

Dictamen n.º:

**288/25**

Consulta:

**Consejera de Sanidad**

Asunto:

**Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación:

**05.06.25**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de junio de 2023, sobre la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. ..... por los daños y perjuicios derivados del retraso en el diagnóstico de un adenocarcinoma de pulmón por el Hospital Universitario Infanta Leonor y el Centro de Salud Federica Montseny.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 19 de julio de 2023, la persona citada en el encabezamiento presenta en una oficina de registro del Ayuntamiento de Madrid una reclamación de responsabilidad patrimonial, por el retraso en el diagnóstico de un cáncer de pulmón en el Hospital Universitario Infanta Leonor y en el Centro de Salud Federica Montseny.

Expone en su escrito de reclamación que, el 19 de octubre de 2022 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor por dolor costal derecho y en hipocondrio derecho, de 48 horas de evolución, se realizó analítica y Rx de tórax y abdomen sin hallazgos

y recibió alta con juicio clínico de dolor abdominal no complicado, con control por el médico de Atención Primaria al que acudió los días 27 de octubre de 2022 y 11 de noviembre de 2022 donde a pesar del dolor en el hipocondrio y en la parrilla costal fue diagnosticado de cólico abdominal.

Prosigue su relato señalando que el 5 de diciembre de 2022 acudió nuevamente a Urgencias con dolor pero tras una analítica sin alteraciones le prescribieron tratamiento con Fluimucil; el 16 de enero acudió nuevamente a Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor por presentar dolor lumbar de una semana de evolución y sin realizarle prueba alguna le diagnosticaron lumbalgia y tratamiento con metamizol con alternancia de paracetamol; el 18 de enero de 2023, el dolor en el costado derecho no remitía con los analgésicos pautados y acudió al centro de salud donde se solicitó un TAC abdominopélvico que realizado el 8 de febrero de 2023 informó de múltiples lesiones focales hepáticas compatibles con afectación metastásica, lesiones líticas sugerentes de metástasis en arco posterior de la décima costilla derecha, cuerpo vertebral de L4 e ilíaco derecho y el 9 de febrero de 2023 fue informado en el Centro de Salud Federica Montseny de los resultados y de la gravedad de la situación recomendándole que acudiera a Urgencias, donde ese mismo día quedó ingresado, “*y en el informe emitido se hace referencia a que las imágenes nodulares en lóbulo superior derecho ya eran visibles en Rx realizada en octubre de 2022*”.

Refiere que, tras el ingreso hospitalario, el 13 de febrero de 2023 le realizaron un nuevo TAC en el que se diagnosticó masa en lóbulo derecho con sospecha de neoplasia pulmonar primaria y se observaron más lesiones nodulares en dicho lóbulo con posible procedencia de metástasis satélite siendo el diagnóstico definitivo: cáncer de pulmón con afectación hepática y ósea. El 4 de abril de 2023, acudió al Hospital Universitario Infanta Leonor donde se realizó una RM en

columna lumbar en la que se detectó metástasis óseas y el 2 de junio de 2023 quedó ingresado.

El reclamante considera que, en octubre de 2022, pasaron desapercibidas imágenes nodulares en lóbulo superior derecho, produciéndose una demora diagnóstica.

Se dice en el escrito que ese retraso determinó la evolución y diseminación de la patología oncológica, que la clínica que presentaba *“debería haber hecho sospechar a los facultativos que me atendieron que algo se les estaba pasando”* y termina solicitando por ello una indemnización de 60.000 euros.

Con fecha 18 de julio de 2024, la esposa y cuatro hijas del reclamante presentan un escrito comunicando el fallecimiento de este el 20 de agosto de 2023, subrogándose en la acción por él iniciada y ampliando la misma por ese fallecimiento y pérdida de calidad de vida del paciente durante los 113 días que supuso, a juicio de las reclamantes, el retraso diagnóstico. En este escrito reclaman un total de 208.294,97 euros para todas las perjudicadas.

Al escrito se acompaña el certificado de defunción, testamento otorgado por el paciente y copia del libro de familia.

**SEGUNDO.-** Del examen del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El reclamante, de 80 años de edad en el momento de los hechos, presenta como antecedentes personales hipertensión arterial, diabetes mellitus, fibrosis quísticas (heterocigota), hiperplasia benigna de próstata (HBP), hipotiroidismo subclínico, déficit de vitamina B12, cérvido braquialgia derecha, estenosis del canal cervical y síndrome subacromial derecho. Exfumador desde hacía 35 años.

El 19 de octubre de 2022, acude a Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor por dolor costal derecho en hipocondrio derecho de 48 horas de evolución que aumenta a la palpación. Sin fiebre, ni náuseas, ni vómitos, sin alteración del tránsito gastrointestinal. Niega clínica respiratoria, sin disnea, ni traumatismo.

En la exploración física presenta tensión arterial 161/101, frecuencia cardiaca 85 lpm. Afebril, buen estado general, consciente y orientado, eupneico en reposo. Buen estado general (BEG). Consciente y orientado. Bien hidratado y perfundido. Auscultación cardiopulmonar normal. Abdomen blando y depresible, doloroso a la palpación de hipocondrio y de los últimos arcos costales. Sin signos de irritación peritoneal.

Se solicita analítica y radiografías de tórax y abdomen sin hallazgos de interés y se establece como juicio clínico dolor abdominal no complicado. Se procede al alta con prescripción de metamizol para dolor y control por su médico de Atención Primaria.

El 27 de octubre de 2022, acude a su médico de Atención Primaria por persistencia del dolor en hipocondrio derecho, a nivel costal y abdominal, no asociado a otra sintomatología. En la exploración física presenta abdomen blando pero distendido y timpánico a la percusión. No presenta masas ni megalías, ni signos de irritación peritoneal. Presenta dolor a la palpación en hipocondrio derecho.

Se solicita ecografía abdominal que se realiza el 11 de noviembre de 2022 cuyo resultado informa: *“Hígado de ecoestructura y ecogenicidad normal, porta, suprahepáticas y vesícula sin alteraciones, riñones de ecoestructura y ecogenicidad normal. Resultado: Sin alteraciones”*.

El 5 de diciembre de 2022, acude nuevamente al centro de salud, por persistencia de dolor siendo la valoración la siguiente: persistencia de dolor. Se revisa resultado de analítica, sin alteraciones. Ha pasado el COVID los días previos con persistencia de rinorrea. Presenta murmullo vesicular conservado, con leves sibilancias espiratorias y SatO<sub>2</sub> 94%.

El 16 de enero de 2023, acude a Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor por dolor lumbar de una semana de evolución, que no se acompaña de fiebre ni pérdida de control de esfínteres. Se anota que mantiene deambulación (fuerza conservada) y no ha presentado traumatismo previo. En la exploración se objetiva dolor a la palpación de musculatura paravertebral derecha, descartando dolor a la palpación de apófisis espinosas, con signos de Lassegue y Bragard negativos.

Se establece juicio clínico de lumbalgia, se prescribe metamizol y diazepam, aplicación de calor seco y evitar sedentarismo.

El 18 de enero de 2023, es valorado por su médica de Atención Primaria por persistencia de dolor en el costado derecho a pesar de la analgesia pautada. Se cita para realización de TAC.

El 8 de febrero de 2023, se realiza el TAC que informa:

*“No se aprecian colecciones ni se observa líquido libre intraabdominal. Ateromatosis aortoiliaca calcificada. Cambios degenerativos en columna lumbar.*

*En el arco lateral de la décima costilla derecha se identifica lesión lítica insuflante con masa de partes blandas asociada que condiciona rotura de la cortical interna compatible con lesión metastásica. Se identifican otras lesiones líticas en el cuerpo*

*vertebral de L4 que condiciona irregularidad y adelgazamiento del platillo vertebral superior y en la pala ilíaca derecha que condiciona adelgazamiento de la cortical externa, también compatibles con lesiones metastásicas.*

*En las bases pulmonares incluidas en el estudio se identifica un granuloma calcificado periférico en el lóbulo inferior derecho.*

*Conclusión:*

*Múltiples lesiones focales hepáticas compatibles con afectación metastásica. Lesiones líticas sugerentes de metástasis en arco posterior de la décima costilla derecha, cuerpo vertebral de L4 e ilíaco derecho”.*

El 9 de febrero de 2023, se informa a la hija de la gravedad de la situación y es derivado a Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor.

El mismo día 9 de febrero ingresa en Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor. En la anamnesis realizada el paciente confirma que el dolor se encuentra localizado sobre todo en flanco derecho y ultimas costillas de parrilla costal derecha y dolor lumbar sin irradiación. Refiere dolor constante que aumenta al inclinarse sobre el lado derecho. Niega náuseas o vómitos. Sin otra sintomatología.

Se realiza analítica de urgencias con leve elevación de proteína C reactiva sin otra alteración.

La Rx de tórax informa: “*imágenes nodulares en lóbulo superior derecho, que ya estaban en la Rx previa de octubre/2022. No pinzamiento de senos costofrenico. No infiltrados sugestivos de infección respiratoria*”.

Ingresa a cargo de Medicina Interna con juicio clínico de múltiples lesiones hepáticas a estudio compatibles con metástasis.

Ya en planta de Medicina Interna, se realizan múltiples pruebas: TAC de tórax, abdomen, pelvis y cráneo, biopsia por aguja gruesa, colonoscopia, gastroscopia, gammagrafía ósea, ecografía doppler urgente de miembro inferior derecho, RMN de abdomen, y hepática y el diagnóstico final es adenocarcinoma de pulmón estadio IV.

En el seguimiento y estudio posterior fue valorado por Oncología, recibió quimioterapia, fue incluido en un ensayo clínico, presentó una importante progresión de la enfermedad.

El paciente fallece el 20 de agosto de 2023.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del Centro de Salud Rafael Alberti (folios 14 a 17), del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 20 a 38) y del Hospital Universitario Infanta Leonor (folios 39 a 473).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.1 LPAC figura en el expediente un informe de 1 de julio de 2023 del Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario Infanta Leonor que refiere la asistencia prestada al paciente desde el 10 de febrero de 2023.

Por parte de Atención Primaria, consta el informe de 8 de agosto de 2023 de la directora del Centro de Salud Federica Montseny, para narrar la asistencia dispensada desde que el paciente acudió el 27 de octubre de 2022 por dolor abdominal y se solicitó ecografía abdominal,

que fue realizada el 11 de noviembre de 2022, hasta el 9 de febrero de 2023 puesto que, según el informe, a la fecha de su emisión, el paciente estaba siendo atendido en el Centro de Salud Rafael Alberti.

Figura también en el expediente el informe de 7 de septiembre de 2023 del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor que, de manera escueta, refiere la asistencia prestada y la califica de correcta. Según el informe, en las dos ocasiones que acudió el paciente la atención fue la adecuada *“dado que el paciente no presenta ningún dato de alarma y además es remitido a su médico de familia para continuar el estudio y realización de más pruebas de forma ambulatoria”*.

El 13 de marzo de 2024, el reclamante solicita información sobre el estado de tramitación del procedimiento, recibiendo contestación de la jefa de la Unidad Técnica de Responsabilidad Patrimonial en el escrito firmado el 16 de mayo de 2024.

El 18 de julio de 2024, la esposa y cuatro hijas del reclamante comunican por escrito el fallecimiento de su familiar. Se subrogan en la reclamación presentada por su familiar y amplían la reclamación alegando que existe nexo causal entre la actuación de la administración sanitaria y el fallecimiento de su familiar y cuantifican el daño, en 208.294,97 euros, con el siguiente desglose: 110.693,99 euros para el cónyuge viudo, 23.805,12, para cada una de las cuatro hijas y 2.380,5 por *“daño emergente sin necesidad de justificación”*. Acompañan el certificado de defunción, el testamento, el certificado del registro de últimas voluntades y copia del libro de familia.

Se ha incorporado también al procedimiento el informe de 15 de noviembre de 2024 de la Inspección Sanitaria que concluye que la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor y Atención Primaria desde el 19 de octubre de 2022 hasta el diagnóstico de su enfermedad el 9 de

febrero de 2023 no puede considerarse correcta y de acuerdo a la *lex artis*.

A instancias del SERMAS, se ha incorporado al expediente un informe de 28 de febrero de 2025, firmado por un médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria en el que se recoge la siguiente conclusión final: *“Del estudio de la documentación aportada se entiende que la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Leonor y en el Centro de Atención Primaria Federica Montseny a D. (...) entre las fechas del 19/10/2022 y el 09/02/2023 no se realiza acorde a lex artis no existiendo influencia de dicha demora en el estadio de la enfermedad tumoral diagnosticada”*.

Otorgado trámite de audiencia, consta la formulación de alegaciones con fecha 8 de abril de 2025, en las que, basándose en un informe pericial que acompañan reclaman 13.896,97 euros para las herederas por pérdida de calidad de vida del fallecido; 93.316,19 euros, a favor de la esposa por el fallecimiento; y 97.640,99 euros para las cuatro hijas por ese mismo concepto.

Finalmente, el 7 de mayo de 2025 se formula propuesta de resolución por la viceconsejera de Sanidad, en la que concluye desestimando la reclamación, al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

**CUARTO.-** El 19 de mayo de 2025 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 254/25, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen,

deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 5 de junio de 2025.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de la consejera de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3,a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC, en relación con el artículo 32.1 de la LRJSP en cuanto que es la persona perjudicada por la asistencia sanitaria dispensada en el centro de salud y en el Hospital Universitario Infanta Leonor.

En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento del interesado durante la tramitación del procedimiento, y como ya ha sido expuesto, la esposa e hijas del paciente, cuya relación de parentesco han acreditado, así como su condición de herederas, ostentan legitimación activa para suceder en su posición procedural al

reclamante conforme a lo previsto en el artículo 4.3 de la LPAC: *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.*

En este caso, la esposa e hijas del interesado, inciden en los términos del escrito inicial de reclamación. También reclaman por daños personalísimos sufrido en vida por el causante y por los daños *iure proprio* sufridos por el fallecimiento de su familiar.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia reprochada fue dispensada por centros sanitarios pertenecientes a la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (cfr. artículo 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, el interesado reclama por retraso diagnóstico de un cáncer de pulmón porque en octubre de 2022 pasaron desapercibidas imágenes nodulares en lóbulo superior de derecho, por lo que la reclamación presentada el 19 de julio de 2023 se encuentra formulada en plazo legal. Por su parte, la esposa e hijas del reclamante el 18 de julio de 2024 se subrogaron en la posición del reclamante y amplían la reclamación por daño moral por el fallecimiento de su esposo y padre y puesto que el fallecimiento acaeció el 20 de agosto de 2023, la reclamación también se encuentra formulada en plazo.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha incorporado la historia clínica del paciente y se ha recabado el informe de los servicios a los que se imputa el daño, de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria. También se ha incorporado un informe pericial a instancias del SERMAS.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha otorgado audiencia a las reclamantes y finalmente, se dictó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, “en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis*, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

**CUARTA.-** En el procedimiento que nos ocupa, el reclamante interesa una indemnización por los daños que atribuye al retraso en el diagnóstico de un carcinoma de pulmón.

Por lo que se refiere a la efectividad del daño, la documentación incorporada al expediente confirma el relato fáctico en el que la perjudicado basa su reclamación, por lo que podemos dar por acreditados, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, los daños alegados, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar de los mismos en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Sin perjuicio de lo anterior, ha quedado probado el fallecimiento del perjudicado, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999).

Probada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre éste y la asistencia sanitaria prestada en el Centro de Salud Federica Montseny y el Hospital Universitario Infanta Leonor.

No obstante, para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En nuestro caso, aportan como prueba de la existencia de mala praxis, un informe pericial firmado por un licenciado en Medicina y

Cirugía en el que si bien se considera que ha habido una infracción de la *lex artis* tanto en el ámbito hospitalario como en Atención Primaria, por retraso de diagnóstico de adenocarcinoma de pulmón en estadio IVB, sin embargo también se afirma que el estadio tumoral era metastásico desde el primer momento lo que implica un “*pronóstico muy limitado incluso con diagnóstico temprano*”, que durante los 113 días de retraso no se modificó el estadio tumoral y que en definitiva, el retraso de diagnóstico no modificó el pronóstico vital.

Ciertamente, la historia clínica, el informe de la Inspección Sanitaria y el informe pericial incorporado a instancias del SERMAS, ponen de manifiesto que hubo mala praxis por retraso de diagnóstico desde el día 19 de octubre de 2022 que el paciente acudió al Hospital Universitario Infanta Leonor por dolor costal derecho e hipocondrio derecho de 48 horas de evolución que aumenta a la palpación y se realizó una exploración física y una Rx de tórax y abdomen que fue informada sin alteraciones, hasta la realización, el 8 de febrero de 2023 de un TAC abdominal en el que se objetivó metástasis hepáticas y óseas, de lo que fue informado el paciente al día siguiente, 9 de febrero de 2023.

Sin embargo, debemos partir de la premisa de que el retraso en un diagnóstico no es per se indemnizable, requiriéndose para que pueda apreciarse, según las circunstancias concretas del caso y los medios disponibles, si una valoración médica acorde a la *lex artis* hubiera llevado a un diagnóstico en fases más tempranas.

En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (recurso 75/2017), dice: “*La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se*

*efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante, lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que este sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno”.*

Si bien, siempre es aconsejable un diagnóstico precoz para evitar una evolución que pueda empeorar toda enfermedad y, en concreto los carcinomas, según el informe de la Inspección Sanitaria, la mayoría de los pacientes con cáncer de pulmón pueden encontrarse asintomáticos hasta que el tumor se encuentra en fase avanzada o metastásica, la mayoría de los pacientes acuden a consulta debido a síntomas causados por el tumor primario, por las metástasis a distancia o por un cuadro constitucional causado por la propia neoplasia, tienen una supervivencia muy limitada, sin embargo, en este caso concreto, el paciente ya presentaba sintomatología metastásica en la primera consulta de Urgencias el día 19 de octubre de 2022, por lo que el retraso diagnóstico no ha tenido influencia en el estadio tumoral del paciente, ni, como recoge el propio informe pericial de parte, modificó el pronóstico vital, por lo que no puede afirmarse que un diagnóstico temprano, en octubre de 2022, hubiera evitado el desenlace final.

Sentado lo anterior, cabe plantearse la posibilidad de que un diagnóstico más temprano hubiera permitido administrar un tratamiento paliativo del dolor, invocado por el paciente en las diferentes consultas médicas a las que acudió durante los 113 días de retraso de diagnóstico, y en las que se prescribió metamizol, lo que de alguna manera hubiera permitido mejorar su calidad de vida.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de pérdida de oportunidad que se caracteriza “*(...) por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente*” [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (Rec. 976/2016)].

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene recogiendo el concepto de pérdida de oportunidad admitido por el Tribunal Supremo. Así la Sala madrileña en su Sentencia de 23 de junio de 2022 (Rec. 880/2020) recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, definía la pérdida de oportunidad sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 según la cual: “*La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de*

*que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente (FD 7º)".*

Recuerda asimismo la citada sentencia la del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, antes citada, relativa a un indebido retraso en dispensar al paciente en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que «*(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"*».

En el caso que nos ocupa puede afirmarse que ha quedado acreditado que un diagnóstico más temprano cuando acudió a Urgencias en octubre de 2022 no hubiera evitado el fallecimiento, pero no que hubiera permitido iniciar un tratamiento para mejorar el control del dolor persistente, invocado por el paciente, en varias

ocasiones, cuando acudió al centro hospitalario y al centro de salud, por lo que se considera procedente, en este preciso aspecto, valorar el daño causado.

En estos casos, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre del 2012, recoge que: *“a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia [...] ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990, derive en una apreciación racional, aunque no matemática”*.

No constan en el expediente datos que permitan establecer cuáles hubieran sido las posibilidades de mitigación del dolor del paciente con un diagnóstico temprano, pero, como se señaló en el Dictamen 491/20, en todo caso, en la pérdida de oportunidad solo se valora el daño moral ocasionado al reclamante en cuanto a desconocer cuál hubiera sido la evolución de haberse actuado de manera correcta y puesto que resulta difícil considerarlo dada la edad y patología que padecía, esta Comisión considera adecuada una cantidad global de 5.000 euros para todos los reclamantes, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación y reconocer una indemnización global y actualizada de 5.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de junio de 2025

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 288/25

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid