

Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

Guillermo Otero Fornaris
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO
 - 2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS
 - 2.2. ESCENARIOS DE INCERTIDUMBRE
 - 2.3. RESPUESTAS JURÍDICAS PARA SU RESOLUCIÓN
- III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 3.1. NATURALEZA Y CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA: DOBLE VERTIENTE
- IV. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD BAJO EL PRISMA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 - 4.1. SUPUESTOS DE RETRASO O ERROR EN EL DIAGNÓSTICO Y ASISTENCIA SANITARIA TARDÍA
 - 4.2. SUPUESTOS DE AUSENCIA, DEFECTO O VICIO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO
 - 4.3. REQUISITOS DE ADMISIÓN O INADMISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO
- V. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 5.1. CONFIGURACIÓN Y DESARROLLO DE LA FIGURA
 - 5.2. REQUISITOS PARA CONSIDERAR INDEMNIZABLE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 5.3. VALORACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
- VI. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad el estudio de una figura doctrinal con origen jurisprudencial que, curiosamente, adopta una nomenclatura variopinta, aceptándose las siguientes voces técnicas: “Teoría de la pérdida de oportunidad”, “Doctrina de la pérdida de oportunidad”, “Teoría de la chance”, “Loss of chance”, etc. Es un instrumento jurídico, un recurso judicial puesto a disposición de los particulares y las Administraciones, cuyo fin esencial es facilitar la prueba del perjuicio en aquellos supuestos en los que, al moverse entre distintos niveles de incertidumbre, se dificulta su acreditación.

Se ha optado por circunscribir este trabajo al ámbito de la responsabilidad sanitaria al considerar que la sociedad actual, debido a la rápida evolución y al importante desarrollo de la tecnología y la ciencia médica, se tiene que enfrentar a multitud de riesgos de nueva hornada que, por la rapidez con la que surgen, en muchas ocasiones le son difíciles de comprender y asumir. En este contexto, a veces se producen daños a los pacientes cuyo origen es complicado o imposible de establecer por la medicina actual, dando pie a que se interpongan reclamaciones por los perjudicados que el Derecho, aplicado por jueces y tribunales, va a intentar resolver de la mejor forma posible, habida cuenta de la dificultad probatoria. En este complejo escenario se va a mover la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El objeto de este trabajo es, en primer lugar (epígrafe 2), el estudio de la incertidumbre causal y de los distintos escenarios pertenecientes al campo de las reclamaciones médico-sanitarias en los que puede aparecer, así como las técnicas utilizadas por los tribunales para superar las dificultades probatorias que estos entrañan. A tal efecto, se comienza con una breve aproximación sobre el concepto de la incertidumbre causal, figura radical y básica de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Seguidamente se analizan los distintos escenarios de incertidumbre en los que jueces y tribunales pueden tener que desenvolverse a la hora de juzgar las reclamaciones por responsabilidad sanitaria que se les presenten, así como las diversas respuestas técnico-jurídicas que se utilizan para resolverlas. En segundo lugar, se procede a una más amplia exposición teórica sobre la figura de la pérdida de oportunidad (epígrafe 3), estudiándose tanto su naturaleza como su conceptualización jurídica desde una doble vertiente. Todo ello permite obtener un marco teórico que se

considera imprescindible para abordar con cierto éxito el siguiente epígrafe.

A continuación, se realiza un análisis jurisprudencial (epígrafe 4) sobre cómo se ha venido aplicando la pérdida de oportunidad en función de los casos concretos. Para facilitar su estudio y exposición, se han dividido los supuestos prácticos en dos apartados: pérdida de oportunidad asistencial (por retraso, error en el diagnóstico o asistencia tardía) y vicios en el consentimiento informado. En la actual realidad, se pueden encajar la gran mayoría de reclamaciones por pérdida de oportunidad en alguno de estos dos escenarios, sin que se pueda obviar que tanto la naturaleza jurídica como los criterios de indemnización a aplicar son diferentes en ambos bloques. En este mismo epígrafe se estudian los requisitos que el Tribunal Supremo aplica para admitir o no la pérdida de la chance.

Como tema importante de este trabajo, se ha focalizado en el epígrafe 5 la dificultad que supone cuantificar la posible indemnización por daños y perjuicios en escenarios de incertidumbre, en los que resulta viable la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Con el fin de mostrar un reflejo fiel de la realidad judicial, se estudiarán diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, así como algunas otras de los Tribunales Superiores de Justicia (principalmente).

Finalmente, termina el presente estudio con una serie de conclusiones (epígrafe 6) en las que se intentará resumir las ideas más importantes que se puedan extraer de la lectura de este modesto artículo, tras el examen de la pluralidad de cuestiones sobre la realidad teórica y práctica de la pérdida de oportunidad, y su aplicación por los Tribunales españoles, que se han puesto de manifiesto en el mismo.

II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO

Cuando un profesional sanitario toma una decisión médica respecto del tratamiento que ha elegido, tiene que darle al paciente la información que corresponda antes de su próxima intervención para que éste decida, la cual va a conllevar, en mayor o menor medida, cierta incertidumbre.

2.1. Concepto y características

En el ámbito de la sanidad muchos autores manifiestan que existe gran dificultad para defi-

nir la incertidumbre y su extensión, debido a una amplia gama de situaciones que, desde el punto de vista de la medicina, pueden aparecer. A modo de ejemplo:

- Ante un solo fenómeno los expertos sanitarios pueden tener diversas explicaciones sin saber cuál de ellas es la concluyente.
- Algunas reacciones del cuerpo humano pueden ser impredecibles.
- La etiología de algunas patologías, como la enfermedad de Alzheimer o el Cáncer, no se conoce en su totalidad actualmente.

Además, todas estas situaciones de incertidumbre presentan dos dificultades. La primera, que a veces es imposible determinar si el acto negligente del sanitario ha contribuido sin ninguna duda a la producción del daño; y la segunda, en el caso de que sí haya influido en la misma, que sea imposible medir la extensión concreta de su contribución.

En un reciente estudio de GEORGIU, MORGAN y FRENCH sobre la conceptualización, evaluación y comunicación de la incertidumbre en las ciencias forenses¹, tras analizar los distintos grados de incertidumbre causal, se determinó que, en una escala que tiene como punto inicial el conocimiento determinista (en el que no hay incertidumbre) y como punto final la total ignorancia (en el que la incertidumbre es del 100%), pueden encontrarse dentro del intervalo varios escenarios, destacándose a los efectos de este trabajo los siguientes ítems:

- INCERTIDUMBRE ESTADÍSTICA: en este escenario la incertidumbre puede ser cuantificada probabilísticamente².
- ESCENARIO INCIERTO: la incertidumbre se reconoce como cierta, aunque no es cuantificable.
- INCERTIDUMBRE CUALITATIVA: escenario en el que la incertidumbre puede ser expresada solo en términos cualitativos (no se puede valorar, aunque es posible su existencia).

Este apunte teórico coincide en la práctica con los diversos escenarios de incertidumbre

que se encuentran los jueces y tribunales cuando tienen que dar solución a una reclamación judicial, especialmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Para poder entender el origen o causa del daño y su alcance, en supuestos médico-legales científicamente complejos que no tienen una respuesta clara³, es primordial presentar una prueba pericial, y si la misma careciera de certeza se debilitaría en gran medida el nexo causal imprescindible para la determinación de responsabilidad de cualquier tipo; en este escenario, para tomar esas decisiones ajustadas a Derecho sobre la acreditación o no de responsabilidad, se necesitarán combinar los conceptos de incertidumbre y causalidad⁴, situación que se conoce como incertidumbre causal, la cual puede dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica. En este tipo de escenarios los órganos jurisdiccionales, para dar respuesta jurídica concreta a los asuntos que se les encomiendan, en ocasiones se ven obligados a sobrepasar los límites de los criterios de la Ciencia Médica vigentes⁵.

En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2019⁶, en su Fundamento de Derecho Séptimo, en el que se describen los niveles de incertidumbre causal de acuerdo con la escala meritada anteriormente:

“En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo sí supera el mínimo (...)”.

Según expone el magistrado XIOL RÍOS⁷, la definición de la incertidumbre causal relativa sería la de aquel supuesto en el que el comportamiento dañoso del agente está probado, pero, o siendo cierto el daño no se le puede atribuir

³ KHOURY (2006): p. 4.

⁴ En este sentido, incertidumbre y causalidad son dos conceptos empíricos íntimamente ligados.

⁵ LUNA MALDONADO y REPRESAS VÁZQUEZ (2019): p. 1428.

⁶ STS de 19/02/2019 105/2019; recurso nº 2990/2016; ECLI:ES:TS:2019:576

⁷ XIOL RÍOS, J.A. (2023): p.4.

¹ GEORGIU, N., MORGAN, R.M., y FRENCH, J.C., (2020): p. 6.

² En la escala, es el siguiente al conocimiento determinista -escenario inicial de la misma-.

con total certidumbre al agente (solamente con determinado grado de probabilidad), o ese daño solo puede admitirse su existencia con un alto grado de probabilidad y, en su caso, atribuirse al autor.

2.2. Escenarios de incertidumbre

Como se ha mencionado, para la evaluación de la mala praxis y la determinación de la responsabilidad en el ámbito sanitario, en una situación de incertidumbre, es imprescindible el dictamen y/o informe de un perito forense (profesional médico sanitario) que, siguiendo unas guías metodológicas, deberá abordar la cuestión de la probabilidad causal. Dicha apreciación se acometerá teniendo en cuenta determinados criterios de probabilidad científica:

- Las leyes universales, en términos de interpretación deductiva.
- Las leyes estadísticas, en términos de inferencia en el resultado.
- Principios de credibilidad racional que, en caso de ausencia de las leyes anteriores, se aplicarán en función exclusivamente de

los conocimientos y la experiencia del médico experto en la materia a valorar⁸.

El perito sanitario expresará en su conclusión lo que estime pertinente respecto de las variables de certeza, probabilidad (estimando su tanto por ciento si fuera posible) o exclusión de la causa material entre el error y el daño, tras la realización del denominado razonamiento contrafactual, consistente en dar respuesta a la pregunta “¿qué habría pasado si...?”. Así pues, el escenario de incertidumbre causal en el que se desenvolverá el juez a la hora de resolver vendrá determinado por la prueba pericial.

Los escenarios posibles, tras la recopilación de toda la documentación e información necesaria para el informe, podrán ser los siguientes:

1. Total certidumbre para establecer una relación causal entre la actividad del agente y el daño que se reclama.
2. Grado de incertidumbre muy elevado, desde un punto de vista descriptivo y, también, a efectos de cálculo probabilístico.

⁸ The EALM Working Group on Medical Malpractice (2013): p. 3.



3. Situado entre la incertidumbre probabilística y la meramente descriptiva (es el que interesa para el presente trabajo).

En el primer escenario el nivel de incertidumbre es muy bajo por lo que el Tribunal podrá considerar, sin lugar a dudas, la existencia cierta del requisito de la causalidad cuando emita su resolución judicial (fundamentada en pruebas forenses reales y evidentes).

En el segundo escenario la incertidumbre reduce las pretensiones del damnificado en meras hipótesis o ilusiones de imposible demostración.

En el tercer escenario aparece la llamada doctrina de la pérdida de la oportunidad, como método para resolver los supuestos de incertidumbre causal relativa⁹.

2.3. Respuestas jurídicas para su resolución

Esta dificultad de poder probar la existencia de la relación causal entre la acción u omisión y el perjuicio ocasionado ha originado preocupación en la doctrina y en los tribunales en cuanto a la indemnización del damnificado. Por un lado, no quieren que la víctima se quede sin su resarcimiento en el caso de no poder demostrar exactamente el alcance del error y, por otro lado, no quieren separarse de las normas clásicas que se refieren a la prueba causal. Tampoco pretenden actuar en perjuicio del demandado, como así sería si se le llegara a responsabilizar de todo el daño sufrido por el demandante en los supuestos de imposible identificación exacta de su participación. En definitiva, han tenido que resolver desde el Derecho la compleja cuestión sobre quién debe padecer las consecuencias de las lagunas que sobre la evidencia probatoria persisten en el campo de la Medicina¹⁰.

Una solución sería que, ante la dificultad de la prueba, el tribunal aplicara todas las consecuencias de dicha incertidumbre sobre una de las partes:

a) Sobre el demandado, al considerar que hay ciertas dudas sobre el nexo causal para obligar a la indemnización de la totalidad del daño.

b) Sobre el demandante, cuando el nivel de dudas es tal que no procede otra decisión que rechazar el nexo causal y descartar cualquier responsabilidad.

Otra solución consistiría en distribuir las consecuencias de la incertidumbre entre ambas partes, de tal forma que la parte damnificada, como demandante, no obtendría una reparación total del daño sino una cantidad indemnizatoria ajustada a la probabilidad de que no habría sufrido el perjuicio si el acto culposo no hubiera ocurrido¹¹.

En la práctica judicial, la Jurisprudencia se ha inclinado por esta última solución en la que el responsable va a responder en proporción a la probabilidad o incertidumbre causal relativa, reduciéndose de forma proporcional la indemnización a abonar respecto a la cuantía total del daño. Por ende, los tribunales, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, han atribuido tradicionalmente a los daños inciertos la calificación de daños morales, y han aplicado la teoría denominada como “loss of chance” o “pérdida de oportunidad”.

III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

3.1. Naturaleza y conceptualización jurídica: doble vertiente

Con motivo de la falta de regulación normativa de la pérdida de oportunidad han sido los tribunales los encargados de delimitar y configurar la conceptualización de esta figura, a través de su aplicación en la realidad judicial¹².

Es en el ámbito de las negligencias sanitarias donde esta teoría de la chance encuentra su máxima expresión, al preconizar la imputación de responsabilidad al agente sanitario en situaciones en las que no haya certeza respecto de la relación causal entre los perjuicios reclamados y la actuación del personal médico-sanitario. Así pues, su efectividad está limitada a aquellos casos en los que la relación de causa-efecto tiene un porcentaje de probabilidad razonable.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se preocupa y ocupa en dar respuesta a la interfe-

¹¹ Se destierra la regla de “todo o nada” en favor de “ni todo ni nada” (MEDINA ALCOZ (2018): p. 16. 8).

¹² La conceptualización de la teoría de la pérdida de oportunidad no es pacífica ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina.

⁹ Así lo confirma el TS en la meritada STS de 19/02/2019.

¹⁰ KHOURY (2006): p. 6.

rencia provocada en el curso normal de los acontecimientos por el comportamiento antijurídico de un agente del ámbito sanitario, que conduce al fracaso de las expectativas de la parte demandante. Como dice MEDINA ALCOZ, se estaría ante “una chance inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediadamente frustrada, una posibilidad de que el agente dañoso con su actuación ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente¹³”.

Afirma reiteradamente el Tribunal Supremo que la teoría de la pérdida de oportunidad parte de la incertidumbre sobre si se habría podido evitar causar un deterioro o, en su caso, empeoramiento del estado de salud (incluso, su fallecimiento) del paciente tras la actuación médica dañosa, entrando en juego en el momento de la valoración del daño dos elementos tan imprecisos como pueden ser la probabilidad de que si se hubiera actuado según la *lex artis* no habría empeorado su salud, y el alcance o la magnitud del efecto beneficioso para la misma de esa intervención sanitaria¹⁴.

A continuación, se analizará cómo la Jurisprudencia ha ido entendiendo la teoría de la pérdida de oportunidad desde una doble vertiente:

A) Como un elemento que emplean los jueces, en un escenario de incertidumbre, para suavizar la carga de la prueba (FLEXIBILIZACIÓN)

En muchas ocasiones es imposible probar con total certeza que el comportamiento antijurídico del agente influyó en el resultado adverso que se somete al juzgador. Es inevitable que en todos los actos médico-sanitarios haya cierta incertidumbre, lo que no obsta para que el paciente piense que sus expectativas en cuanto a la mejoría de su salud o curación se han visto cercenadas por una negligencia sanitaria, y que existía la posibilidad de una forma de actuar distinta que habría podido minimizar o evitar el daño.

Según la normativa clásica sobre la carga de la prueba, la parte que reclama tiene la obli-

gación de probar, tanto la existencia de un comportamiento antijurídico del agente, como que esa conducta causó el resultado lesivo reclamado. En muchísimos casos (en el campo de las negligencias sanitarias) surge el problema de la imposibilidad probatoria a la hora de demostrar con total certeza el nexo causal, lo que conllevaría que todas esas reclamaciones en esta situación de incertidumbre no podrían superar los requisitos probatorios establecidos por las normas para imputar la responsabilidad a un sujeto. Para solucionarlo surge la doctrina de la pérdida de oportunidad, un instrumento cuya finalidad es proporcionar facilidades probatorias a las víctimas en esa multitud de casos en los que se atribuye al personal sanitario la privación de sus expectativas de mejoría o curación, existiendo incertidumbre causal entre el daño y la asistencia sanitaria. Se fundamenta esta doctrina en dos principios, *favor victimae* y *pro damnato*¹⁵, y responde a una necesidad de justicia social consistente en que hay supuestos en los que la víctima sufre un daño que no debería soportar, teniendo en cuenta el estado inicial del que partía¹⁶. Los tribunales acuden en la práctica a esta doctrina cuando el daño sufrido es cierto, pero no pueden descartar que también se habría producido sin la actividad del tercero¹⁷.

En el ámbito sanitario, los casos a los que se pretenda aplicar la teoría de la chance se presentarán cuando haya cierta probabilidad de que la actuación del médico (por ejemplo, una información incompleta del consentimiento informado o un diagnóstico extemporáneo) haya ocasionado el daño, pero, sin ser posible constatar su certeza, quizás ese mismo perjuicio se habría producido también sin la acción u omisión de ese facultativo. Es en este escenario en donde se va a relacionar la pérdida de oportunidad con la forma de proceder de un profesional sanitario que habría podido privar a su paciente de chances u oportunidades de mejoría o curación, influyendo negativamente en el curso de la enfermedad. Conocidos como “daños pasivos”, estos comportamientos habrían influido en la probabilidad de mejoría o curación, incluso en

15 Estos principios se fundamentan en la idea de que, en situaciones de conflicto, vulnerabilidad o ambigüedad legal, las interpretaciones y decisiones deben favorecer a la víctima.

16 GALLARDO CASTILLO (2015): p. 39.

17 Su aplicación en la práctica no está exenta de polémica y problemas conceptuales, pues contraviene la premisa básica del Derecho de daños: la existencia de un daño cierto y un agente causante, y no la mera probabilidad de que alguien lo hubiera causado.

13 MEDINA ALCOZ, L. (2009): p. 42.

14 STS de 22 de mayo de 2012 (rec. 2755/2010), STS de 19 de octubre de 2011 (rec. 5893/2006), y STS de 3 de diciembre de 2012 (REC. 815/2012), entre otras.

el fallecimiento, pero no serían causa de las dolencias del paciente ni de un daño directo al mismo, siendo dificultosa su prueba.

En consecuencia, únicamente se emplea la teoría de la pérdida de oportunidad en escenarios de incertidumbre causal estricta. No se utiliza ni cuando la relación causal se puede demostrar con un alto nivel de probabilidad, ni cuando ese nexo se basa en meros indicios sin posibilidad de demostración. Considerando esto, el Tribunal Supremo señaló, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019 anteriormente citada, que tiene que encuadrarse la incertidumbre causal en la franja central flanqueada entre las hipótesis ilusorias y la certeza determinista, por lo que solo se podría considerar la pérdida de oportunidad cuando el grado de probabilidad de que el agente sanitario sea el que causó el daño esté por encima del denominado umbral de seriedad (o mínimo despreciable) pero, a la vez, por debajo del nivel a partir del cual se presupone que coincide la pérdida de oportunidad que se frustró con el daño provocado.

A propósito del tema que se está tratando, sirva como apoyo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de julio de 2012¹⁸, la cual da a conocer en su fundamentación jurídica la evolución de la doctrina y la Jurisprudencia respecto de los principios y reglas de la probación causal:

“Atrás ha quedado la vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultivadores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo.

En el presente existe consenso acerca de que: 1. La ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles; 2. Nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el accionado hubiera actuado de otra manera; 3. La causalidad no admite pruebas matemáticas; 4. La teoría de la causalidad adecuada (estructurada bajo un sistema de regularidad estadística) no puede menos que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de

probabilidad; 5. La valoración de la prueba tiene lugar de acuerdo con las reglas de la sana crítica -no es tasada, como regla- y parte de un juicio de probabilidades y deducciones que no siempre llevan a la plena certidumbre.

En consecuencia, el juez fundará de ordinario su decisión sobre hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad suficiente o cualificada.”

B) Como un daño con su propia entidad (AUTÓNOMA), en sí mismo indemnizable

A menudo los tribunales han aplicado la doctrina de la pérdida de oportunidad en negligencias ocurridas en el ámbito médico-sanitario, en las que se considera que el daño verdaderamente causado al paciente por el profesional sanitario ha sido impedirle obtener un resultado más favorable para su salud. Es incompatible esta doctrina con la certeza de una mala praxis, y en este sentido sirva de muestra la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 24 de abril de 2018¹⁹, en cuya fundamentación se afirma que quedó probado que hubo mala praxis médica en cuanto que no se sometió al paciente en la primera asistencia a observación médica ni se le practicó un TAC, como así sugería la *lex artis*, por lo cual se retrasó el tratamiento de la hemorragia cerebral agravando los efectos sobre su salud; por ello, se concluye que en este supuesto no procede acudir a la doctrina del “loss of chance” puesto que es incompatible con la mala praxis *ad hoc*.

También interesa resaltar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2011²⁰, en la que se reitera que el daño a resarcir no es el material debido al hecho producido, sino la falta de certeza sobre la secuencia que habrían seguido los hechos si el servicio sanitario hubiera actuado bajo otros parámetros más acordes con la *lex artis ad hoc*. Como conclusión, en la pérdida de oportunidad el concepto a indemnizar es la privación de una alternativa de tratamiento, puesto que la mala praxis del médico ha privado a su paciente de las expectativas que tenía de curarse. El montante de la indemnización por la pérdida de esas expectativas, como más adelante se anali-

18 SAP Madrid 13302/2012, rec. 365/2012; ECLI:ES:APM:2012:13302

19 STS núm. 665/2018, rec. 447/2016; ECLI:ES:TS:2018:1546

20 STS núm. 5922/2011, rec. 6280/2009; ECLI:ES:TS:2011:5922

zará, deberá reducirse en proporción a la probabilidad de la producción del daño en el supuesto de que se hubiera actuado con la diligencia debida.

Además, también los tribunales del orden jurisdiccional penal están aplicando la pérdida de oportunidad como daño autónomo a la hora de imputar a profesionales sanitarios ciertos delitos. En este sentido, resulta clarificadora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de noviembre de 2022²¹, en la que fue condenado un médico por homicidio imprudente al no realizar un TAC a un paciente que acudió al Servicio de Urgencias por una cuestión de salud vital, el cual finalmente falleció. El fallo de la Audiencia, que le condenó aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad, se basa en lo siguiente:

“En suma, la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva”.

“Aplicando tal doctrina al caso sometido a nuestra consideración, ha quedado fuera de toda duda que se debía de haber practicado un TAC al paciente nada más llegar a Urgencias dado su estado y antecedentes médicos y que el acusado no realizó y su no prescripción y práctica, aunque no conste que evitara el resultado letal incrementó su riesgo pues aunque, como manifestó el perito Sr. Benito de León la probabilidad de salvarse fuera entre un 1% y un 5%, al paciente se le privó de estar en ese porcentaje”.

En definitiva, según esta teoría el daño por el que reclama el paciente es la pérdida de la posibilidad u oportunidad de lograr una probable curación o mejora de su estado de salud (esta frustración es un tipo de lesión distinta de la que se le haya causado directamente). Como ejemplo, valga la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia, de 23 de enero de 2008²², según la cual la doctrina de la pérdida de oportunidad acepta que se indemnice en los casos en que se ha causado un daño antijurídico como consecuencia de una actuación sanitaria, aun cuando no se ha infringido la *lex artis ad hoc*. El daño,

para este Tribunal, sería la incertidumbre sobre las actividades sanitarias que probablemente se habrían aplicado si se hubieran seguido otros parámetros médico-científicos, y la pérdida de un tratamiento alternativo.

IV. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD BAJO EL PRISMA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como se ha manifestado anteriormente, la doctrina de la pérdida de oportunidad no está sujeta a ningún ordenamiento jurídico que la conceptúe y regule, por lo que para su conocimiento y análisis es preciso estudiar la evolución de la doctrina que el Tribunal Supremo ha ido sentando a lo largo de los años respecto de esta figura.

Se han tenido en cuenta dos de las situaciones que en la realidad judicial se repiten más asiduamente, las cuales suponen una infracción de la *lex artis ad hoc* y, en su caso, un daño antijurídico si se llega a perjudicar al paciente: a) el error o el retraso en el diagnóstico médico; b) la ausencia, falta o defecto en el consentimiento informado.

4.1. Supuestos de retraso o error en el diagnóstico y asistencia sanitaria tardía

Entre los juzgados y tribunales españoles, especialmente en el orden contencioso-administrativo, se ha ido normalizando la utilización de esta doctrina para condenar al agente sanitario responsable del perjuicio a pagar una indemnización proporcional en casos, por ejemplo, en los que un diagnóstico erróneo haya podido privar a un paciente de una posible, y muy probable, curación.

En el ámbito de la salud, una atención sanitaria tardía, un diagnóstico médico erróneo o demorado en el tiempo, pueden llegar a disminuir la esperanza de curación o de vida de un paciente, y dar lugar a que se reclame judicialmente una indemnización. Tanto el error como el retraso pueden constituir un presunto supuesto de mala praxis sanitaria. Tres escenarios son posibles en este ámbito:

1. Si se puede probar con certeza o con un nivel de probabilidad alto que el error médico o el retraso son la causa del empeoramiento de la salud o fallecimiento del paciente, al ser ciertos tanto el daño como el nexo causal, la indemnización cubrirá la valoración del daño sufrido en su totalidad.

²¹ SAP M 16378/2022, rec. 1329/2022; ECLI:ES:APM:2022:16378

²² STSJ GAL 4043/2008, rec. 732/2008; ECLI:ES:TSJGAL:2008:4043



2. Si se prueba que la mala praxis del facultativo no tuvo nada que ver con el agravamiento de la situación, y que el paciente habría empeorado o fallecido de todas formas debido a la propia enfermedad que ya padecía, no será procedente ningún tipo de indemnización.

3. Cuando no se puede probar con certeza o probabilidad alta, ni negar con ese mismo grado de conocimiento exacto o nivel de probabilidad que la asistencia o el diagnóstico erróneo o tardío haya podido influir en el empeoramiento del estado de salud del paciente, haciéndole perder una oportunidad de mejoría o curación, es adecuado proceder a su indemnización de conformidad con la teoría de la pérdida de oportunidad. Para este trabajo interesa estudiar especialmente este último escenario situado en el campo de las probabilidades.

Hay que recordar que, precisamente, la doctrina sentada por el Alto Tribunal para el reconocimiento de esta figura se centra en la idea de que la producción del perjuicio consiste en la pérdida de la chance de una probable mejoría o cura. Entre otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo se puede destacar, a efectos didácticos, la de 21 de marzo de 2007²³, referida a un supuesto en el que el médico inicialmente valoró una hernia de hiato tratable farmacológicamente pero, más tarde, modificó el diagnóstico a un adenocarcinoma gástrico, entendiendo

el Tribunal Supremo que la gravedad de la enfermedad sufrida por la paciente conllevaba su fallecimiento, pero apreciando que si se le hubiera diagnosticado antes el cáncer mediante una endoscopia se podría, probablemente, haber alargado su vida y, quizás, una mejora de su calidad de vida en sus últimos días.

Interesa también traer a colación, en relación a esta figura, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008²⁴, en la que se estima el recurso de casación que planteó la parte demandada en relación a un diagnóstico que, al ser realizado con retraso, conllevó que se le pautara al paciente un medicamento inadecuado para su enfermedad, señalando lo siguiente:

“Así las cosas, debe entenderse que siendo médicamente conocidos los efectos secundarios de la administración de isoniacida y que estos hubieran podido, si no prevenirse, sí minizarse con la administración conjunta de la vitamina B 6, la no pauta de dicha vitamina al recurrente, a quien como a cualquier paciente, según el informe pericial, se le podían producir dichos efectos secundarios, sin olvidar además que al mismo no se le había realizado prueba que hubiese permitido una mejor confirmación del diagnóstico de presunción, supone una infracción de la “lex artis” que le ha generado una pér-

²³ ECLI:ES:TS:2007:1869

²⁴ STS, Sala 3ª, núm. 3160/2008; rec. 4429/2004; ECLI:ES:TS:2008:3160

dida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros, si se le hubiese administrado conjuntamente la vitamina B 6.

Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de habersele administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros, y consiguientemente, atendido este fundamental extremo en relación con la edad y profesión del actor, resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia”

4.2. Supuestos de ausencia, defecto o vicio en el consentimiento informado

A) Naturaleza del daño

Se establece en el artículo 2 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*²⁵, el deber de información y consentimiento del paciente, obligación que se conforma desde dos perspectivas distintas para su cumplimiento:

- Se informará al paciente sobre la intervención médico-sanitaria que se le vaya a practicar y sobre los posibles riesgos que puedan existir, para que pueda libremente decidir si se somete a la misma o no.
- Se recabará del paciente que haya decidido libremente someterse a la intervención médico-sanitaria su consentimiento, que deberá prestarse por escrito en algunos casos.

La ley configura la información como un derecho del paciente y un deber del médico; deber de información que integra la *lex artis* (formando parte de la obligación de medios del médico). Por otro lado, el consentimiento (mediante el cual el paciente accede libremente a someterse a una determinada intervención²⁶) o,

mejor dicho, la falta de consentimiento será constitutiva de una infracción de la *lex artis* (situación que objetiviza la responsabilidad y modifica la carga de la prueba). En lo relativo a esta materia, en la Sentencia de 28 de marzo de 2011, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional²⁷, la perspectiva cambia (generalmente se juzgan reclamaciones por daños físicos o lesiones en la persona, frustración de supervivencia u oportunidades de curación) al ser en este supuesto causa de la infracción de la *lex artis ad hoc* la carencia del consentimiento informado o un defecto en la información facilitada al paciente (no un daño material o físico), lo cual, según LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA²⁸, puede ser causa de un daño moral por privar al paciente de su autonomía, derecho fundamental que establece que cualquier persona tiene la facultad de aceptar o rechazar cualquier tratamiento médico, precisando para ello que se le traslade la correspondiente y obligatoria información previa por parte de los profesionales sanitarios; en definitiva, el perjuicio afecta a su esfera extrapatrimonial, por ser vulnerado el derecho fundamental a su integridad física²⁹, a su facultad de autodeterminación como paciente, según se afirma en el Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia citada:

“El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física (...). Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consenti-

27 STC 37/2011, BOE núm. 101.

28 Afirma LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA que “el Tribunal Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que la dignidad humana es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida; y desde esta premisa, la conducta negligente del médico puede causar un daño moral por afrentar contra la autonomía del paciente”. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 119.

29 Artículo 15 de la *Constitución Española*: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

25 BOE» núm. 274, de 15/11/2002 (<https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>)

26 XIOL RÍOS (2011): p. 131.

miento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”

Se puede pensar que un único acto/error (respecto a la información y/o consentimiento informado) deriva en dos clases de daños con distintos orígenes y diversa naturaleza, pues implica tanto una infracción de la *lex artis ad hoc* como una vulneración de un derecho fundamental amparado constitucionalmente.

Si se traslada este escenario al ámbito judicial (respecto de los daños indemnizables) se observan dos tendencias:

- Hay que considerar que solo puede hablarse realmente de daño cuando, tras el error o ausencia de información o consentimiento, se le ocasiona a la persona el riesgo omitido.
- Estimar que el daño originado por el defecto en la información o el consentimiento informado no es equivalente a la realización del riesgo omitido, dando por buena la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (aunque puede presentar algún inconveniente, como puede ser una posible infracción del umbral de seriedad, en la que no se ha podido acreditar un nivel razonable de probabilidad de que la información correcta habría evitado la realización del riesgo).

En resumen, según LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, se aprecian dos conceptos distintos en este escenario:

“— Un daño moral y físico que se ha producido en la salud del paciente como consecuencia una intervención técnica profesional negligente.

— Un daño moral correspondiente a la pérdida del derecho de elección a causa de una intervención técnica diligente pero una

actuación jurídica negligente por la omisión de información³⁰.”

Esta cuestión tiene su importancia pues, debido a la diversidad de casos, los criterios indemnizatorios giran entre el daño moral y la pérdida de la chance, no existiendo actualmente una doctrina homogénea en cuanto a la resolución de los mismos³¹.

B) Criterios del Tribunal Supremo

Antes de profundizar en este análisis, es pertinente poner de manifiesto que, según reiterada doctrina del Alto Tribunal, solamente se podrán enjuiciar aquellos casos en los que se hubiera realizado el riesgo del que no se informó al paciente o del que no dio su consentimiento, sin importar si el profesional sanitario incurrió en negligencia o mala praxis cuando le asistió. Entiende el Tribunal Supremo que, si el facultativo actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, pero, no obstante, llega a materializarse un riesgo no informado al paciente, el daño no es la lesión física o la secuela sufrida por el acto asistencial, sino dejarle sin el derecho que tiene una persona a tomar una decisión libre, basada en la recepción de una información completa de la intervención.

En este punto interesa conocer los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en la esclarecedora Sentencia de 4 de marzo de 2011³² sobre los supuestos de defecto en el consentimiento informado; se mencionan tres opciones indemnizatorias:

1. Por los daños y perjuicios totales ocasionados según los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, lo cual se alinea más con la medicina satisfactiva (o voluntaria) que, con la curativa, aunque no se excluye del todo a esta última; por la falta de información y la gran probabilidad de que el paciente no habría aceptado la intervención o tratamiento si hubiera tenido conocimientos de las posibles consecuencias.

30 LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño, Atelier, Barcelona, 2022, p. 122.

31 Actualmente, cerca del 70% de las reclamaciones por daños sanitarios se producen, bien por una ausencia total del consentimiento informado, bien por vicios o defectos en el mismo, según NAVARRO SIMÓN (2018), p. 314.

32 STS núm. 101/2011, rec. 1918/2007; ECLI:ES:TS:2011:1804

2. Por la gravedad de la intervención, las circunstancias del paciente y sus riesgos, así como por la lesión de su derecho de autodeterminación, de su integridad física y/o psíquica y su dignidad, con el alcance propio del daño moral y del patrimonial.

3. Por la pérdida de expectativas u oportunidades que se identifican, no con la trascendencia y la gravedad del perjuicio, sino con una porción del daño corporal considerado íntegramente debido a la incertidumbre causal que se tiene sobre el resultado final, habiéndose ponderado previamente todas las circunstancias y variables médicas con relevancia para la responsabilidad médico-sanitaria (p.ej., la gravedad de la actuación sanitaria, la posibilidad y probabilidad de fracaso, o la probabilidad o virtualidad real del tratamiento terapéutico alternativo).

Se observa que las reclamaciones por defectos o vicios en el consentimiento informado pueden conllevar distintas opciones resarcitorias (se pueden combinar entre sí), y que no existe una doctrina uniforme a la que puedan acudir los tribunales a la hora de aplicar la pérdida de oportunidad como método configurador de la indemnización; tan es así que el resarcimiento económico ajustado a la teoría de la chance representa solamente una parte del total de sentencias que resuelven cuestiones sobre defectos o vicios en el consentimiento informado.

Resulta muy didáctica la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012³³, en la que se detallan las razones que justifican la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad; se juzga una reclamación por una mala praxis en una intervención de disectomía cervical que derivó en una tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores. Entiende el Tribunal Supremo que el facultativo actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, aunque le omitió al paciente la información sobre la posible complicación que finalmente ocurrió, y que el riesgo de un resultado adverso en una operación vertebral se considera lo suficientemente importante para no ser omitido (independientemente de que dicha complicación sea de escasa incidencia estadística, entre el 0,2 y el 0,4). Así pues, el Alto Tribunal cuantifica la pérdida de oportunidad en un 50 % de la indemnización

que habría correspondido en el caso de estar ante una mala praxis real e incuestionable. Su razonamiento es el siguiente:

- El daño para indemnizar ocasionado por el facultativo es el que se origina, no por una intervención defectuosa, sino por una omisión de la información apropiada y suficiente sobre un riesgo muy bajo que se presentó posteriormente, de manera que el nexo de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse negado a la actuación médica, y no entre la negligencia del facultativo y el perjuicio a la salud del paciente.

- La negligencia del médico le ha supuesto una pérdida de oportunidad al paciente que debe cuantificarse teniendo en cuenta la probabilidad de que, si hubiera sido informado de esos riesgos personales, típicos o posibles, habría tomado la decisión de continuar como estaba o de someterse a una operación con un porcentaje alto de curación; aunque no había necesidad vital de esa intervención, sí era aconsejable clínicamente por la existencia de una anterior patología y el fracaso del tratamiento conservador que se le pautó durante cierto tiempo.

- En suma, hay una incertidumbre causal incuestionable en torno a la secuencia que hubieran seguido los hechos si el paciente hubiera sido informado, por lo que, dentro del ámbito de la causalidad física o material declarada en la sentencia, es posible hacer efectiva la imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, según la doctrina de la pérdida de oportunidad, tomando como referencia, por un lado, el perjuicio a la salud sufrido tras la intervención y, por otro, la capacidad de decisión que tiene un paciente razonable para, valorando su estado de salud, elegir libremente si someterse o no a la operación quirúrgica sin la ventaja de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Hay que ponderar previamente aquellas circunstancias relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, como son una operación clínicamente aconsejable, una relación de confianza médico paciente, su estado previo de salud, la frustración del tratamiento conservador, las cuarenta y una complicaciones de reducida incidencia estadística y los efectos derivados; todo ello sirve para valorar la indemnización en un 50 % de la cantidad en que se

33 STS núm. 948/2011; rec. 2243/2008; ECLI:ES:TS:2012:279

habría cuantificado una mala praxis médica acreditada, tomando como referencia el Baremo de daños en accidentes de circulación³⁴.

Igualmente, didáctica es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016³⁵, en la que un paciente reclama por haberse sometido a una operación quirúrgica sin haber recibido información sobre los riesgos más significativos. Su estado de salud ya era complicado con anterioridad, al presentar un cuadro médico de tetraplejía completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, teniendo movilidad de ambos hombros y flexión de antebrazos sobre brazos, habilidad en las manos y los dedos, y al añadirle la grave lesión sufrida, era imposible mejorar su situación ni con rehabilitación, por lo que va a estar incapacitado toda su vida y obligado a moverse en una silla de ruedas. Con el objetivo de ralentizar y minimizar la degeneración propia del paso del tiempo, el especialista le propuso la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica, sin informarle de la gravedad de esa intervención, ni de sus riesgos ni de

las posibilidades alternativas. En esta clase de lesiones, según los peritos médicos, la pérdida de sensibilidad en las extremidades (es el perjuicio que se reclama) normalmente se produce inmediatamente tras la lesión, aunque en un 20 % lo hace de forma paulatina, así que no se puede demostrar con un elevado grado de probabilidad que dicha cirugía fuera determinante. El Juzgado de Primera instancia apreció la existencia de pérdida de oportunidad por falta de información en un 15 % de probabilidad, fijando una indemnización por el dolor sufrido y la agravación de la situación de gran invalidez, cantidad confirmada por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal en esta interesante Sentencia que se está analizando expone detalladamente su razonamiento sobre la justificación de la teoría de la pérdida de oportunidad, según el cual se debe aplicar en supuestos con un nivel de incertidumbre intermedio entre:

- Casos en los que la decisión del paciente habría sido la de operarse y no otra en el supuesto de haberse aportado previamente la información adecuada; a priori, no habría lugar a indemnización por el perjuicio, salvo que, bajo determinadas circunstancias, se pudiera establecer la existencia de daño moral, al configurarse el defecto de consentimiento informado en sí mismo como una infracción de la *lex artis ad hoc*.
- Casos en los que la decisión del paciente habría sido no someterse a la operación quirúrgica de haberse informado previa y

34 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. «BOE» núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, páginas 84473 a 84979. (<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/22/35>); 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. «BOE» núm. 267, de 05/11/2004. (<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>).

35 STS núm. 227/2016; rec. 2050/2014; ECLI:ES:TS:2016:1427



adecuadamente; habría lugar a la indemnización íntegra por el daño ocasionado al no existir incertidumbre causal³⁶.

No obstante, entiende el Tribunal Supremo que los supuestos en los que aparece la incertidumbre causal y, por ende, se pudiera aplicar la doctrina de la “loss of chance”, en la que la producción del daño en que se sustenta la responsabilidad se origina por el defecto de la información previa al consentimiento e intervención, y la manifestación posterior tras la misma del riesgo potencial, deberán ser analizados y juzgados de forma individualizada, caso por caso, valorándose sus circunstancias específicas. En el caso enjuiciado, la Sala tiene en cuenta la gravedad de la enfermedad que padecía el paciente y su evolución natural, el tipo de intervención quirúrgica y su necesidad, y demás variables y riesgos concurrentes, para identificar y cuantificar la indemnización.

Además, no existe duda de que se ha producido un daño corporal (la agravación de su incapacidad, en lugar de su minoración y/o retraso), inmediatamente después de la cirugía, y no cabe duda del daño moral que el paciente ha sufrido debido a la falta de información previa, pues esa operación que debía de ser rápida, conservativa y paliativa, acabó agravando su ya delicado estado de salud y afectándole psicológicamente. Todo ello le supuso una pérdida de oportunidad en ese grado intermedio de incertidumbre causal antes meritado, pues habría accedido a operarse si se le hubiera informado de todas las circunstancias concurrentes.

4.3. Requisitos de admisión o inadmisión del Tribunal Supremo

A) supuestos de inadmisión

En este apartado se van a estudiar algunas sentencias con la finalidad de conocer cuáles son las circunstancias que toma en consideración el Tribunal Supremo para decidir negar, en su caso, la admisión de la teoría de la chance:

A.1.) Ausencia de nexo o relación causal

Se van a recoger aquí algunas sentencias en las que se presenta con tanta intensidad la falta de una relación causal entre la actividad presuntamente perjudicial y el daño causado (el presupuesto básico en torno al cual gira la figu-

ra de la inadmisión de la pérdida de oportunidad, con independencia de la dificultad de su acreditación, es que exista un nexo causal) que deviene el principal motivo por el que se considera que no hay pérdida de la chance.

En el primer supuesto a estudiar, en relación a la ausencia de nexo causal entre el fallecimiento de una paciente y una actividad médica, es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005³⁷, en la que una niña llegó a Urgencias en un estado muy grave de salud, tras haber ingerido algún tipo de líquido extremadamente tóxico (más tarde se supo que se trataba de abrillantador de suelos, letal para los humanos si lo ingieren)³⁸; se desplegaron todos los medios posibles por parte del equipo médico pero finalmente acabó falleciendo. Alegaron los padres que existía una pérdida de oportunidad por la relación de causalidad entre el alta prematura o temprana de su hija y la imposibilidad en su casa de poder comprobar apropiadamente su evolución, lo que culminó en un empeoramiento y posterior fallecimiento. Realmente, parece que la actuación del servicio médico de Urgencias (el alta se le dio al observar que había una mejoría en su estado de salud, sin que conocieran la letalidad del producto ya que faltaba la etiqueta en la garrafa, y era imposible que el INTCF pudiera analizarlo antes) impide que se aprecie en este caso una pérdida de oportunidad, puesto que los médicos no pudieron hacer más; esta opinión de que hay una clara ausencia de nexo causal entre la actuación médica implementada y el fallecimiento de la niña coincide con la resolución del Tribunal Supremo, en la que inadmite la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, según se recoge en el siguiente párrafo:

“(No se cuestiona en esta sentencia) la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente [...] al no haber sido acreditada la

³⁶ Son casos muy extremos en los que, generalmente, ni se informó al paciente de los riesgos inherentes a la intervención médico-quirúrgica, ni era necesaria la misma.

³⁷ STS (Sala 3ª) RC núm. 1304/2001, de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846 (Aranzadi).

³⁸ Los padres no llevaron la garrafa donde se encontraba el líquido ingerido -sospechaban que se trataba de amoníaco-, lo que complicó acertar con el tratamiento. La mejoría de la paciente hizo que los médicos le dieran el alta, pero los síntomas se agravaron en su casa, por lo que volvieron a llevarla al hospital, llevando consigo la garrafa contenedora del líquido -sin etiqueta-. Siendo imposible conocer cuál era el líquido ingerido exactamente, el servicio médico se puso en contacto con el INTCF que, desafortunadamente, dada la premura de la situación, solo pudo recomendar genéricamente que se tratase a la paciente como si hubiese sido una intoxicación grave.

existencia de una deficiente asistencia médica, que en modo alguno puede deducirse de una actuación sanitaria practicada con motivo de la ingesta de un líquido [...] que en cualquier caso no hubiera podido ser identificado [...] de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina de la pérdida de oportunidad.”³⁹

En un segundo supuesto, un paciente fue atendido en un centro hospitalario cuyos facultativos le diagnosticaron una apendicitis quirúrgica y le exhortaron a que les permitiera realizarle una apendectomía; en ese momento este paciente decide explícita y reiteradamente no operarse por lo que los médicos cesaron en la idea de intervenirle quirúrgicamente (además, desaparecieron los síntomas); y a los diez años apareció el paciente con esos mismos síntomas con el agravante de que la situación había degenerado en una peritonitis y perforación del colon ascendente, lo que motivó que se le tuviera que operar de urgencia, causándole importantes secuelas; por todo ello el paciente reclamó judicialmente ser indemnizado. Es interesante analizar el razonamiento que en relación a este caso se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007⁴⁰: no admite la Sala la pretensión por la parte actora de ser indemnizada por una supuesta pérdida de oportunidad que prácticamente se causó a sí misma por demorar la intervención tantos años (en el juicio fueron acreditados como diligentes y conformes a la *lex artis ad hoc* la comunicación de la necesidad de ser operado hace diez años, la operación quirúrgica por la peritonitis y el consiguiente post-operatorio).⁴¹

Un tercer supuesto, en el que una mujer embarazada llega a su centro de salud quejándose de dolores en la fosa renal izquierda, por lo que se le realiza una prueba diagnóstica denominada “enema opaco” tres meses después (motivado porque el equipo de radiología encargado de realizar dicha prueba se encontraba averiado desde hacía dos meses y porque no se consideraba urgente⁴²), que da como resultado

que la paciente tiene un cáncer de colon, se resuelve mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2016⁴³ en la que el Alto Tribunal, apoyado en los informes y dictámenes pertinentes, entendió, por un lado, que existió el retraso entre la petición y la realización de la prueba (normalmente, el plazo es inferior a treinta días) y, por otro lado, que los tumores de colon normalmente presentan un crecimiento lento (como así aparece recogido en la sentencia de la Sala de Instancia⁴⁴), afirmando que, dada la edad y sintomatología de la paciente, de haberse realizado el enema opaco dentro del plazo de tiempo usual desde su solicitud no habría sido diferente el resultado en cuanto al pronóstico y su evolución. En definitiva, según el Tribunal Supremo no se ha producido una pérdida de oportunidad⁴⁵ puesto que no se puede acreditar ninguna relación de causalidad entre los daños reclamados y la atención del servicio médico, ni se puede acusar a los médicos de mala praxis en su actuación.

A.2.) Dado el estado irreversible y/o difícil pronóstico de salud del paciente se considera la intrascendencia de la prueba y/o tratamiento tardío u omitido

En este segundo subapartado se analizan algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que tampoco se admite la existencia de la pérdida de oportunidad, aunque las circunstancias a valorar son distintas; son varios casos en los que el estado de salud del enfermo tiene un pronóstico complicado o irreversible, por lo que resulta irrelevante para el Alto Tribunal si el tratamiento o la prueba no se realizó o se llevó a cabo más tarde de lo usual. En suma, si el paciente presenta un estado de salud que no tiene sanación posible o que no se puede diagnosticar por los médicos, la reclamación por la parte demandante (que ha sufrido el daño presunto) basada en la omisión o realización tardía de la prueba y/o el tratamiento terapéutico va a conllevar su inadmisión, debido a que, en esas condiciones y según los peritos sanitarios, no hay tratamientos o pruebas que hubiesen conseguido un final diferente al que aconteció en cada uno de los casos.

39 STS de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846, FJ segundo.

40 STS (Sala 3ª) RC núm. 5538/2003, de 26 de marzo de 2007, RJ 2007\2892 (Aranzadi).

41 Similar: STS (Sala 1ª) 1230/2004, de 15 de diciembre, RJ 2004\8212 (Aranzadi).

42 STS de 8 de julio, RJ\2016\4323: “La sintomatología y la edad de la paciente no sugerían como primera ni las más probable posibilidad diagnóstica (sic) la presencia de un cáncer de colón (sic) y que la prescripción del enema

opaco no precisaba su realización con carácter urgente, ni de preferencia”.

43 STS (Sala 3ª) 1678/2016, de 8 de julio, RJ\2016\4323 (Aranzadi).

44 STSJ de Murcia 686/2014, de 31 de julio, FJ cuarto, JUR 2014\28279 (Aranzadi).

45 Similar: STSJ de Madrid 844/2012, de 4 de diciembre de 2012, JUR 2013\46248 (Aranzadi).

En un primer supuesto se juzga un litigio originado por el fallecimiento de una mujer que llegó con un importante deterioro de su salud a un hospital, lo que motivó que fuera tratada de forma urgente e inmediata. Se recoge este caso en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008⁴⁶, según la cual, aunque se le practicó un TAC, el problema que se alega es que tardaron una hora en realizarlo por lo que, a tenor del resultado de la prueba, presentaba una "hemorragia cerebelosa, [...] con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral⁴⁷, que influyó en la decisión de no intervención quirúrgica por el neurocirujano y el posterior fallecimiento de la enferma. En este caso resolvió el Tribunal Supremo que no cabía la pérdida de oportunidad, siendo su argumento el siguiente:

- El alegato de la recurrente considerando que el retraso de una hora en la realización de la prueba en Neurología fue la causa principal del fallecimiento no se considera acreditado ni sostenible, puesto que en todos los documentos e informes presentados se incide en la gravedad del cuadro que mostraba la enferma y su rápida evolución y en que necesitaba una estabilización previa para realizar las pruebas necesarias; según el resultado de las mismas se determinó por los especialistas que una operación quirúrgica no era útil ni factible.

- Es legítimo afirmar que no se perdió oportunidad alguna porque no llegó a existir en ningún momento, pudiéndose concluir que cuando un enfermo grave no tiene posibilidades de sobrevivir o, aunque sea mínimamente, de mejorar su estado de salud, la doctrina de la pérdida de oportunidad no tiene cabida, por lo que muy probablemente no será admitida en un juicio y, por ende, rechazada la petición de indemnización⁴⁸.

Otro supuesto a estudiar, siguiendo el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012⁴⁹, comprende un caso en el que un niño de dos años es trasladado a un Centro de Salud al no conseguir sus padres que expulse un hueso de aceituna con el se atragantó, siendo atendido inmediatamente por un ATS y un médico que le aplicaron varias técnicas, no pudiendo solventar la oclusión parcial de garganta, llegando a sufrir el paciente una parada cardiorrespiratoria; ante la gravedad de la situación, acudieron en su ayuda más profesionales sanitarios, consiguiendo que fuera expulsada la aceituna gracias a una intubación endotraqueal y que el niño quedara estabilizado, aunque, desgraciadamente, en el hospital al que se le trasladó constataron que estaba en estado de muerte cerebral.

Aunque la parte demandante, los padres del menor de edad, presentó alegaciones sobre

46 STS (Sala 3ª) RC núm. 9349/2003, de 3 de junio de 2008, RJ 2008\6324 (Aranzadi)

47 Ver el FJ primero de la meritada STS de 3 de junio

48 Por similar: STS (Sala 3ª) RC núm. 7007/2002, de 28 de febrero de 2008, RJ 2007\2485 (Aranzadi)

49 STS (Sala 3ª) RC núm. 1895/2011, de 9 de octubre de 2012, RJ\2012\10198 (Aranzadi).



la concurrencia de varias actuaciones médico-sanitarias negligentes⁵⁰ (si el Centro de Salud debió o no admitir esa urgencia, si se tardó más tiempo del usual en dar aviso a la UVI-061, si el no colocarle una vía intravenosa al menor para sedarle y asistirle con tranquilidad era procedente, si era necesaria la traqueotomía o cricoti-reotomía, la incidencia de la intubación, y el traslado al hospital del menor), el Tribunal Supremo resolvió desestimándolas en su totalidad al acreditarse mediante las periciales pertinentes que todas esas conductas y actuaciones realizadas por los facultativos eran conformes a la *lex artis ad hoc*, atendiendo al estado de salud del menor y al nivel de la ciencia médica.

El Alto Tribunal entiende que, en este supuesto, no se ha podido probar pérdida de oportunidad alguna, puesto que si las actuaciones médicas y sanitarias se hubieran efectuado de otra manera las fatales consecuencias habrían sido las mismas, y argumenta que para la teoría de la chance la pérdida de oportunidad se identifica por la incertidumbre que hay sobre si una posible actuación de los facultativos omitida habría podido evitar el defecto de salud del enfermo o minorarlo, teniendo en cuenta a la hora de valorar el daño tanto el porcentaje de probabilidad de que dicho proceder podría haber sido beneficioso, como el nivel, alcance o entidad de este efecto⁵¹. En relación a la existencia o no de una pérdida de expectativas menciona otras sentencias dictadas anteriormente⁵².

Un último supuesto, visto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016⁵³, se puede resumir en que a un enfermo que acude a Urgencias se le diagnostica una neumonía vírica con sospecha de gripe A, se le deriva más tarde al servicio de Medicina interna para dejarle en observación, durante esa estancia se le trataron de varios ataques de ansiedad, llegando a la conclusión de que se debían a que presentaba un síndrome de abstinencia; varias horas después es ingresado en la UCI tras ser atendido por el personal sanitario por entrar en parada cardiorrespiratoria, lo que le ha supuesto padecer ciertas secuelas. Alegó la parte de-

mandante en su escrito de reclamación que la atención médico-sanitaria había sido muy deficiente, entendiéndose que son dos las principales concausas que contribuyeron a la hipoxia cerebral y a las secuelas que le aquejan, y que pudieron suponer una pérdida de oportunidad: a) falta de oxigenación cuando estaba en planta; b) tardanza en asistirle cuando tuvo el paro cardíaco. En este supuesto el Tribunal Supremo dictaminó lo siguiente en su sentencia:

- En el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación cuando al paciente se le priva, probablemente, de una mayor posibilidad de curación o mejora, debido a que en la actuación médica se ha omitido o se ha realizado tarde o mal el diagnóstico, el tratamiento, o el suministro farmacológico.⁵⁴ En este supuesto los profesionales médico-sanitarios no infringieron la teoría de la pérdida de oportunidad al no encuadrarse su actuación en supuesto alguno de incertidumbre causal, pues no había la más mínima probabilidad de que una conducta diferente pudiera haber significado un desenlace más favorable para el paciente.⁵⁵
- Según el Tribunal Supremo las secuelas que sufre el demandante no tienen como origen ninguna de las dos concausas referidas anteriormente, según se desprende de las pruebas periciales realizadas; además, tanto si a este paciente se le hubiera ingresado en la planta de Medicina interna nada más entrar en Urgencias como si los medios técnico-sanitarios de esa planta hubieran sido mayores (hace referencia el reclamante a la falta de personal de reanimación y del carro de paradas en ese intervalo de tiempo), el desenlace y las secuelas habrían sido las mismas.

B) supuestos de admisión

Existen varias perspectivas desde las que analizar la admisión por el Tribunal Supremo de la pérdida de oportunidad. En este trabajo se van a agrupar las circunstancias o factores diversos que pueden influir en la admisión de esta figura por el Alto Tribunal del siguiente modo:

50 Ver el FJ primero de la meritada STS de 9 de octubre.

51 Ver el FJ sexto de la meritada STS de 9 de octubre.

52 STS (Sala 3ª) RC núm. 5893/2006, de 19 de octubre de 2011, RJ 2012\1298 (Aranzadi); STS (Sala 3ª) RC núm. 2755/2010, de 22 de mayo, RJ 2012\6930 (Aranzadi); STS (Sala 3ª) RC núm. 1211/2010, de 11 de junio de 2012, RJ 2012\7330 (Aranzadi).

53 STS (Sala 3ª) 1832/2016, de 18 de julio, RJ\2016\3618 (Aranzadi).

54 Ver el FJ quinto de la citada STS de 18 de julio.

55 A la ausencia de nexo causal hay que añadir que el delicado estado de salud del paciente (presenta múltiples patologías) impide considerar que una actuación médico-sanitaria diferente hubiera llegado a un resultado más favorable.

B.1.) **Nexo causal entre la actuación médica cuestionada, acción u omisión, y el daño que se le produjo al paciente.**

En el ámbito médico-sanitario es difícil probar la relación de causalidad⁵⁶ puesto que el daño producido se puede deber a muchas y diversas causas (y causantes). En estos casos, lo que el Tribunal Supremo pone en cuestión es la propia existencia del nexo causal, no la posibilidad de su prueba.

B.2.) **El paciente tiene que presentar unas posibilidades reales e incuestionables de mejora, curación o supervivencia.**

Para que pueda admitirse la pérdida de la chance el paciente no tiene que haber llegado al centro sanitario con un estado de salud irreversible o, dicho de otra forma, que los resultados de las pruebas hechas en el centro sanitario no conlleven un mal pronóstico en términos de sanación, pues, en caso contrario, la probabilidad de que la actividad médico-sanitaria cuestionada haya podido privar al enfermo de alguna oportunidad de mejora o curación desaparece (no existe) y, consecuentemente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se vuelve ineficaz

B.3.) **La incertidumbre.**

La pérdida de oportunidad se identifica con la incertidumbre que se tiene en relación a si la actuación médico-sanitaria puesta en cuestión (por haberse omitido, o por haberse llevado a cabo con retraso o de forma incorrecta), de haberse realizado correctamente, podría haber evitado o reducido el daño ocasionado al paciente (secuelas, inferior calidad de vida o, lo que es peor, su fallecimiento), así que para la valoración de ese menoscabo se tendrá en cuenta, en primer lugar, qué posibilidades ciertas y constatadas por la ciencia médica existían de que finalmente esa forma de proceder hubiera logrado un resultado positivo y, en segundo lugar, el alcance o trascendencia de ese resultado respecto al estado de salud del damnificado. No obstante, la incertidumbre sobre lo que habría pasado si se hubiese procedido de otra manera siempre va a aparecer en estos supuestos, de igual forma que siempre existirá certeza de que esa conducta le hizo perder al paciente posibilidades de mejora, curación o supervivencia. Ilustrativa es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Va-

lenciana de 1 de marzo⁵⁷, que, al referirse a la pérdida de oportunidad, señala que el daño no es el propio o material que resulta de la actuación médica, sino la incertidumbre sobre el posible itinerario que podrían haber seguido finalmente los hechos si otros parámetros hubieran guiado esa actividad.

B.4.) **La pérdida de oportunidad es una figura circunstancial.**

Se desprende de la jurisprudencia y de lo analizado hasta ahora que la pérdida de oportunidad se puede considerar como una figura circunstancial puesto que su origen y validez dependen de los hechos concretos y circunstancias que conforman cada litigio; volviendo a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, es pertinente traer a colación la siguiente conclusión que se recoge en el Fundamento Jurídico Sexto:

“No se puede sostener que todo paciente que acude a un centro de salud u hospital tiene que, indefectiblemente, salir vivo. Dependerá de la asistencia prestada y, además del estado de la ciencia (concepto en el que debemos incluir tanto los conocimientos médicos-científicos como la prestación de medios asistenciales entendida sanitaria y proporcionalmente adecuados a las necesidades y disposiciones presupuestarias)⁵⁸”.

Los ciudadanos esperan que cuando acuden a un centro sanitario van a recibir un trato diligente y se van a emplear todos los medios e instrumentos posibles y disponibles en ese contexto temporal⁵⁹, por lo que para admitir la pérdida de oportunidad es necesario un previo y minucioso estudio de cada caso concreto⁶⁰.

B.5.) **Para que exista una pérdida de oportunidad no siempre es necesario que exista una mala praxis.**

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede concluir que se presentan dos interpretaciones jurisprudenciales de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ám-

⁵⁶ En menor medida, en el ámbito de la responsabilidad profesional de los abogados.

⁵⁷ STSJ de la C. Valenciana 246/2010, de 1 de marzo, JUR 2010\208983 (Aranzadi).

⁵⁸ STS de 9 de octubre, RJ\2012\10198.

⁵⁹ STS de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872; La asistencia sanitaria es una obligación de medios.

⁶⁰ Teniendo en cuenta la naturaleza humana, no se espera que todas las personas que acuden a un hospital o centro de salud salgan curadas.

bito de la sanidad⁶¹, al observarse que en algunos casos la pérdida se debe a determinadas actuaciones médicas negligentes, mientras que en la mayoría de los supuestos existe porque se ha ocasionado al paciente un daño jurídico que no debe soportar, aunque no haya sido originado por una infracción de la *lex artis*.

En una primera interpretación, en la que se relaciona la pérdida de la chance con el nexo causal, se encuadran los casos de negligencia médica en los que no se puede afirmar con total certeza que el resultado habría sido otro si se hubiera actuado según la *lex artis ad hoc*. Por ello, en estos supuestos no se llega a indemnizar al paciente por el cien por cien de la valoración del daño, sino por la oportunidad que se ha perdido de lograr un beneficio cierto (curación o mejora) si el facultativo no hubiera cometido la negligencia médica. Como ejemplo, puede valer la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, en la que se enjuicia un supuesto de información importante omitida al enfermo, sobre el grado de malignidad de un tumor que padecía, lo que le dejó sin la posibilidad de seguir un tratamiento paliativo menos radical⁶².

Dicho esto, a la hora de idear sus estrategias legales, por un lado, a la parte demandante (el paciente) le interesa rechazar esta primera interpretación si se puede probar con certeza absoluta la negligencia médica (pues resulta menos beneficiosa para la víctima en cuanto que supondrá una minoración de la cuantía indemnizatoria) y, por otro lado, a la parte demandada (personal sanitario) le interesa alegar esta primera interpretación en aquellos casos en que, existiendo negligencia médica, pretenda reducir la cuantía indemnizatoria.

En una segunda interpretación, el Tribunal Supremo admite la pérdida de oportunidad como una respuesta indemnizatoria en los supuestos en los que no se ha producido la quiebra de la *lex artis* pero aparece un daño antijurídico debido al funcionamiento del servicio⁶³. Sirva de ejemplo el caso sobre el que el Alto Tribunal, en sentencia de 6 de febrero de 2007⁶⁴, afirma que los facultativos habían actuado de

forma no del todo diligente y correcta, aunque no se podía acreditar la existencia de un nexo causal entre esa conducta y el perjuicio ocasionado al paciente, pero, no obstante, se presume la provocación al paciente de un daño antijurídico que no tiene la obligación legal de soportar⁶⁵, siendo por ello indemnizable en su totalidad.

En resumen, podrá contemplarse la pérdida de oportunidad⁶⁶ en los supuestos en los que la actuación del profesional sanitario haya conllevado la omisión de la información previa e imprescindible o de un tratamiento o prueba diagnóstica ineludible, o de un medicamento necesario previamente recetado (o su suministro indebido), o la realización tardía o errónea de un diagnóstico, cirugía, traslado, tratamiento, etc., siempre que los factores o circunstancias (tardanza, omisión,...) que les caractericen, en cada caso, sean de suficiente entidad desde la óptica de la ciencia médica para provocar la pérdida de la chance⁶⁷. Un ejemplo muy claro, por lo obvio, es que no será lo mismo que se tarden dos horas en realizar una prueba diagnóstica a una persona que se ha fracturado un hueso que a una persona con síntomas de estar sufriendo un infarto.

V. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Una vez analizadas las líneas generales jurisprudenciales y doctrinales de esta figura y se han estudiado los elementos, factores o razones que permiten que un Juzgado o Tribunal admita o inadmira la pérdida de la chance, se va a exponer a continuación la cuestión de la valoración y cuantía de la indemnización, que en la práctica tiene mucha importancia para las partes afectadas.

5.1. Configuración y desarrollo de la figura

A pesar de que existe una importante controversia doctrinal por parte de algunos autores

61 “Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad”, Atlas.

(<https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-de-oportunidad/>; última consulta 02/03/2019)

62 STS de 3 de abril, RJ 2002\5433

63 STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530

64 STS de 6 de febrero, RJ 2007\922

65 Son típicos aquellos casos en los que la máquina encargada de realizar pruebas diagnósticas está averiada y los responsables sanitarios no desplazan al paciente a otro centro u hospital para que se las realicen.

66 Es ilustrativa la STS (Sala 3ª) RC núm. 43/2010, de 23 de enero de 2012, RJ 2012\342 (Aranzadi): “La pérdida de oportunidad, que constituye un daño antijurídico, se conecta con la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para la salud y, en definitiva, para la vida”.

67 Los supuestos fácticos indicados a modo de ejemplo no bastan por sí mismos para que automáticamente nazca una pérdida de oportunidad.

en relación con esta figura⁶⁸, hay un respaldo mayoritario para que se indemnice en todos los supuestos en los que acredite una pérdida de oportunidad puesto que “la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable⁶⁹”. También afirma la doctrina que, además del lógico objetivo resarcitorio de la indemnización, ésta tiene otros propósitos como soslayar algunos obstáculos como pueden ser, por ejemplo, la aplicación estricta de las reglas de la carga de la prueba, o la dificultad de obtener la prueba misma⁷⁰.

En cierta medida, la pérdida de oportunidad (o pérdida de una alternativa de actuación médica) se podría equiparar con el daño moral, concepto que sí es indemnizable, en el caso de existir la certeza de esa chance perdida (ventaja desperdiciada) con la que se habría contado si el demandado no hubiera intervenido. Esta idea no es pacífica, como se expone a continuación.

Según GALLARDO CASTILLO la pérdida de oportunidad no debe valorarse ni como daño moral ni como lucro cesante. Para ella, la pérdida de una oportunidad real o de una expectativa actual es, en sí mismo, un daño cierto, y la privación por la actividad de un tercero de esa oportunidad susceptible de situarle en una situación de ventaja futura conlleva una obligación de indemnizar al perjudicado⁷¹; afirma que no puede asimilarse al daño moral porque la pérdida de la chance juega en el campo de la hipótesis, aunque diversos autores creen que esta figura se puede equiparar o relacionar con el daño moral⁷².

68 En este sentido, LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, n. 288, 2005, p. 5: “así, entre otras consideraciones, se ha argumentado que contradice radicalmente los principios que rigen el ordenamiento jurídico español y, en particular, la obligación de reparación íntegra del daño del art. 1902 CC, que lleva a rechazar cualquier principio de responsabilidad parcial. También, que es un hecho completamente arbitrario pretender aislar como un daño intermedio la pérdida de oportunidad, dado que lo que en realidad se pretende es regular la reparación del perjuicio final. A la postre, se afirma que esta doctrina abre la puerta a la indemnización sistemática en la responsabilidad civil médico-sanitaria”.

69 BERROCAL LANZAROT, A. I., A propósito de la responsabilidad civil médica..., op. cit., p. 42.

70 LUNA YERGA, A., Oportunidades perdidas..., op. cit., p. 6.

71 GALLARDO CASTILLO, M. J., Causalidad probabilística..., op. cit., p. 60.

72 Valgan como muestra los siguientes: VICANDI MARTÍNEZ que considera que “la pérdida de oportunidad abarca un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual”. VICANDI MARTÍNEZ,

En este trabajo se considera acertada la línea de opinión planteada por GALLARDO CASTILLO⁷³. Ello se justifica porque la cuantificación económica de la pérdida de oportunidad oscila en una escala que va desde la concesión de la totalidad del valor equivalente del bien o derecho reclamado hasta la negación total⁷⁴. En este sentido, el perjudicado tendrá que hallarse en una situación jurídica o fáctica idónea para que se le reconozca el derecho a ser indemnizado a raíz de una responsabilidad médica por pérdida de oportunidad⁷⁵, pues, de forma contraria, se considerará que la privación o pérdida de expectativas no ha sucedido.

Empero, en la práctica la jurisprudencia entiende que procede subsumir⁷⁶ la pérdida de oportunidad dentro del daño moral con el loable fin de que los daños patrimoniales que puedan presumirse existentes no se queden sin indemnizar porque falte una prueba acabada⁷⁷. Desde esta perspectiva, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2009 señala que la pérdida de oportunidad se equipara con el daño moral, que es el perjuicio indemnizable, en cuanto se frustra en cierta medida una alternativa de actuación o tratamiento⁷⁸.

A., La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil..., op. cit., p. 23; ALBANÉS MEMBRILLO, que opina que el daño moral es uno de los daños potenciales de la pérdida de oportunidad. ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp. 1-2.; ARCOS VIEIRA y XIOL RÍOS, que de forma coincidente consideran que el daño moral puede ser entendido como un perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad, sin que sea posible equipararlos. ARCOS VIERIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thompson - Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55. XIOL RÍOS, J. A., *El daño moral y la pérdida de oportunidad...* op. cit., p. 14.

73 Esta misma línea de opinión, aunque referida al ámbito de la responsabilidad civil del abogado, NAVARRO MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO afirman que es diferente el daño moral que supone la pérdida del derecho de tutela judicial efectiva de la pérdida de oportunidad como daño patrimonial. NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de Daños, Civitas*, Madrid, 2014, p. 137.

74 STS (Sala 1ª) 801/2006, de 27 de julio, FJ séptimo, RJ 2006\6548 (Aranzadi).

75 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 59.

76 Se refiere a la pérdida de oportunidad como daño moral la STS (Sala 3ª) RC núm. 4981/2011, de 27 de noviembre de 2012, RJ 2013\435 (Aranzadi).

77 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 60.

78 STS (Sala 3ª) RC núm. 1593/2008, de 24 de noviembre de 2012, RJ 2009\8082 (Aranzadi)

En cuanto al lucro cesante, se busca indemnizar el daño que se produce en el patrimonio del damnificado (daño patrimonial) cuando se le priva de determinados ingresos a los que tiene derecho, por el acaecimiento del hecho dañino. En relación a este supuesto existe convicción o certeza de que la realización del hecho dañoso va a frustrar la posibilidad de la obtención de determinadas ganancias futuras, por lo que para cuantificar el resarcimiento se valorará la pérdida de la chance por sí sola⁷⁹.

En definitiva, el lucro cesante es un perjuicio que aparece por la privación de unos ingresos futuros, mientras que en los casos de pérdida de oportunidad el daño se ocasiona por la

privación de una oportunidad real, cierta y actual. En cuanto a la acreditación de la prueba también hay diferencias entre el lucro cesante y la pérdida de la chance. En el caso de pretender una indemnización por lucro cesante el damnificado debe de probar la existencia y cuantificación de las ganancias que ha dejado de ingresar; en cambio, no le será exigible al perjudicado por la pérdida de oportunidad acreditar con total certeza que si no se hubiera producido el hecho perjudicial se habrían conseguido unas determinadas expectativas de sanación o mejoría.

La conclusión de GALLARDO CASTILLO⁸⁰ es que la pérdida de expectativas u oportunidades se debe encuadrar como un daño emergente⁸¹.

En relación a la abundante literatura y desarrollo doctrinal sobre este tema, se pueden encontrar pocas resoluciones judiciales que argumenten suficientemente y de manera detallada

79 Es ilustrativa la STS (Sala 1ª) 967/2008, de 23 de octubre, FJ cuarto, RJ 2008\5792 (Aranzadi): "La frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño cierto en sí mismo. Hay certidumbre del perjuicio que supone la misma oportunidad perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor certidumbre de probabilidad de éxito de la expectativa. El resultado de ésta es verdaderamente futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, este daño eventual adolecerá o no de naturaleza pecuniaria pero la pérdida de oportunidad en cuanto tal, como hecho, puede ser fuente tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales".

80 GALLARDO CASTILLO, M. J., Causalidad probabilística..., op. cit., p. 63.

81 En la misma línea de opinión se encuentran NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., Derecho de Daños..., op. cit., pp. 134-138.



qué reglas han seguido para determinar la indemnización, fijada muchas veces en una cantidad a tanto alzado. En este contexto es muy esclarecedor el análisis pormenorizado de las resoluciones judiciales por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la Sanidad pública realizado por BENITO LEÓN *et al*⁸², en el que se recoge que, de las 90 sentencias condenatorias analizadas, el 85,6% de los casos se indemnizaron con una cantidad a tanto alzado justificada exclusivamente por el criterio personal del juzgador. En un escaso 4,4% se aplica por analogía el Baremo utilizado para la valoración de daños en accidentes de circulación (como se expuso anteriormente, puede utilizarse de forma orientativa a falta de uno específico sanitario). En el 8,9% que resta se indemniza al paciente según las posibilidades de curación, en aplicación la teoría de la probabilidad estadística. En la práctica este despropósito no es exclusivo de este tipo de casos, denunciándose por muchos autores y juristas que la aplicación actual de la pérdida de oportunidad está llevando tanto al paciente perjudicado como al profesional sanitario al campo de la inseguridad jurídica.

No obstante, hay que tener en cuenta que los jueces y tribunales tiene la difícil y compleja tarea, en estos supuestos de pérdida de la chance, de resolver jurídicamente interrogantes que la ciencia médica aún no ha resuelto, siendo de agradecer su esfuerzo por intentar motivar sus respuestas; existe una gran dificultad en el cálculo de porcentajes de probabilidad estadística sobre la posible curación y en valorar en términos económicos las oportunidades y expectativas malogradas.

A veces, curiosamente, resulta que los tribunales argumentan con detalle las razones y motivos por los que han aplicado la doctrina de la pérdida de la oportunidad, pero, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, no explican cuál ha sido el cálculo que los ha llevado a ese montante. Desde esta perspectiva interesa comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018⁸³, cuyo razonamiento respecto de un caso de tardanza en el diagnóstico de una patología cerebral estriba en que la incidencia por el retraso en el examen del médico era de poca entidad en relación con las secuelas finales reclamadas por el perjudicado, por lo que habría que cuantificar la indemnización teniendo en cuenta el grado de probabili-

dad de haber evitado esas secuelas si no hubiera mediado la mala praxis; por ello, se fijó la indemnización en una cantidad a mano alzada, muy alejada de la cuantía demandada. El Alto Tribunal argumentó lo siguiente en el Fundamento de Derecho Décimo:

“En otros términos, según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la pérdida de oportunidad y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades. Pero, en todo caso, con arreglo a esta doctrina no cabría llegar a la reparación integral del daño infligido.”

Siguiendo con la misma Sentencia de 20 de marzo, alega el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Undécimo, que cuantifica la indemnización valorando todas las circunstancias subjetivas y objetivas del caso, como son la edad de la enferma, la sucesión de los hechos, las perspectivas de curación, y la posibilidad perdida (y el porcentaje de probabilidad) de curación o mejora si no hubiese retrasado el diagnóstico. Pero, curiosamente, termina valorando ese *quantum* en el 5% de los daños reclamados, cantidad que no coincide con el porcentaje de probabilidad estadística de la oportunidad perdida:

“Tal perspectiva, considerando el retraso diagnóstico identificado y las posibilidades de menores complicaciones en la intervención endoscópica de haber sido realizada con anterioridad, con el consiguiente incremento del padecimiento de la actora y el riesgo de las posibles complicaciones a la postre concretadas, pese a la práctica correcta de la intervención endoscópica, posibilitan, considerando la fecha de nacimiento de la actora y las restantes circunstancias objetivas y subjetivas del caso, el establecimiento de una indemnización en favor de aquella que considere tales extremos, debiendo quedar particularizada la misma en 40.000 euros, en atención al decurso de los hechos anteriores y posteriores a la intervención quirúrgica, y, en fin, atendido el grado de probabilidad anudado a que tal decurso fáctico pudiese asimismo haber derivado, no obstante haberse seguido una actuación médica más anticipada. Tal cuantía, en fin, (a relacionar con todas las partidas indem-

82 SARDINERO GARCÍA y otros (2016): pp. 30-34.

83 STS, Sala 3ª, núm. 462/2018; rec. 2820/2016; ECLI:ES:TS:2018:1096

nizatorias pretendidas en la demanda) se entiende convenientemente actualizada por todos los conceptos a la fecha del dictado de la presente sentencia.”

5.2. Requisitos para considerar indemnizable la pérdida de oportunidad

Para ser aplicada la doctrina de la pérdida de oportunidad por los tribunales, y poder apreciar la indemnización por la “loss of chance”, se tiene que acreditar, tanto la posibilidad de conseguir un beneficio o ventaja real sin una intervención antijurídica del sanitario, como que la misma sea altamente probable. En Derecho comparado hay dos escenarios que responden a cuál es el tanto por ciento de probabilidad que se considera autorizado o suficiente, y a qué nivel de incertidumbre se entiende que es posible la pérdida de oportunidad:

- Derecho continental, en el que se toma en consideración un intervalo cuyos extremos son:

- UMBRAL DE CERTEZA, o límite superior situado en torno al 80 % de probabilidad, a partir del cual la actuación médico-sanitaria se considera como un supuesto de mala praxis, no siendo admisible la pérdida de oportunidades.

- UMBRAL DE SERIEDAD, o límite inferior, que Bénavent, entre otros autores (dicho umbral no es un concepto pacífico para la doctrina), lo sitúa entre el 15 o el 20 % de probabilidad⁸⁴. En la práctica cada caso se estudia de forma individual según la información y documentación puesta a disposición del tribunal.

- Common Law, en el que se aplica el principio “more probable than not” (“lo más probable es que no”), para el cual si el nivel de probabilidad supera el 50 % se admite que la actuación del agente sanitario ha provocado el daño.

Son necesarios los siguientes requisitos para poder admitir la pérdida de oportunidad como un daño con derecho a indemnización:

1. Tiene que darse un nivel de probabilidad cualificada o suficiente⁸⁵ en cuanto a la po-

sibilidad de un resultado más beneficioso para el paciente si el agente no hubiera cometido el error. Se denomina COEFICIENTE DE PROBABILIDAD, e implica que cuanto mayor sea el tanto por ciento, mayor será la chance perdida.

2. El daño no debe basarse en conjeturas, presunciones o hipótesis cuya probabilidad de ocurrencia no consiga superar el meritaldo umbral de seriedad; tiene que presentar un mínimo de certeza.

3. El resultado dañoso debe tener un origen antijurídico, siendo consecuencia de la infracción por el agente del protocolo sanitario establecido o *lex artis ad hoc*.

5.3. Valoración de la indemnización por la pérdida de oportunidad

Como ya se ha explicado, cuando se acredita una pérdida de oportunidad, no hay obligación de indemnizar por la totalidad de los daños causados, pues, según se ha pronunciado al respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2012⁸⁶, es suficiente cierta probabilidad de que la actuación del facultativo pudiera evitar el daño para que se cuantifique la indemnización por una cantidad que de forma estimada tenga en cuenta esa pérdida de posibilidades de curación o mejoría que el paciente sufrió como consecuencia del diagnóstico tardío o erróneo de su enfermedad (no se cifrará por la totalidad de los daños sufridos). Todo ello se motiva porque: a) quedan excluidos los riesgos típicos de las dolencias y enfermedades que padezca el paciente⁸⁷; b) como se ha señalado, es imposible asegurar que todos los pacientes se van a curar o, al menos, mejorar, por lo que no siempre se podrá saber cuál habría sido el resultado final verdadero ni si se habría podido evitar. Como afirma LUNA YERGA, será la oportunidad perdida de supervivencia o curación debido a la actuación médico-sanitaria, poniéndola en relación con la experiencia común (daño intermedio)⁸⁸, la que constituya el perjuicio oca-

86 STS (Sala 3ª) RC núm. 579/2011, de 19 de junio de 2012, RJ 2012\8064 (Aranzadi).

87 GALLARDO CASTILLO, M. J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, Revista Aragonesa de Administración pública, núm. 45-46, 2015, p. 58.

88 Coincide con GALLARDO CASTILLO, que también considera que el daño a indemnizar es un daño intermedio: “la pérdida de oportunidad de curación o de mejoría según la experiencia, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado de convertirse en cierta, y el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad de

84 XIOL RIOS (2010): p. 22.

85 Según se indicó anteriormente, entre un 20% y un 80% de probabilidad.

sionado al paciente, no los daños totales que se le hayan producido (daño final) que no facilitan el establecimiento de la relación de causalidad⁸⁹.

Para determinar la cuantía resarcitoria los Tribunales tendrán que realizar un cálculo de probabilidades a posteriori⁹⁰, es decir, necesitarán conocer las posibilidades de curación o mejora del enfermo para así poder saber si existe una pérdida de oportunidad, y necesitarán también investigar y determinar el porcentaje de probabilidad de poderse evitar el perjuicio del paciente si la actuación del facultativo no hubiese sido contraria a la *lex artis ad hoc*. Considera GALLARDO CASTILLO⁹¹ que para ello hay que considerar que la responsabilidad por la pérdida de oportunidad obliga a que se demuestre que el paciente presentaba unas condiciones y circunstancias realmente adecuadas para lograr esa situación de ventaja que se perdió, sin olvidar que cuanto más probable fuera la posibilidad de evitar el daño, más lo será la causalidad, y mayor será la probabilidad de la existencia de la oportunidad perdida (y viceversa). Si el juzgador concluye que era probable la posibilidad de que se hubiera concretado la situación favorable para el perjudicado, podrá determinar que la pérdida de oportunidad merece una indemnización⁹².

Además, como se mencionó con anterioridad, la cuantía de la indemnización en el supuesto de la pérdida de oportunidad será inferior a la que se tendría derecho si se hubiese probado con certeza total el nexo causal y el daño se hubiera causado en su totalidad⁹³. Así se constata en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de enero de 2013⁹⁴, en la que el tribunal se atiene a la sentencia apelada que, analógica y prudentemente, utiliza los criterios marcados por el Baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación para cuantificar la indemnización, adoptando una rebaja importante y equitativa en función de las concretas circunstancias del

producirse". GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, OP. cit., p. 58.

89 LUNA YERGA, A., *Oportunidades perdidas...*, op. cit., p. 4.

90 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 58.

91 *Ibíd.*

92 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 63.

93 GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 64.

94 STSJ de Galicia de 16 de enero, JUR 2013\47368.

supuesto, propia de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.

En definitiva, para el cómputo de la cuantía indemnizatoria se deberá investigar y tener en cuenta el grado de probabilidad estadística de curación o mejoría que habría tenido el perjudicado si la actuación del médico hubiera sido correcta⁹⁵, condicionado todo ello a que en la práctica sanitaria no se puede garantizar al cien por cien la curación o mejoría del enfermo, incluso utilizándose todos los conocimientos y medios que la ciencia médica ofrezca en cada momento temporal.

En los supuestos en que no se presente una prueba pericial que determine el porcentaje de probabilidad cuantitativa⁹⁶ de haber obtenido un resultado más ventajoso, los criterios de valoración y fijación de la indemnización dependerán del arbitrio del juzgador. A este respecto, se puede citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2023⁹⁷, en la que se explica detalladamente la teoría de la pérdida de oportunidad, se motiva su aplicación al caso concreto y, finalmente, se fija un monto indemnizatorio a tanto alzado:

“Al alcance de la indemnización también se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 y 19 de junio, 27 de noviembre y 3 de diciembre de 2012, en el sentido de que la privación de determinadas expectativas de curación o de supervivencia 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. (...) La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el grave cuadro. De otra parte, es

95 MARTÍNEZ, P., “Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria”, Pedro Martínez Abogado, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidad-sanitaria/>).

96 La probabilidad cuantitativa es aquella que puede medirse numéricamente; por el contrario, las variables cualitativas son aquellas que no pueden medirse en términos numéricos, como son las categorías o características.

97 STSJ M núm. 428/2023, rec. 422/2020; ECLI:ES:TSJM:2023:9351

sabido que, en materia de responsabilidad patrimonial, la doctrina jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997) no excluye la utilización de algún baremo objetivo, aunque su utilización no es vinculante. Sin embargo, en el supuesto de autos, consideramos conveniente no tomar como referencia ningún baremo concreto, pero sí valorar globalmente las circunstancias concurrentes en el caso. En el caso presente la Sala estima adecuado indemnizar a la demandante, pero al no estar acreditadas todas las secuelas traumáticas que se alegan como padecidas por doña Lucía y sus reales dolores y limitaciones funcionales... se considera más adecuado fijar esa cuantía de indemnización omnicomprensiva en 30.000 euros por las únicas secuelas que acepta la Sala como acreditadas y que arrojan un total de 30.000 euros.”

En este caso se tenía la certeza de que podía haber una probable mejoría, pero no se disponía de ninguna prueba científico-médica que especificara el tanto por ciento de incertidumbre, así que solo se podía calcular la indemnización según criterio del juzgador.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de mayo de 2023⁹⁸ va a establecer la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta el tanto por ciento que se ha establecido mediante prueba pericial, al contrario que en el supuesto anterior; la esposa del paciente reclama en este caso una determinada indemnización debido a que, incumpliendo los protocolos de tiempo establecidos, se le atendió demasiado tarde por los sanitarios, lo que derivó en dos infartos de miocardio que le llevaron a la muerte. Basándose en el informe pericial el tribunal consideró que, aunque la probabilidad de que el paciente habría fallecido de todas formas teniendo en cuenta el cuadro médico que presentaba era del 38 %, se debía rebajar esa posibilidad a la mitad por la mala praxis de la administración sanitaria, aplicándole entonces un factor de corrección del 19 % al *quantum* indemnizatorio establecido en Sentencia (o, lo que es lo mismo, se sitúa la pérdida de oportunidad en un 81 %).

En este segundo supuesto se llega a presentar un informe pericial plenamente válido que valora en un 38% la probabilidad de fallecimiento en caso de no que no se hubiera actua-

do incorrectamente; tanto por ciento que el Tribunal ajustó teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y en aplicación de las reglas de la sana crítica. Es ésta una Sentencia muy completa que, con carácter orientativo, utiliza el Baremo de daños en accidentes de circulación para fundamentar la procedencia de la cuantía indemnizatoria:

“Diferente conclusión llegamos en cuanto a la motivación del montante indemnizatorio fijado en la sentencia de instancia. (...). Entiende la apelante que yerra la Magistrada puesto que el propio perito médico de la actora en su dictamen manifestó textualmente que “...la mortalidad de un IAM con bloqueo completo de raíz izquierda, no conocido previamente y en situación de edema agudo de pulmón (IAM Killip III) como el que presentaba el paciente era muy elevada, de un 38%”. Tal manifestación del citado perito del 38% de mortalidad no puede ser obviado al igual que tampoco la reiteración en la infracción de la “lex artis” “ut supra” referenciada, dato éste que provoca minorar este Tribunal el citado factor de corrección, pasando del 38% al 19% que es la mitad de aquél motivado por tales incumplimientos reiterados; de esta forma, este Tribunal entiende que una indemnización ajustada a Derecho por las circunstancias de caso antes descritas y motivadas sería de 100.000 euros, a la que si restamos el 19% de factor de corrección aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad, daría un resultado total indemnizatorio de 81.000 euros. Asimismo la resolución de la Dirección General de Seguros de 5-3-14 vigente en la época de autos, pese a no ser vinculante y sí orientativo, establece como indemnización a favor del cónyuge, la aquí recurrente, cuando la víctima es de entre 66 y 80 años (recordar que el sr Virgilio , finado, tenía 76 años en el momento de los hechos), le corresponde una cantidad de 86.276,40 euros, por lo que la cantidad fijada por este Tribunal de 81.000 euros consideramos razonable y proporcional atendidas las circunstancias del caso de autos.”

VI. CONCLUSIONES

En el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria se introdujo la figura de la pérdida de oportunidad con el objetivo de dar respuesta a la aplicación universal de la regla del todo o nada (certeza absoluta de la relación de causalidad) que hasta el momento se utilizaba, bus-

98 STSJ CAT núm. 1992/2023; rec. 171/2021; ECLI:ES:TSJCAT:2023:4318

cando la flexibilización de los requisitos probatorios en situaciones de incertidumbre causal intermedia, siendo su recepción y aceptación escéptica y lenta tanto por parte de los Jueces como de la Doctrina (varios autores siguen cuestionando la procedencia de su utilización); no obstante, en la realidad actual, la pérdida de la chance, además de estar cobrando una mayor importancia y preferencia (se observa un aumento del número de resoluciones que se refieren a la “pérdida de oportunidad”, ya sea para su admisión o su inadmisión), ha pasado a ser considerada un daño de naturaleza autónoma, individualmente indemnizable.

Aunque en este ámbito no se puede saber con total certeza si la actuación de un profesional sanitario –por acción u omisión– ocasionó el daño al paciente, sí se puede saber mediante la pérdida de oportunidad que si hubiera sido diferente la actuación (según la *lex artis ad hoc*), habría existido la posibilidad cierta y real para el perjudicado de conseguir una curación o mejoría de su estado de salud. En conclusión, hay certeza en cuanto a que se le ha privado a un paciente de la oportunidad o expectativa de mejorar o curarse por una causa ajena a él, pero hay incertidumbre en cuanto al éxito de aquella oportunidad.

A la hora de valorarlo, el perjuicio ocasionado por la pérdida de la chance no se va a considerar un menoscabo final sino un daño intermedio, pues lo que se va a investigar es la actividad médica desplegada y juzgada según la *lex artis ad hoc*, no la totalidad de los daños causados. En definitiva, lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad en sí misma y no el daño final. Por este motivo, a la indemnización por causa de la pérdida de oportunidad le corresponde un montante inferior al que podría corresponder si se hubiese probado con absoluta certeza la relación de causalidad, y según el porcentaje de posibilidades de curación o mejoría que el paciente tendría de haberse actuado de forma correcta.

La aplicación práctica de la pérdida de oportunidad en el caso concreto implica analizar y valorar desde la óptica médico-científica de ese momento el nivel o porcentaje de incertidumbre particular, lo que conlleva la gran dificultad de que un juez con nulos conocimientos técnicos en medicina tiene que realizar dicho análisis, sin olvidar que, en demasiadas ocasiones, ni siquiera los profesionales de la salud pueden resolver esa cuestión.

Que los jueces y tribunales acepten de forma positiva la aplicación práctica de la pérdida

de oportunidad no obsta para que, a la hora de fijar la indemnización, surjan importantes dificultades para el cálculo de su cuantificación económica. Se han planteado diversas soluciones resarcitorias para este problema, produciéndose una situación de cierta inseguridad jurídica a raíz de esta falta de homogeneidad en cuanto a los criterios indemnizatorios a aplicar con carácter general.

Algunos elementos ha establecido el Tribunal Supremo para que se admita la pérdida de oportunidad, destacando los siguientes por ser imprescindibles y necesarios: a) nexo causal entre el daño provocado al paciente que no tiene el deber de soportar y la actuación médica dañina; b) incertidumbre respecto a si las consecuencias habrían sido otras si se hubiera actuado de manera diferente; c) la actuación médica puesta en cuestión consistirá en una omisión, error, o tardanza excesiva a la hora del despliegue asistencial o terapéutico; d) por culpa de dicha actuación del facultativo el paciente pierde la posibilidad de mejoría o curación; e) no se puede obviar que no existe un derecho a que los médicos curen y salven a todos los pacientes que acuden a ellos; f) la asistencia sanitaria se tiene que acomodar al estado de la ciencia médica, tanto a los conocimientos como a los medios disponibles en cada momento, lo que no obsta para que se garantice que todos los pacientes recibirán una asistencia médica adecuada y diligente.

La naturaleza circunstancial de la pérdida de oportunidad conlleva que, cuando se valore en cada caso concreto su existencia y magnitud, se tendrá en cuenta la *lex artis ad hoc* para determinar si la actuación médica fue correctamente ejecutada y adecuada a la técnica normal o media esperada, según las posibilidades que el estado de la ciencia médica facilita a los facultativos.

Hay que resaltar el importante papel que juega la prueba pericial a la hora de aplicar los jueces en el proceso la pérdida de oportunidad asistencial o terapéutica. El informe o dictamen científico del perito y experto sanitario es vital para la aplicación correcta de esta figura, y así poder fijar los criterios indemnizatorios en función del cálculo de la probabilidad real de haber podido conseguir una ventaja. Sin esa pericia el juzgador tendrá que dar respuesta jurídica a una cuestión científica compleja que en ese momento no tiene solución técnico-pericial alguna.

No obstante, y véase como una crítica constructiva de la realidad judicial respecto de la

“loss of chance”, hay que recordar que en la mayoría de las sentencias analizadas la cuantía de las indemnizaciones se ha fijado señalando el tribunal o el juzgador de instancia un determinado importe a tanto alzado, situando de nuevo la cuestión resarcitoria en un escenario de inseguridad jurídica. En línea con esto, según se constata del estudio de las resoluciones judiciales, en los supuestos de pérdida de oportunidad por defecto o vicio en el consentimiento informado, los cuales suponen el mayor número de reclamaciones por negligencias de los profesionales sanitarios, el nivel de inseguridad jurídica supera al que se tiene en los casos de la pérdida de oportunidad asistencial.

Parte de la doctrina ha aceptado que se indemnice como daño moral la infracción que comete el sanitario respecto del consentimiento informado cuando no informa al paciente o lo hace defectuosamente, aunque la jurisprudencia no es uniforme. Para evitar esta incertidumbre y posible indefensión jurídica se aconseja que el legislador establezca un baremo sanitario mediante el cual quede claro el criterio a seguir por jueces y tribunales a la hora de resolver y calcular la cuantía de la indemnización en los supuestos de defectos o vicios del

consentimiento informado, homogeneizando el sistema y disminuyendo esa inseguridad jurídica.

A la hora de establecer la naturaleza de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en general, existiendo controversia doctrinal y, a pesar de que el daño ocasionado sea considerado por el Tribunal Supremo como un daño moral, se entiende que lo más correcto sería calificarla como un daño emergente.

Como conclusión final, sin olvidar que la doctrina de la pérdida de oportunidad ha permitido avanzar en el enjuiciamiento y acceso a indemnizaciones por negligencias médicas que, de otra forma, eran negadas, se recomienda disminuir la complejidad de los procedimientos a aplicar en este tipo de supuestos. También sería deseable que el Tribunal Supremo (o el Legislador) estableciera claramente los criterios y elementos que permitan determinar la existencia de la pérdida de oportunidad, la cuantificación de la indemnización del daño provocado por esa pérdida de la chance, y, además, acabar con la inseguridad jurídica y dar sustento normativo a la doctrina.



BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS VIERIRA, M. L., Responsabilidad Civil: Nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia, Thompson - Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ALBANÉS MEMBRILLO, A., "La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 331, 1998.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado", Revista de la Escuela de Medicina Legal, 2011.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad"; artículo publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 45-46. (2015).
- GEORGIU, N., MORGAN, R.M., y FRENCH, J.C., "Conceptualising, evaluating and communicating uncertainty in forensic sciences: Identifying commonly used tools through an interdisciplinary configurative review", ELSEVIER, Londres, (2020).
- KHOURY, Laura (2006): "Uncertain Causation in Medical Liability", Hart Publishing, Oregón, USA.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño, Atelier, Barcelona, 2022.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., "El daño por falta de Consentimiento Informado en el ámbito sanitario". Revista RC INESE Año 58 / Nº8 / Sep. 2022.
- LUNA MALDONADO, A. y REPRESAS VÁZQUEZ, C., "Causalidad en Medicina Legal" en CALABAUIG, Gisbert "Medicina Legal y Toxicología"; ELSEVIER, Barcelona, 2019.
- LUNA YERGA, A., "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria", Indret, n. 288.
- MARTÍNEZ, P., "Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria", Pedro Martínez Abogado, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidadsanitaria/>)
- MEDINA ALCOZ, L., "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 30. 2009.
- MEDINA ALCOZ, L., "La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal", Civitas, Madrid, 2018.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. y VEIGA COPO, A.B., Derecho de Daños, Civitas, Madrid, 2014.
- "Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad", Atlas, (disponible en <https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-deoportunidad>)
- SARDINERO GARCÍA, C., SANTIAGO SAEZ, A., BRAVO LLATAS, M.C., PEREA PÉREZ, B., ALBARRÁN JUAN, M.E., LABAJO GONZÁLEZ, E. y BENITO LEÓN, J. (2016): "Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española" en Gaceta Sanitaria, núm. 31.
- The EALM Working Group on Medical Malpractice (2013): "Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods of Ascertainment and Criteria Evaluation", Berlín, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable", Dialnet, vol. 25, n. 2, 2015.
- XIOL RÍOS, J.A., "El daño moral y la pérdida de oportunidad", Revista jurídica de Catalunya, vol. 1, núm. 109, 2010.
- XIOL RÍOS, J.A., "El consentimiento informado", artículo publicado en Revista española de la función consultiva, núm. 16, 2011.
- XIOL RÍOS, J.A., "La pérdida de oportunidad como concepto indemnizable. Criterios para su estimación y valoración", en XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona, 2023.