del profesional sanitario se ajustó  
262 al deber objetivo de cuidado y si entre la misma y el resultado  
263 dañoso medió la necesaria relación de causalidad adecuada<sup>1,2</sup>. Así,  
264 ante determinado resultado, como lo es el error de diagnóstico,  
265 lo relevante es conocer si fue consecuencia de una falta de dili-  
266 gencia en el proceso asistencial o, por el contrario, si no fue más  
267 que el resultado desafortunado de una medicina aplicada correcta-  
268 mente. Lo decimos porque debemos tener en cuenta que todas las  
269 sentencias condenatorias estudiadas comparten el hecho de haber  
270 sido dictadas en supuestos en los que ha existido una infracción de  
271 la *lex artis*. Lo que ocurre es que, en principio, para poder conde-  
272 nar, ya sea por error de diagnóstico, tratamiento inadecuado o falta  
273 de información, debe quedar acreditada la relación de causalidad  
274 entre la conducta del profesional y el resultado dañoso soportado

275 por el paciente; y cuando hablamos de conductas omisivas, resulta  
276 imposible acreditar a ciencia cierta tal relación de causa y efecto,  
277 circunstancia que también comparten todas las resoluciones objeto  
278 de estudio (se desconoce con seguridad la relación de causa y efecto,  
279 y se acude a la aplicación y la interpretación de la teoría de la pér-  
280 dida de oportunidad con diferentes resultados). En efecto, cuando  
281 un médico omite la aplicación de un tratamiento (por ejemplo,  
282 no indica un tratamiento fibrinolítico, aceptado por las socieda-  
283 des científicas, ante un ictus isquémico) y el paciente fallece o  
284 sufre secuelas discapacitantes, nunca sabremos si habría ocurrido  
285 lo mismo de haber aplicado el tratamiento adecuado. ¿Quién puede  
286 asegurar que el paciente habría sobrevivido sin secuelas? Por este  
287 motivo, los jueces y los magistrados encuentran tantas dificulta-  
288 des a la hora de determinar si hay responsabilidad y, en su caso,  
289 la cuantificación del daño. Y como lo único que cabe es hablar de  
290 relación de causalidad hipotética, resuelven el litigio mediante una  
291 condena que reducen significativamente, dado que no quieren res-  
292 ponsabilizar de todo el daño al facultativo. Esta es la razón de que la  
293 mayoría de las indemnizaciones sean establecidas a tanto alzado,  
294 es decir, sin atender a ningún criterio delimitado. En nuestra opi-  
295 nió, el hecho de que existan diferentes criterios indemnizatorios  
296 (baremo, porcentaje o tanto alzado), y que precisamente el que más  
297 se aplique no atienda a razonamientos claros y precisos, es uno de  
298 los principales motivos del crecimiento y la expansión de esta teo-  
299 ría en los últimos años. Cuando un nuevo concepto o interés no  
300 está sujeto por el principio de seguridad jurídica y no está claro  
301 su fundamento, se convierte en una fuente de conflictos (la Admi-  
302 nistración pública y las aseguradoras están alegando, cada vez con  
303 más fuerza, la teoría de la pérdida de oportunidad para lograr una  
304 reducción de la indemnización, sabedoras de que, en la mayoría de  
305 las ocasiones, se logra una reducción a tanto alzado).

306 El error diagnóstico también se recoge en otras series como el  
307 motivo más frecuente de reclamación<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, en una  
308 revisión de 559 casos de quejas por negligencia en patologías neu-  
309 rológicas ocurridos en el Sistema Nacional de Salud del Reino Unido,  
310 entre los años 1995 y 2005, el error diagnóstico se citó un 44% de las  
311 veces, siendo la enfermedad discal degenerativa (27%), los tumores  
312 del sistema nervioso central (21%), las infecciones del sistema ner-  
313 vioso central (11%) y las hemorragias subaracnoideas (9%) las más  
314 reclamadas<sup>15</sup>. En un estudio más reciente del Sistema Nacional de  
315 Salud del Reino Unido, con datos hasta el año 2012, el error diag-  
316 nóstico seguía siendo la causa más frecuente de reclamación, pero  
317 a diferencia del anterior, las patologías habían cambiado, siendo  
318 la patología medular, la enfermedad cerebrovascular, los tumores  
319 intracraneales, la hidrocefalia y la patología neuromuscular las más  
320 frecuentes<sup>16</sup>.

321 En conclusión, la teoría de la pérdida de oportunidad asistencial,  
322 aunque con poco recorrido temporal de aplicación, ha cobrado más  
323 fuerza en los últimos años en la medicina pública española cuando  
324 de patologías neurológicas se trata, lo que se está produciendo en  
325 las diferentes comunidades autónomas, con especial interés en Ara-  
326 gón, Murcia, Madrid y Comunidad Valenciana, indemnizando en su  
327 mayoría con cantidades inferiores a 50.000 euros. Las sentencias  
328 fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico o trata-  
329 miento inadecuado.

330 Las sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en pato-  
331 logías neurológicas se han incrementado en los últimos años en la  
332 medicina pública española. En general, la mayoría de los pacientes  
333 eran varones que tuvieron secuelas (61,1%), siendo las patologías  
334 que con más frecuencia originaron la condena la encefalopatía neo-  
335 natal hipóxico-isquémica (14,4%) y las lesiones medulares (14,4%).

#### Editor responsable del artículo

Javier Arias-Díaz.

Cómo citar este artículo: Sardinero-García C, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española. Gac Sanit. 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.08.002>

338 **Declaración de transparencia**

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

345 **Financiación**

Ninguna.

**¿Qué se sabe sobre el tema?**

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

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

Las sentencias por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas se han incrementado en los últimos años. Las sentencias fueron dictadas fundamentalmente por error diagnóstico o tratamiento inadecuado. La mayoría de los pacientes eran varones que tuvieron secuelas, siendo las patologías que con más frecuencia originaron la condena la encefalopatía neonatal hipóxico-isquémica y las lesiones medulares.

346

347 **Contribuciones de autoría**

348 C. Sardinero-García ha participado en la concepción y el diseño  
349 del trabajo, la recogida de datos y su análisis e interpretación, y  
350 la redacción, revisión y aprobación del manuscrito. A. Santiago-  
351 Sáez ha participado en la concepción y el diseño del trabajo, y en la  
352 redacción, revisión y aprobación del manuscrito. M.C. Bravo ha par-  
353 ticipado en la concepción y el diseño del trabajo, y en la redacción,  
354 revisión y aprobación del manuscrito. B. Perea-Perea ha participado  
355 en la concepción y el diseño del trabajo, y en la redacción, revisión  
356 y aprobación del manuscrito. M.E. Albarrán-Juan ha participado en  
357 la concepción y el diseño del trabajo, y en la redacción, revisión y  
aprobación del manuscrito. E. Labajo-González ha participado en

la concepción y el diseño del trabajo, y en la redacción, revisión y  
aprobación del manuscrito. J. Benito-León ha participado en la con-  
cepción y el diseño del trabajo, la recogida de datos y su análisis e  
interpretación, y la redacción, revisión y aprobación del manuscrito.

**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: Tirant Lo Blanch; 2016. p. 394.
2. Galán Cortés JC. Responsabilidad civil médica. Navarra: Civitas; 2016. p. 1160.
3. Asúa González CI. Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi; 2008. p. 236.
4. 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.
5. Arimany-Manso J, Gómez-Durán EL, Aubia-Marimón J. Las reclamaciones sobre responsabilidad profesional por especialidades en un escenario diferente al estadounidense. Gac Sanit. 2013;27:92-3.
6. Mir Puigpelat O. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Madrid: Civitas; 2000. p. 340.
7. Medina Alcoz L. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. En: Gascón Abellán M, González Carrasco MC, Cantero Martínez J, coordinadores. Derecho sanitario y bioética, cuestiones actuales. Valencia: Tirant Lo Blanch; 2011. 1183 p.
8. Sardinero-García C, Santiago-Sáez A, Bravo MC, et al. Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española. Gac Sanit. (en prensa).
9. Catálogo Nacional de Hospitales del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (Actualizado el 31/12/2014; consultado el 22/5/2016.) Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/docs/CNH2015.pdf>
10. Martín-Casals M, Ribot Igualada J, Sole Feliu J. Medical malpractice liability in Spain: cases, trends and developments. Eur J Health Law. 2003;10:153-81.
11. 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.
12. 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.
13. 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.
14. Giraldo P, Sato L, Sala M, et al. A retrospective review of medical errors adjudicated in court between 2002 and 2012 in Spain. Int J Qual Health Care. 2016;28:33-9.
15. McNeill A. Neurological negligence claims in the NHS from 1995 to 2005. European Journal of Neurology: the Official Journal of the European Federation of Neurological Societies. 2007;14:399-402.
16. Coyle T, Breen DP. A nationwide analysis of successful litigation claims in neurological practice. JRSM Open. 2014;5. 2042533313518914.

### **XIII. BIBLIOGRAFÍA**

ABEL LLUCH, X., El Juez Civil ante la Investigación Biomédica, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

ABELLÁN, F. / SÁNCHEZ CARO, J., La Responsabilidad Médica por la Información del Medicamento, Comares, Granada, 2007.

ABELLÁN SALORT, J.C., La Praxis del Consentimiento Informado en la Relación Sanitaria: Aspectos Biojurídicos, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

ACHAVAL, A., Responsabilidad Civil del Médico, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

ALEMANY GARCÍA, M., El Paternalismo Jurídico, Iustel, Madrid, 2006.

ALONSO ÁLMANO, M., El Consentimiento Informado del Paciente en el Tratamiento Médico. Bases Jurídicas e Implicaciones Penales, en Autonomía Personal y Decisiones Médicas. Cuestiones Éticas y Jurídicas, Civitas, Navarra, 2010.

AMARILLA GUNDIN, M. y AMARILLA MATEU, N., La Responsabilidad Contractual Terapéutica en el Siglo XXI, Europea Pharmaceutical Law Group, Madrid, 2002.

ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Clásicos de Grecia y Roma, Alianza Editorial, 1ª edición, Madrid, 2001.

ASUA GONZÁLEZ, C., Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2008.

ATAZ LÓPEZ, J., *Los Médicos y la Responsabilidad Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

BEAUCHAMP T. L. y CHILDRESS, J. F., "Principles Of Biomedical Ethics", OUP, Nueva York, 1974.

BEAUCHAMP / CHILDRESS, *Principios de Ética Biomédica*, Masson, Barcelona, 1998. Traducción al castellano del original *Principles of Biomedical Ethics Fourth Edition*, 1994, Oxford University Press (1ª ed. de 1979): Gracia García-Miguel, T., Júdez Gutiérrez, F. J., Feito Grande, L., Gracia Guillén, D.

BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad Civil del Médico y Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Reus, Madrid, 2009.

BLAS ORBÁN, C., *El Equilibrio en la Relación Médico Paciente*, Bosch Editor, Barcelona, 2006.

BLASCO ESTÉVEZ, A., "La Relación de Causalidad en Materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia Reciente", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 53, 1987.

BURKLE, C.M., MANN, C.E., STEEGE, J.R., STOKKE, J.S., JACOB, A.K., PASTERMAK, J.J., "Patient Fear of Anesthesia Complications According to Surgical Type: Potential Impact on Informed Consent for Anesthesia", *Department of Anesthesiology, Mayo Clinic, Rochester, MN, USA, Acta Anaesthesiol Scand*, 2014 Nov, 58 (10): 1249-57.

BUSNELLI, F. y COMANDÉ, G., "Causation under Italian Law" en *Unification of Tort Law: Causation*, J. Spier, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000.

CALVO SÁNCHEZ., M<sup>a</sup>. D., Protocolo de Formalización del Consentimiento Informado en Relevancia Jurídica del Consentimiento Informado en la Práctica Sanitaria: Responsabilidades Civiles y Penales, Comares, Granada, 2012.

CARDOSO-CITA, Z.; PEREA-PÉREZ, B.; ALBARRÁN-JUAN, M.E.; LABAJOGONZÁLEZ, M.E.; LÓPEZ-DURÁN, L.; MARCO-MARTÍNEZ, F. y SANTIAGO-SAÉZ A., “Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011”. *Rev Esp Cir Ortop Traumatol.*, 60, 29-37, 2016.

CASADO DÍAZ, S., “Jurisprudencia Relativa a la Responsabilidad Civil de los Abogados” en Aranzadi Civil, Revista Doctrinal, núm. 2, 1999.

CHEUNG, D., LIEBERMAN, L., LIN, Y., CALLUM, J., “Consent for Blood Transfusion: Do Patients Understand the Risks and Benefits?”. Department of Clinical Pathology, Sunnybrook Health Sciences Centre, *Transfus Med*, 2014 Oct, 24 (5): 269-73.

COBO DEL ROSAL, M., Derecho Penal Español, Parte Especial, 2<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid 2005.

CORDOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S., Comentarios al Código Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

COYSH, T. y BREEN, D.P., “A nationwide analysis of successful litigation claims in neurological practice”. *JRSM Open*, 5(3), 1-3, 2014.

CRESCO MORA, M.C., La Responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil, Thomson/Civitas, Madrid, 2005.

CRUZ BLANCA, M.J., La Imprudencia Penal del Médico Residente en Formación (MIR), de su Tutores y de otros Especialistas Encargados de su Supervisión, en Estudios jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y otros Agentes Sanitarios, obra dirigida por MORILLAS CUEVA, L., y coordinada por SUAREZ LÓPEZ, J.M., Dykinson, Madrid, 2009.

CUETO PÉREZ, M., Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Responsabilidad por Informar”, en Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio, (Coordinador MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Dykinson, Madrid, 2000.

DE ASÍS SANZ GANDASEGUI, F., “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Asistencia Sanitaria” en Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2009.

DE LAS HERAS GARCÍA, M.A., Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica, Dykinson, Madrid, 2005.

DEL ROSAL, J., Tratado de Derecho Penal Español (Parte General), Vol. I, edición corregida por COBO DEL ROSAL, M., 1978.

DÍAZ ALABART, S., Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica. Hechos y Derecho, Aranzadi, Pamplona, 1996.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Volumen II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Volumen I, edición 11ª, Tecnos, Madrid, 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, Lex Nova, Valladolid, 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, 2ª ed., Lex Nova, 2007.

ESGRECCIA, E., Manual de Bioética I, Fundamentos y Ética Biomédica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009.

ESPINOSA FERNÁNDEZ, F., “Objeto, Fundamento y Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Asistencia Sanitaria” en Manual sobre Responsabilidad Sanitaria, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2009.

ESPINOSA FERNÁNDEZ, F., “Régimen Jurídico de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Asistencia Sanitaria” en Manual sobre Responsabilidad Sanitaria, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2009.

ESTER CASAS, V., “El Contenido de la *Lex Artis* y su Relevancia en la Determinación de la Relación de Causalidad” en Manual sobre Responsabilidad

Sanitaria, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2009.

FERNÁNDEZ DEL HIERRO, J.M., Sistema de Responsabilidad Médica, Comares, Granada, 2007.

FLEISHER, H., Schadensersatz für verlorene Chance im Vertrags-und Delikts-recht, JZ, 1999.

FONSECA FERRANDIS, F., Estado, Comunidades Autónomas y Ciencias Biomédicas; Hacia un Modelo de Cohesión, Thomson/Civitas, Navarra, 2007.

FONSECA FERRANDIS, F., “Actividades Comunicadas como Elemento Jurídico Administrativo a Considerar en el Campo de la Investigación Traslacional”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 167 (octubre-diciembre 2014).

FRAGA MANDIÁN, A., y LAMAS MEILÁN, M.M., “El Consentimiento Informado (El Consentimiento del Paciente en la Actividad Médico-Quirúrgica)”, Revista Xurídica Galega, 1999.

GALÁN CORTÉS, J.C., “Consentimiento Informado” en Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales. (Coord. GASCÓN ABELLÁN, M.), Tiranch Lo Blanch, Valencia, 2011.

GALÁN CORTÉS, J.C., Responsabilidad Civil Médica, Thomson Reuters/Civitas, Navarra, 2016.

GALLARDO CASTILLO, M.J., La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA HERNÁNDEZ, T., Elementos de Derecho Sanitario en la Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos por Mala Praxis, Edisofer, Madrid, 2002.

GASCÓN ABELLÁN, M., ¿Puede el Estado adoptar Medidas Paternalistas en el Ámbito de la Protección de la Salud?, *Humanitas Humanidades Médicas*, Tema del mes on-line, nº 20, octubre de 2007.

GETT, R.M., COORAY, A.R., GOLD, D., DANTA, M., "Evaluating Informed Consent for Colonoscopy", St. Vincent's Clinical School, University of New South Wales, NSW †Department of Surgery, St Vincent's Hospital, Melbourne, Vic., Australia, *Surg Laparosc Endosc Percutan Tech.*, 2014 Aug, 24 (4): 345-52.

GIRALDO, P.; SATO, L.; SALA, M.; COMAS, M.; DYWER, K. Y CASTELLS, X., A. retrospective review of medical errors adjudicated in court between 2002 and 2012 in Spain. *Int J Qual Health Care*, 28, 33-9, 2016.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.

GÓMEZ-DURÁN, E.L.; MULÀ-ROSÍAS, J.A.; LAILLA-VICENS, J.M.; BENET-TRAVÉ, J. Y ARIMANY-MANSO, J., Analysis of obstetrics and gynecology professional liability claims in Catalonia, Spain (1986-2010). *J Forensic Leg Med.*, 20,442-446, 2013.

GÓMEZ PAVÓN, P., Tratamientos Médicos: su Responsabilidad Penal y Civil, Bosch, Barcelona, 2004.

GÓMEZ RIVERO, M.C., La Responsabilidad Penal del Médico, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ BARÓN, M., "Información al Enfermo de Cáncer", *Diario Médico*, Sección de Normativa, pág. 12, 25 de enero de 2011.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Responsabilidad Sanitaria y Daño Moral” en Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales (Coord. GASCÓN ABELLÁN, M., y otros), Tirant Lo Banch, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ MORÁN, L., La Responsabilidad Civil del Médico, Bosch, Barcelona, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Edit. Civitas, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2010.

GRACIA GUILLÉN, D., Fundamentos de Bioética, Eudema, Madrid, 1989.

GRACIA GUILLÉN, D., “La Ética y las Profesiones Sanitarias” en Deontología, Función Social y Responsabilidad de las Profesiones Sanitarias, Ciclo de Conferencias Organizado por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.

GRACIA, D., “La Deliberación Moral: El Método de la Ética Clínica” en Bioética para Clínicos del Proyecto del Instituto de Bioética de la Fundación de Ciencias de la Salud, Revista Medicina Clínica, Barcelona, 2001.

GRANDEL VICENTE, I., “Responsabilidad de los Profesionales Sanitarios: Referencia a la Medicina Satisfactiva y Curativa” en Manual sobre Responsabilidad Sanitaria, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio jurídico del Estado, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

GUÉREZ TRICARICO, P., El Tratamiento Médico Curativo y su Licitud: El Papel del Consentimiento del Paciente, Aranzadi. Navarra, 2012.

GUERRERO ZAPLANA, J., *Las Reclamaciones por la Defectuosa Asistencia Sanitaria*, 4ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUERRERO ZAPLANA, J., *El Consentimiento Informado: su Valoración en la Jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Madrid, 2004.

HAFSTROM, L.; JOHANSSON, H. Y AHLBERG, J., *Diagnostic delay of breast cancer - an analysis of claims to Swedish Board of Malpractice (LOF)*. *Breast*, 20,539-542, 2011.

JORGE BARREIRO, A., *La Imprudencia Punible en la Actividad Médico-Quirúrgica*, Tecnos, 1990.

HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *La Ordenación Sanitaria en España*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2004.

HERNÁNDEZ RAMOS, M., "El Consentimiento Informado y el Derecho Fundamental a la Integridad Física y Moral" en *Relevancia Jurídica del Consentimiento Informado en la Práctica Sanitaria: Responsabilidades Civiles y Penales* (coord. SANZ MULAS, N.), Comares, Granada, 2012.

ISLES, A.F., "Understood Consent Versus Informed Consent: A New Paradigm for Obtaining Consent for Pediatric Research Studies", *Front Pediatric*, 2013 Nov 21, 1:38.

JACOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JORGE BARREIRO, A., *La Imprudencia Punible en la Actividad Médico-Quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

KIEFFER, G.H., *Bioética*, Alhambra, Madrid, 1983.

LEGUINA VILLA, J., *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983.

LI, F.X., NAH, S.A., LOW, Y., "Informed consent for emergency surgery--how much do parents truly remember?", *J. Pediatric. surg.*, 2014, May, 49 (5): 795-7.

LLAMAS POMBO, E., *La Responsabilidad Civil del Médico. Aspectos Tradicionales y Modernos*, Trivium, Madrid, 1998.

LOPERENA ROTA, D., *La Protección de la Salud y el Medio Ambiente Adecuado para el Desarrollo de la Persona en la Constitución. Volumen Colectivo: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II: De los Derechos y Libertades Fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

LÓPEZ-CHAPA, S., *Autonomía del Paciente y Libertad Terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007.

LUCIANO PAREJO, A., *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 1*, Ariel, Barcelona, 1998.

MARTÍN BERNAL, J.M., *Responsabilidad Médica y Derechos de los Pacientes. Problemática Jurídica de la Relación Médico-Paciente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

MARTÍN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J y SOLE FELIU, J., *Medical malpractice liability in Spain: cases, trends and developments. Eur J Health Law*, 10, 153-81, 2003.

MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ, J.L., *Teoría General de la Responsabilidad Patrimonial o Extracontractual en Manual de Responsabilidad Pública*, Abogacía

General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2010.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Derecho Médico, vol. I. Derecho Médico General y Especial, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ MORÁN, N., Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana, Comares, Granada, 2003.

MARTÍNEZ-PEREDA, MARTÍNEZ CALCERRADA y DE LORENZO Y MONTERO, “La Falta de Consentimiento Informado, un Daño Moral que debe ser Indemnizado”, Diario Médico, sección de Normativa, pág. 11, 30 de marzo de 2004.

MCMURDO, M., GILLET, G., “Consent, Competence and Lies to Children: Veracity in Paediatric Care”, J. Law Med., 2013 Dec, 21 (2): 265-72.

MCNEILL, A., “Neurological negligence claims in the NHS from 1995 to 2005. *European journal of neurology: the official journal of the European Federation of Neurological Societies*”, 14, 4, 399-402, 2007.

MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria” en Derecho Sanitario y Bioética, Cuestiones Actuales. (Coord. GASCÓN ABELLÁN M., y otros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

MEDIURIS, S.L., Derecho para el Profesional Sanitario, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

MÉJICA GARCÍA, J. y DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., El Estatuto del Paciente a través de la Nueva Legislación Estatal, Thomson/Civitas, Navarra, 2006.

MILLER, V.A., BAKER, J.N., LEEK, A.C., DROTAR, D., KODISH, E., "Patient Involvement in Informed Consent for Pediatric Phase I Cancer Research", J. Pediatr. Hematol Oncol, 2014 Nov;36 (8): 635-40.

MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, Reppetor, Barcelona, 2006.

MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte General, 9ª edición, Reppetor, Barcelona, 2011.

MIR PUIGPELAT, O., La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, Imputación y Causalidad, Civitas, Madrid, 2000.

MORENO BOTELLA, G., "Negativa a Tratamientos Médicos" en Libertad Religiosa y Derecho Sanitario, coordinado por MARTÍN SÁNCHEZ, I., Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007.

MORILLAS CUEVA, L., Relevancia Penal del Consentimiento del Paciente en Relación con la Actividad Médica, en Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y otros Agentes Sanitarios, obra dirigida por MORILLAS CUEVA, L., y coordinada por SUÁREZ LÓPEZ, J.M., Dykinson, Madrid, 2009.

MUÑOZ CAMPOS, J., La Responsabilidad Civil de Abogados y Procuradores, Centenario del Código Civil, Vol. II, (Coordinador: RICO PÉREZ, F.) Edit. Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1986.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, 15ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Parte Especial, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO ALONSO, A., “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad del Estado”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 4, 1975.

NIETO ALONSO, A., “La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Administrativa”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 51, 1986

O`CALLAGHAN MUÑOZ, X., Nuevas Orientaciones Jurisprudenciales en Materia de Responsabilidad Civil Médica. Actualidad Civil número 1-7 de enero de 2001.

ORIOLE MIR, P., La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, Imputación y Causalidad, Civitas, 2000.

ORIOLE MIR, P., La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema, Ibdef, Buenos Aires, 2012.

PANTALEÓN PRIETO, F., Causalidad e Imputación Objetiva: Criterios de Imputación, en Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, F., “De las Obligaciones que Nacen de la Culpa y Negligencia” en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., El Riesgo Permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-Penal de las Actividades Peligrosas, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

PASQUAU LIAÑO, M., "Infracción, Daño Moral y Atribución de Riesgos. A Propósito de la Evolución Jurisprudencial sobre la RC por Falta de Información al Paciente", en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 43, 2012.

PECES MORATE, J.E., "La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria", en Nuevas Líneas Doctrinales y Jurisprudenciales sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2002.

POTTER, VAN RENSSLAER, Bioethics. Bridge to de Future Prenntice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

REGLERO CAMPOS, L.F., "La Responsabilidad Civil de Abogados en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 11, 2007.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L., La Influencia del Consentimiento Informado, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ponencia del Curso La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria, CGPJ, Madrid, 2002.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., La Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Personal Sanitario al Servicio de la Administración Pública, Práctica de Derecho, Valencia, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte General, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., “Consentimiento Informado y Estado de Necesidad Terapéutica”, *Actualidad de Derecho Sanitario*, número 90, enero de 2003, pág. 1-17.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad Patrimonial de la Administración en Materia Sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *Medicina Satisfactiva*, en *La responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la Responsabilidad Civil por Servicios Susceptibles de Provocar Daños a la Salud y Seguridad de las Personas*, dirigido por ORTÍ VALLEJO, A., y coordinado por GARCÍA GARNICA, M.C., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978.

ROMEO CASABONA, C.M., *El Médico y el Derecho Penal I. La Actividad Curativa (Licitud y Responsabilidad Penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA, C. M., “¿Límites de la Posición de Garante de los Padres Respecto al Hijo Menor? (La Negativa de los Padres, por Motivos Religiosos, a una Transfusión de Sangre Vital para el Hijo Menor)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 2, 1998.

ROMEO CASABONA, C.M., “Los Desafíos Jurídicos de las Biotecnologías en el Umbral del Siglo Veintiuno”, en *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, Comares, Granada, 2003.

ROMEO CASABONA, C.M., *Conducta Peligrosa e Imprudencia en la Sociedad de Riesgo*, Comares, Granada, 2005.

ROMERO MALANDA, S., “El Valor Jurídico del Consentimiento Prestado por los Menores de edad en el Ámbito Sanitario” (I), La Ley, nº 5185, 2000.

ROMEO MALANDA, S., “Un Nuevo Marco Jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos de los Pacientes (I)”, en La Ley, núm. 5703, 2003.

ROVIRA, A., Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado, Edit. Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007.

ROXIN, C., Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (Traducción y notas por Luzón Peña), Civitas, Madrid, 2008.

SAIGÍ ULLASTRE, U.; GÓMEZ DURÁN, E.L. Y ARIMANY MANSO J., Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica. *Rev Esp Med Legal*, 39,157-61, 2013.

SALVAT PUIG, J., “¿Cómo debe dar la Información el Sanitario?” en Relevancia Jurídica del Consentimiento Informado en la Práctica Sanitaria: Responsabilidades Civiles y Penales, (Coord. SANZ MULAS, N.), Comares, Granada, 2012.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., Algunas Reflexiones sobre el Consentimiento Informado en el Acto Médico, en Aspectos Médicos y Jurídicos del Dolor; la Enfermedad Terminal y la Eutanasia, coordinado por GÓMEZ TOMILLO, M., LÓPEZ IBOR, J.J. y GUTIÉRREZ FUENTES, J.A., Fundación Lilly y Unión Editorial, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ CARO, J., Consentimiento Informado y Salud, en Salud pública y Derecho Administrativo, obra dirigida por GUERRERO ZAPLANA, J., Cuadernos de Derecho Judicial, V – 2004.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F, Derechos del Médico en la Relación Clínica, Comares, Granada 2006.

SANTIAGO, A., PEREA-PÉREZ, B., LABAJO-GONZÁLEZ, E., ALBARRÁN-JUAN, M.E., BARCIA, J.A., “Análisis de las Sentencias Judiciales contra Neurocirujanos Resueltas en Segunda Instancia en España entre 1995 y 2007”, Servicio de Medicina Legal y Neurocirujía, Hospital Clínico San Carlos, Madrid, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, Neurocirugía 2010, 21: 53-60.

SANTIAGO, A., PEREA-PÉREZ, B., LABAJO-GONZÁLEZ, E., ALBARRÁN-JUAN, M.E., ANADÓN-BASELGA, M.J., ALMENDRAL, J., “Análisis de las Sentencias Judiciales en la Práctica de la Cardiología Resueltas en Segunda Instancia en España entre 1992 y 2007”, Servicio de Medicina Legal, Hospital Clínico San Carlos, Madrid, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, Revista Española de Cardiología, 2012, 65 (9): 801-806.

SANTIAGO, A., PEREA-PÉREZ, B., LABAJO-GONZÁLEZ, E., ALBARRÁN-JUAN, M.E., RENESES PRIETO, B., “Analysis of Judicial Sentences Againsts Psychiatrists Dictated by Appellate Courts in Spain Between 1992 and 2007”, Servicio de Medicina Legal, Hospital Clínico San Carlos, Madrid, Departamento de Toxicología y Legislación Sanitaria, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, Actas Esp Psiquiatr 2011, 39 (6): 393-400.

SARDINERO GARCÍA, C. Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

SARDINERO GARCÍA, C. “La imprudencia Profesional ante la Profunda Reforma del Código Penal”, Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 226, 2015.

SANZ MULAS, N., “Relevancia Penal del Consentimiento Informado del Paciente” en Relevancia Jurídica del Consentimiento Informado en la Práctica Sanitaria: Responsabilidades Civiles y Penales, Comares, Granada, 2012.

SERRA RODRÍGUEZ, A., La Responsabilidad Civil del Abogado, Aranzadi, Navarra, 2000.

SGRECCIA, E, Manual de Bioética I, Fundamentos y Ética Biomédica, Biblioteca de Autores Cristianos, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., Medicinas Alternativas e Imprudencia Médica, José María Bosh Editor, Barcelona, 1999.

SUANZES PÉREZ, F., “Los Delitos de Lesiones. Especial Referencia a las Lesiones al Feto” en Lecciones de Derecho Sanitario, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999.

TOMÁS GARRIDO, G.; POSTIGO, E., Bioética Personalista: Ciencia y Controversias, Ediciones Internacionales Universitarias, Navarra, 2007.

VÁZQUEZ SEIJAS, J.J., Manual de Responsabilidad Pública, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Aranzadi/Thomson Reuters, Navarra, 2010.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de Responsabilidad Penal en Tratamientos Médicos Efectuados por Diversos Profesionales, Revista de Derecho y Proceso Penal (monografía), Aranzadi, Pamplona, 2003.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., El Alivio de la Carga de la Prueba al Paciente. Contornos de la Doctrina del Daño Desproporcionado, en La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria, dirigido por GALLARDO CASTILLO, M.J., La Ley, Madrid, 2011.

VILLAR ROJAS, F.J., La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y Límites, Paxis, Barcelona, 1996.

WELZEL., El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista (trad. y notas por Cerezo Mir), Edit. Ariel, Barcelona, 1964.

YZQUIERDO TOLSADA, M., "Responsabilidad Civil de las Profesiones Sanitarias. Tendencias Doctrinales y Jurisprudenciales sobre el Régimen de Prueba", en Deontología Función Social y Responsabilidad de las Profesiones Sanitarias, Ciclo de Conferencias Organizado por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.

ZAMARRIEGO CRESPO, J., "Los Médicos y el Consentimiento Informado", en Deontología, Función Social y Responsabilidad de las Profesiones Sanitarias, Ciclo de Conferencias Organizado por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.