CAUSALIDAD PROBILÍSTICA, INCERTUMBRE CAUSAL Y RESPONSABILIDAD SANITARIA: LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD(*)

María Jesús Gallardo Castillo

SUMARIO: *I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.– II. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CUESTIÓN DEL «DAÑO» INDEMNIZABLE Y LA PRETENDIDA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.– III. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: 1. Error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales: la doctrina del wrongful birth o wrongful life (nacimiento injusto o vida injusta). 2. Retraso y error en el diagnóstico. 3. Ausencia de consentimiento informado.– IV. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: 1. La naturaleza de la indemnización por pérdida de oportunidad. A) La pérdida de oportunidad no es un daño moral. B) La pérdida de oportunidad no es lucro cesante. 2. La cuantificación del daño.– V. BIBLIOGRAFÍA.*

RESUMEN: La llamada doctrina de «la pérdida de oportunidad» o «pérdida de la chance», de creación doctrinal y jurisprudencial, ha contribuido a aminorar las carencias existentes en materia de indemnización ante los supuestos en que no existe certidumbre del resultado final en caso de no haber mediado mala praxis. Sin embargo, son muchos los aspectos que carecen de respuesta: cuál es el daño y cuál es su naturaleza, si se requiere o no relación de causalidad entre la actuación u omisión del profesional médico y el daño producido así como su posible cuantificación. Por ello el objetivo de este trabajo es clarificar estos aspectos y hacerlo a la luz de las aportaciones doctrinales más relevantes y de la reciente jurisprudencia.

Palabras clave: responsabilidad profesional médica; pérdida de oportunidad; mala praxis; cuantificación del daño.

ABSTRACT: The doctrinal and jurisprudential reation of the «loss of a chance» concept has helped mitigate the existing shortcomings regarding compensation of defects of praxis cases where there is uncertainty of the final result if not been for malpractice. However, many aspects lacking answer: what is the damage and what is its nature, if required or no causal link between the act or omission of healthcare and damage and

(*) Trabajo recibido en esta Revista el 15 de octubre de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de octubre de 2015.

its possible quantification. Therefore the aim of this paper is to clarify these issues and do so in light of the most important doctrinal contributions and recent case law.

Key words: medical liability; loss of a chance; malpractice; compensation payouts.

I. APROXIMACION AL CONCEPTO

Como es bien sabido, las expresiones «oportunidad» o «chance» son términos alusivos a la idea de «probabilidad» o «expectativa», siendo su denominador común la posibilidad de que un sujeto parta de una situación en la que ostenta la posibilidad —igualmente probable pero también igualmente incierta— de obtener el aumento de un beneficio o la disminución de un perjuicio. Por ello, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de la concurrencia de un comportamiento antijurídico realizado por un tercero distinto a la propia víctima que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de tal forma que consigue frustrar aquellas expectativas. Ello en el bien entendido de que, de una parte, las posibilidades han de contar con cierta solvencia o seriedad, esto es, que no sean demasiado hipotéticas, y, de otra, la frustración o pérdida ha de referirse derechamente a la oportunidad misma y nunca a su objeto, cual es la ventaja que se esperaba conseguir. A *sensu contrario*, las probabilidades especialmente inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido. En consecuencia, ha de tratarse de una situación potencial —y, en este sentido, hipotética e incierta— pero rodeada de unas características de idoneidad de alcanzar el resultado pretendido.

Pero jurídicamente la doctrina de la pérdida de oportunidad es más que eso: se trata de un mecanismo de facilitación probatoria, en donde existiendo incertidumbre causal y pese a no existir una conexión directa entre la acción u omisión y la producción del daño se atribuye a la actuación de un tercero la privación a la víctima de las expectativas con que contaba. Esta distribución dinámica de la carga de la prueba, como es bien sabido, reparte la necesidad de probar los hechos relevantes en el proceso de manera no preestablecida e inflexible, de tal modo que podrá determinarse en cada momento del proceso quién está en mejores condiciones de probar tal o cual extremo de los hechos, lo que permite corregir el desequilibrio en el cual suele encontrarse la víctima en estos casos. Los Tribunales no son ajenos a esta realidad y, por ello, en estas circunstancias va abriéndose camino la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se corra el riesgo de dejarla indefensa por la dificultad de cumplir en su rigor con las exigencias probatorias.

Si trasladamos estas consideraciones al ámbito sanitario podemos afirmar que el paciente no estaría cubierto por todas las exigencias del *onus probandi* que, en principio, habría de corresponderle, sino sólo por aquellos elementos fácticos sobre los que le es posible alcanzar un nexo de probabilidad que le permite conectar el hecho acontecido con la presunción de incumplimiento de la *lex artis* o bien de la relación de causalidad, lo que no constituye óbice para obtener un resultado estimatorio de su pretensión indemnizatoria. Y ello es así porque, al igual que el resto de los mecanismos paliativos de la carga de la prueba en la reclamación por daños, el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad viene auspiciado, en aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato*, por una suerte de justicia material en aquellos casos en que se deduce que la víctima ha sufrido un daño que no debía soportar en relación con la situación inicial de la que partía. Pero, insisto, esta afirmación no se desprende de una relación causal completa y acabada en sus primigenias y rigurosas exigencias, sino más bien por un razonamiento a *sensu contrario*, entre «el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño». Por ello se afirma que «esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción» (1), lo que, desde luego, no deja de ser un terreno peligroso, ya que es muy difícil señalar la frontera que separa el grado de aleatoriedad que se va a asumir en el contexto del daño reparable y el que no se puede aceptar porque afecta a la esencia de la realidad del daño (2). En consecuencia, el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta oportuno en los casos en que se ha producido un daño que es cierto pero que, al propio tiempo, no resulta descartable que se hubiera producido igualmente sin la irrupción de la acción u omisión de un tercero. Por eso, esta doctrina no deja de ser cuestionable en su aplicación práctica, ya que contradice un postulado básico del derecho de daños en el que se exige para incurrir en responsabilidad que alguien haya ocasionado el daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo (3). En el ámbito sanitario nos encontraríamos con esta situación cuando resulta probable que la acción u omisión del facultativo (por ejemplo, el error o el retraso en el diagnóstico) haya contribuido a la producción del daño; pero no pudiendo asegurarse tal aseveración sin género de duda, podría afirmarse, simultáneamente, que el daño se hubiera producido de igual forma pese a que se suprima del curso causal tales acciones u omisiones. En definitiva, es consustancial a la doctrina

(1) Luna Yerga, A. (2005: 4).

(2) Vicente Domingo, E. (2007: 260).

(3) Asensi Pallarés, E. (2013: p. 233).

de la pérdida de oportunidad la incertidumbre, el carácter aleatorio, lo incierto de la producción del daño y de su causación y, junto a ello, la probabilidad en forma de posibilidad cierta de haber podido obtener un resultado de no haberse producido aquella interferencia (4). La oportunidad o posibilidad de obtener un resultado no puede ser, por definición, nunca una certeza de conseguirlo. Y es que —aquí está el *quid* de la cuestión— lo esencial no es tanto el resultado final —aleatorio e incierto— como la certeza de haber perdido para siempre la posibilidad de incidir en él —en forma de beneficio o de disminución de perjuicio— y con ello, su desaparición del patrimonio (5) de la víctima en tanto que, tal y como se analizará después, no tendrá nueva oportunidad de obtenerlos. Se produce así una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Lo primero en cuanto que de no haber interferido en el curso causal de los acontecimientos la acción de un tercero, la víctima habría conservado la oportunidad o chance de obtener un beneficio o de evitar una pérdida o perjuicio. Lo segundo, en cuanto a que, aún sin la interferencia del tercero y, por tanto, aun manteniéndose incólume la situación, no puede garantizarse a ciencia cierta que el resultado final no se hubiera producido, puesto que, si así fuera, ya no estaríamos en presencia de una «pérdida de oportunidad» sino ante un supuesto de responsabilidad patrimonial con derecho a una indemnización plena.

De acuerdo con esta concepción «la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal», de manera que no deben catalogarse como «pérdida de *chance*» ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido

(4) Como bien afirma Trigo Represas, F.A. (1999), citado por Galán Cortés, J.C. (2005: p. 343), «la pérdida de oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimiento de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades».

(5) La cuestión no es baladí. Como bien afirman Osterling Paroldi, F. y Rebaza González, A. (2002: pp. 8 y 9), una vez generada la chance de acceder a un determinado beneficio patrimonial, dicha chance se incorpora como un activo del patrimonio del sujeto. Este activo tiene un valor, en cuanto es potencialmente susceptible de generar un beneficio futuro; de ahí que su destrucción por un hecho de tercero genere la obligación de indemnizar.

resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance (…) cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada» (6).

II. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CUESTIÓN DEL «DAÑO» INDEMNIZABLE Y LA PRETENDIDA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, una de las condiciones necesarias —aunque no suficiente— es el hallazgo del daño, entendido éste como todo detrimento patrimonial o menoscabo de todo interés que integra la esfera del actuar lícito de un sujeto. En los supuestos de pérdida de oportunidad, según lo que acaba de afirmarse, el daño es la «chance», la oportunidad misma, entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. Por tanto, el daño no aparece constituido por el resultado final (ej. empeoramiento de la salud) sino por la frustración misma de la esperanza probable (ej. de curación o de mejorar). En expresión de Trigo Represas (7), la oportunidad misma que se pierde es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad. Por ello, el daño no es la lesión finalmente producida sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar el resultado pretendido. Como afirma Zavala de González (8) «la pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que «esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el

(6) Cfr. Medina Alcoz, L. (2007: p. 88).
(7) Trigo Represas, F.A. (2008: p. 263).
(8) Zavala de González, M. (1990: p. 274)

punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado».

En consecuencia, la efectividad del daño se concreta en la certeza de la oportunidad con que se contaba de no haber interferido en ella el demandado, y junto a ello, la imposibilidad definitiva (9) de obtener en un futuro la situación de ventaja sobre la que se sustentaba la oportunidad que ha de darse por perdida. Esto es, «para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades» (10). Como bien afirma MEDINA ALCOZ, «la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente» (11). Dicho en otros términos: no se trata de una ventaja fundamentada en una simple esperanza, sino que ha de probarse que ya no es posible obtenerla. En este sentido, la pérdida de la oportunidad, para ser considerada como daño cierto, ha de ser un daño presente y no futuro.

La pérdida de oportunidad se configura así como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del defectuoso funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material resultante y correspondiente al hecho acaecido (empeoramiento de la enfermedad, agravación de sus condiciones o fallecimiento), sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que, por ello, en estos casos se convierte en el concepto indemnizable [STSJ de Galicia de 23 de enero de 2008 (12)].

---

(9) Este requisito es de pura lógica, pues si la situación no fuera irreversible y, por tanto, si cupiera la posibilidad de que en un futuro pudiera obtenerse el beneficio o la disminución del perjuicio que se pretendían, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, no resultaría resarcible, no ya sólo por esta circunstancia sino porque ni siquiera existiría el daño en el sentido más arriba expresado, esto es, no se habría perdido la oportunidad alguna.

(10) CAZEAUX, P. (1981: pp. 23 y 24).

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

(12) JUR 2008\356738; Recurso 732/2005.

Revista Aragonesa de Administración Pública
ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 35-66

Esta doctrina alude en su fundamento y espíritu a injustificadas omisiones en fase de diagnóstico de medios personales y materiales de que se disponga, cuando, sin poderse afirmar con categórica rotundidad que los sufrimientos innecesarios producidos, muerte o las secuelas irreversibles se hubieran podido evitar de haberse seguido protocolos más adecuados al estado de la ciencia a la sazón, sí se puede aseverar que se ha privado a aquél de posibilidades, expectativas u oportunidades efectivas de éxito al no instaurarse el adecuado y temporáneo tratamiento diagnóstico clínico o terapéutico [STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2006 (13)]. Obviamente en este caso el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad se revela factor determinante para el éxito de la reclamación y la cuantía indemnizatoria estará en función de que se hayan acatado o no los protocolos quirúrgicos o clínicos de aplicación, puesto que, de una parte, la indemnización habrá de acomodarse a las circunstancias de cada caso [STSJ de 14 de mayo de 2007 (14)] y de otra, es evidente que no se trata aquí de indemnizar el padecimiento que el paciente sufría al momento de reclamar atención médica, sino sólo y exclusivamente la privación de las posibilidades o expectativas de curación que se tenían en tal momento.

De la amplia —y casuística— Jurisprudencia dictada en aplicación de esta doctrina, cabe deducir los siguientes requisitos de cuya concurrencia depende en gran medida el éxito de la reclamación:

a) Que exista, de acuerdo con las máximas de experiencia, una probabilidad suficiente de mejora o de curación del padecimiento en el supuesto de haber recibido la adecuada asistencia sanitaria.

b) Que el daño se haya producido, es decir, que tenga carácter cierto, y no sea meramente eventual, hipotético, futuro o un mero temor a sufrirlo con posterioridad.

c) Que se haya producido una infracción de la *lex artis,* que evidencie *mala praxis* o actuación contra protocolo, bien de otros extremos, como pueda ser una sintomatología evidente e indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios, de tal forma que permita fundar una alta probabilidad causal con la disminución de las posibilidades de curación o de salvar la vida.

d) Que no exista relación causal entre la acción u omisión del facultativo y el resultado final producido, de tal forma que no pueda verificarse con certeza si dicho resultado se hubiera podido producir aunque no hubiera concurrido *mala praxis* del agente. En otros términos: ha de darse incertidumbre causal, en el bien entendido de que no

(13) JUR 2007\251072; Recurso 792/2002.

(14) JUR 2007\278672; Recurso 13/2004.

pueda acreditarse que de haber funcionado correctamente el servicio se habría logrado la curación o la mejoría del paciente, pero sí que contaba con una posibilidad seria y real de que así sucediera (15).

Algunos supuestos enjuiciados por nuestra Jurisprudencia contenciosa-administrativa son paradigmáticos de lo que se acaba de afirmar. En el proceso que dio lugar a la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2007 (16), la reclamante, que padecía miopía magna, se vio privada del tratamiento adecuado en el momento en que debió recibirlo, lo que provocó que la enfermedad progresara hasta el punto en que el tratamiento ya no tenía utilidad. Consecuencia de lo cual perdió prácticamente la visión útil del ojo, lo que, según queda acreditado en autos, se podía haber evitado en un alto porcentaje si se hubiera actuado correctamente. La sentencia reconoce que no es apreciable *mala praxis* pero sí una tardanza injustificada en aplicar el tratamiento correctamente prescrito, lo que no constituye «la causa de la pérdida de visión en el ojo izquierdo que padece —evolución natural de la enfermedad—, sino la pérdida de oportunidad de haber retrasado en el tiempo la escasa AV del ojo izquierdo que, en todo caso, acabaría padeciendo la demandante». La sentencia, no obstante, calificó la lesión sufrida por consecuencia de esa pérdida de oportunidad como daño moral (lo que, como después se razonará, no es acertado), al tratarse de una pérdida de expectativa, puesto que el resultado se hubiera producido igualmente, «si bien podría (tampoco era seguro) haberse retrasado en el tiempo».

Especialmente reveladora fue la STS de 7 de marzo de 2007 (17). Los hechos que dieron lugar a la misma son los siguientes: el paciente tenía 31 años y acudió al Centro de Salud aquejado de dolor de tórax y sin que este dolor se relacionara con ninguna lesión previa ni con esfuerzo físico alguno.

---

(15) En este sentido, afirma Garcés-Garro Ranz, M. (2014: pp. 7 y 8), que «al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una representación «ideal» de los acontecimientos: suponemos que el agente dañoso ha distorsionado el curso ordinario de las cosas, sin que se disponga de elementos de juicio con los que apreciar si la víctima, en cualquier caso, hubiera sufrido o no el daño. (...) De ahí que doctrinalmente para algunos la definición de pérdida de oportunidad pueda considerarse una «mentira técnica» ya que tradicionalmente venía a exigirse la exigencia de un nexo causal entre el hecho y el daño producido, de tal modo que sólo cabía hablar de una causalidad, con una cualidad de certera, como elemento esencial para la obtención de una indemnización, pero a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se abre la puerta a la incertidumbre causal como una vía posible a la obtención de un resarcimiento ya que la causalidad podría ser no certera, pero sí probable o posible: se trataría del supuesto clásico del retraso en una intervención médica en el que no podemos tener la seguridad, sin temor a error de que la muerte fuera consecuencia certera de dicho retraso, pero sí que podemos barajar tal circunstancia como posible o probable, sin que la ausencia de certeza excluya por tanto el deber de indemnizar».

(16) JUR 2008\102786; Recurso 1221/2004.

(17) RJ 2007\953; Recurso 5286/2003.

Realizado el reconocimiento, los facultativos no apreciaron patología alguna y dieron de alta al paciente, quien falleció consecuencia de un infarto de miocardio minutos antes al regresar a su domicilio. En este caso la pérdida de oportunidad vino dada por una obvia interpretación incorrecta del electrocardiograma, lo que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquél sufría y por el que había acudido al centro hospitalario. La sentencia permite el planteamiento de algunas cuestiones de interés. En primer lugar, ¿qué es lo reprochable en este caso?, ¿el fatal resultado o la indebida aplicación de medios para evitarlo? Obviamente lo segundo, por cuanto ello supuso una pérdida de oportunidad de evitar el fallecimiento. En segundo lugar, en relación a la carga de la prueba, la sentencia afirma que no corresponde a la reclamante (esposa del fallecido) probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito salvando la vida del paciente, puesto que obviamente nos movemos en el plano de las probabilidades y en el ámbito de medicina necesaria (también llamada asistencial o curativa) en que la obligación lo es de medios y no de resultado. El *quid* de la cuestión se encuentra, pues, precisamente en que los medios empleados no fueron los adecuados y que la mala praxis médica era evidente. Ante tal tesitura «hubiera incumbido a la Administración probar que con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el fatal desenlace por ser de todo punto inevitable, prueba que no se ha practicado en el caso de autos». Ello determinó el derecho a indemnización y ello con entera independencia de «que no se sepa en el presente caso cuáles hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento», si bien procede indemnizar no como erróneamente había afirmado el Tribunal *a quo* «por *una simple posibilidad*, sino por el efectivo fallecimiento».

Similar solución ofrece la STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2012 (18) que invoca expresamente el principio de facilidad probatoria afirmando que las exigencias del *onus probandi* han de moderarse en estos casos, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria. Y así, una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico —lo que, reconoce la sentencia, lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que los Servicios públicos sanitarios no adaptaron los medios a su alcance— y el nexo causal entre éste y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*, por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica.

(18) JUR 2012\227159.

III. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. Error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales: la doctrina del *wrongful birth o wrongful life* (nacimiento injusto o vida injusta)

Como bien es sabido, la acción *wrongful birth* es la que cabe ejercer por los progenitores de un niño nacido enfermo en reclamación de los daños relacionados con el hecho de tal nacimiento, mientras que la *wrongful life* es la que procede ejercitar al propio niño contra el médico en reclamación de los daños que le suponen el hecho de haber nacido en tales condiciones (19). En ambos casos —a diferencia de lo que ocurre en las acciones de *wrongful conception*—, existe voluntad de concebir, pero dicha voluntad carece de los elementos esenciales para formarse en tanto que se ha hecho sobre la premisa de un diagnóstico erróneo o la ausencia de diagnóstico, por lo que los progenitores se han visto privados de tomar la decisión informada antes del transcurso del plazo legalmente fijado para poder practicar el aborto eugenésico (20).

En cualquier caso, el daño corporal producido en estos casos no tiene causa en un funcionamiento anormal de la actuación médica como ocurre en los supuestos de daños al recién nacido en el curso de un parto por infracción de la *lex artis*. El *quid* de la cuestión en este caso es que el problema congénito no se ha detectado a tiempo para permitir decidir interrumpir voluntariamente el embarazo, o bien el facultativo ha emitido un diagnóstico acertado pero que no ha sido tempestivamente comunicado a los progenitores. En consecuencia, se parte de una *dispraxis* consistente en que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información sobre la anomalía que presenta el feto, o emite un diagnóstico erróneo sobre el *nasciturus*, o de los riesgos que amenazarían al *concepturus*, o bien emite una información a los progenitores sobre la inexistencia de riesgos (21).

Lo primero que hay que precisar en este ámbito es la falta de unanimidad en la doctrina en torno a la cuestión de si en estos casos es aplicable o no la doctrina de la pérdida de oportunidad. Martín Casal y Solé Feliú (22) afirman su inaplicabilidad al considerar que la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando la posibilidad

(19) Nada que ver con las acciones *wrongul conception o wrongful pregnancy*, que se ejercitan por los progenitores por daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano, debido al resultado fallido de las medidas anticonceptivas adoptadas.

(20) Vid. Paños Pérez, A. (2014: pp. 1 a 20).

(21) Vid. Romero Coloma, A. (2009: p. 1).

(22) Martín Casal, M. y Solé Feliú, J. (2002: pp. 1114-1115). En igual sentido, por Luna Yerga, A. (2005 p. 14).

del mismo aparezca como suficientemente seria, en el bien entendido que «evento favorable para la víctima» es todo aquél que sea aleatorio, casual o que sea producto del azar. En este caso, queda descartado que la materialización del evento pueda depender de la voluntad de la víctima ya que la facultad de interrumpir el embarazo depende de la madre que, como perjudicada, viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la demanda (23). Por tanto, para estos autores, al residir la decisión del aborto en la madre y no en evento aleatorio desaparece el elemento «ocasión perdida» respecto del nacimiento y los gastos consiguientes. Sin embargo, en opinión de quien esto escribe, resulta indudable que el error diagnóstico en estos casos impide a los progenitores ejercitar en plazo una facultad legal que ha resultado frustrada cual es el evitar el nacimiento de un hijo afectado gravemente de una deficiencia o de una enfermedad que autoriza legalmente a interrumpir el embarazo y, en este sentido, entiendo que lo relevante no es elucubrar si la madre hubiera ejercitado la facultad de abortar, sino, de una parte, *la pérdida de la oportunidad de decidirlo (24)* y, de otra, que resulta un hecho incontrovertible que se ha producido una *mala praxis* porque nos encontramos ante supuestos de errores en el diagnóstico cuando éste no responde a la realidad (es lo que se ha dado en denominar «falsos negativos») en tanto que manifiestan la ausencia de enfermedad cuando ésta existe, la falta de realización de las pruebas diagnósticas según protocolos, no comunicar el resultado de una prueba o hacerlo extemporáneamente, no informar de los riesgos del alto riesgo de un embarazo o hacerlo de forma insuficiente o la incorrecta realización de determinadas pruebas. Producido cualquiera de estos presupuestos, la acción u omisión del facultativo ha impedido tomar la decisión de ejercitar la facultad de interrupción del embarazo en los casos permitidos por la Ley, lo que, en sí mismo, lesiona el derecho de autodeterminación, y más en concreto, la libertad de libertad de procrear. Desde mi punto de vista, estas circunstancias permiten entroncar estos supuestos con la doctrina de «la pérdida de oportunidad» en donde se produce un problema de verificación de la relación causal. Ciertamente, como bien afirma Díez-Picazo Giménez (25), no se puede afirmar ni que la omisión de la información genérica haya sido la causa del nacimiento del hijo, y mucho menos que haya sido la causante de la malformación (que sí lo sería en los casos de contraconcepciones fallidas por falta de información suficiente o

(23) Supuesto distinto es el de la acción de *wrongful life*. En él la madre es un tercero respecto del hijo que ejercita la acción y, por tanto, la decisión de abortar o no resulta ajena a la esfera de control de la víctima y, por tanto, concurre el factor de aleatoriedad respecto del resultado, lo que hace que la doctrina de la pérdida de oportunidad resulte plenamente aplicable pues bastaría que hijo alegara la pérdida de oportunidad si probara que la madre no habría abortado. Martín Casal, M. y Solé Feliú, J. (2002).

(24) Comparte esta misma opinión Navarro Michel, M. (2006: p. 1651).

(25) Díez-Picazo Giménez, G. (2001: p. 6).

de abortos mal practicados). En los casos aquí analizados, se ha frustrado la posibilidad de realizar una nueva prueba de amniocentesis que, *quizá*, podría haber dado a la madre gestante la opción de decidir si deseaba o no continuar con su embarazo. El daño final resarcible en este caso no consiste en el nacimiento del hijo, sino en la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica «que posibilitara el diagnóstico genérico con certeza» y, dependiendo del resultado que hubiera dado, decidir conforme a lo establecido en la Ley. De ahí que nos encontremos en presencia de un supuesto de *curso causal no verificable* y, con ello, en un supuesto de «pérdida de oportunidad».

Centrada así la cuestión, cabe plantearse la naturaleza del concepto indemnizatorio y su cuantía. La jurisprudencia viene considerando que la frustración de la oportunidad con que contaba el sujeto da lugar a la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral, el denominado *pretium doloris* [SSTS de 16 de julio de 1984 (26), de 7 de octubre (27) o de 1 de diciembre de 1989 (28)], concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados susceptible de generar, entre otros, el impacto psíquico que supone hacerse cargo de un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas y una atención fija y permanente [STS de 6 de junio de 1997 (29)] o el estado de frustración, ansiedad y depresión causado por el nacimiento de un hijo al que creían sano (30).

Teniendo esto en cuanta no puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues, en palabra del TS, «nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad» [STS de 30 de junio de 2006 (31)]. Más en concreto, la STS de 4 de noviembre de 2008 (32)

---

(26) RJ 1984\4231.

(27) RJ 1989\7331.

(28) RJ 1989\8992.

(29) RJ 1997\4610. En ella se analizaba la demanda interpuesta por no haberse comunicado a la madre el fracaso de amniocentesis hasta dos meses después de haber practicado la misma, cuando había transcurrido ya el plazo legal para interrumpir voluntariamente el embarazo, dando a luz a un hijo con síndrome de Down; el Tribunal Supremo condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas (aprox. 300.000 €) en concepto de daños morales y materiales: «Surge en este caso un perjuicio, como es el nacimiento de un ser que padece el S. Down; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales.»

(30) Paños Pérez, A (2014: p. 8).

(31) RJ 2006\6580; Recurso 217/2005.

(32) RJ 2008\5860; Recurso 4936/2004.

se refiere a la situación que plantean aquellos supuestos en que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración sanitaria. ¿Cuál es el daño en este caso? La STS de 4 de noviembre de 2008 deja afirmadas dos cosas: de una parte, que no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa se denomina *wrongful birth o life* (nacimiento injusto o vida injusta). Siguiendo la doctrina tradicional del TS, la sentencia considera que el nacimiento de un hijo no es un daño *per se* (33), pues no hay nacimientos equivocados o lesivos en tanto que el derecho reconocido en el art. 15 CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida (34). Y destaca igualmente que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres. Pero, por otra parte, admite que pueda existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse en tanto que supone la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad, tanto más si se ha producido una falta del adecuado control de la gestación que le hubiera permitido prever las anomalías del feto y optar por la interrupción del embarazo acudiendo al aborto en su indicación eugenésica.

Pues bien, en la Jurisprudencia esta idea es la que ha venido imperando en las sentencias que el TS ha tenido ocasión de dictar a este respecto, tales como las SSTS 4 de febrero de 1999 (35) y de 7 de junio de 2002 (36), que

(33) La STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999\748) afirma que la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño «per se», mientras que otro sector defiende que el daño es la privación del derecho a optar, lo que supone sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento.

(34) En cualquier caso, coincido con PANTALEÓN PRIETO, que el juicio sobre si es mejor nacer que no nacer o nacer con taras, es un juicio personalísimo e insustituible, que escapa por completo de la competencia de un tribunal humano, y que éste se tiene que limitar al estudio de los tres elementos necesarios para que la responsabilidad civil proteja el supuesto planteado. PANTALEÓN PRIETO, F. (1988: p. 266).

(35) RJ 1999\748; Recurso 2236/1994. Vid. el comentario que sobre ella hace BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999: pp. 841 a 859).

(36) RJ 2002\5216, Recurso 3834/1996. Textualmente declara esta sentencia: «Dice la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9919) que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada; este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido.

Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de

acabaron denegando la indemnización reclamada por los padres de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarando que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y que no es más que simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Como bien afirma PACHECO-JIMÉNEZ (37), ahí es donde radica la verdadera dificultad en las demandas de *wrongful birth*: en determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que aparece quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. Aquí entra en juego el recurso a los denominados «cursos causales no verificables» o la llamada «causalidad hipotética»: en primer lugar ha de determinarse si la culpa del médico fue la «causa» de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar, se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Ante esta situación, algún sector doctrina y parte de la Jurisprudencia defiende que resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo. Particularmente no puedo estar más en desacuerdo con el argumento de este sector doctrinal y de la sentencia referida. ¿Es jurídicamente admisible exigir prueba de la intención de la gestante en caso de haber tenido acceso a la información que, por otra parte, era debida por parte de la Administración? ¿la imposibilidad de verificar tal voluntad exonera a la Administración de aquel deber y de las consecuencias jurídicas de haberlo omitido? Entiendo que no, y en este sentido, coincido plenamente con la consideración que al respecto formula BERCOVITZ (38) cuando afirma que «constituye un daño grave privar de esa posibilidad de opción a la madre, cualquiera que sea la actitud previa existencial, ideológica, religiosa, o las circunstancias familiares, sociales y materiales de aquélla. Nadie puede afirmar en principio cuál sería la reacción

---

su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la señora R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo».

(37) PACHECO-JIMÉNEZ, Mª N. (2011: p. 11).

(38) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002: pp. 857 a 865).

de una determinada persona ante semejante dilema. En verdad no lo podemos saber con certidumbre ni con respecto a nosotros mismos. Cabe hacer meras hipótesis, pero nada seguro. No es posible sustituir la reacción de una persona ante una circunstancia real que afecta intensamente a su vida con hipótesis más o menos razonables. Semejante pretensión se basa en apriorismos carentes de razonabilidad y, por ende, de consistencia. Únicamente quien se encuentra en el trance de tal decisión sabe finalmente cuál va a ser su opción, precisamente en el momento en que la asume, con mayor o menor grado de conciencia. De ahí que no valga, en opinión de quien esto escribe, el razonamiento de la sentencia aquí comentada. No es necesario que la madre alegue su propósito de abortar. Lo importante es que no tuvo ocasión de decidir como consecuencia de la negligencia de la atención médica recibida. No es necesario ni alegar semejante voluntad, ni probarla en base a hipótesis, ni deducir a partir de presunciones, basadas en datos objetivos y conductas anteriores, ese propósito de abortar en el caso de haber conocido las malformaciones del feto. Lo único que cabría aceptar —y tengo reticencias al respecto— sería la prueba contraria, la que viniese a acreditar de forma indubitada que la intención de la madre habría sido en cualquier caso la de no abortar (39). Mis reticencias proceden precisamente de la práctica imposibilidad de alcanzar certidumbre en la materia, habida cuenta de las consideraciones que he expuesto. Tener que alegar o tener que probar la intención de abortar en semejantes casos supone desvirtuar el derecho o facultad de opción de la madre, reduciendo su ámbito y eficacia injustificadamente» (40).

---

(39) Coincido con VICENTE DOMINGO en que una de las claves para solucionar casos de esta índole puede ser la prueba de que la madre habría optado por la vía del aborto de haber conocido a tiempo los problemas congénitos del hijo que esperaba, en el supuesto de que hubiera solicitado practicarse tal prueba médica —amniocentesis—, pues no es una prueba que sistemáticamente se pida ya que es una punción que entraña riesgos. Esta prueba justificaría la indemnización por la pérdida del derecho de optar o de decidir del aborto. VICENTE DOMINGO, E. (1996: pp. 152 y ss), que afirma que sirve de prueba de la pérdida del derecho de optar en quien se somete a una amniocentesis pues se trata de una prueba que no permite adoptar medidas curativas sino que sólo anticipa el resultado y permite a quien se la hace optar por un aborto.

(40) Es éste el mismo sentir del Voto particular de la citada STS de 4 de febrero de 1999: «La sentencia de eta Sala expone que «es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo» y el firmante del voto particular entiende que la oportuna noticia sobre el estado del feto constituía un derecho de aquélla, así como que la privación de la información sobre este particular ha imposibilitado la opción de abortar, la cual, si concurren las condiciones dispuestas en la ley, se integra sin duda como una facultad legal de la gestante, de manera que, cualquiera que hubiera sido la actitud de Dª. R. ante esta problemática, el solo hecho de la privación del derecho indicado afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal».

2. Retraso y error en el diagnóstico

Es de común conocimiento que en el ámbito sanitario tan importante es la aplicación del tratamiento adecuado como el que éste se realice a tiempo. Una asistencia sanitaria tardía, un retraso en el diagnóstico o un error en éste pueden suponer, y de hecho suponen en un número importante de casos, una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial.

El retraso y el error de diagnóstico constituyen supuestos de *mala praxis* susceptibles de dar lugar o no a una pérdida de oportunidad. No dará lugar a ella cuando exista certeza o alto grado de probabilidad de que ello constituya la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente, o, lo que es lo mismo, cuando existen elevadas posibilidades de curación. En estos casos procede indemnizar íntegramente el daño final acontecido. Si, por el contrario, la certeza lo es acerca de su reverso, es decir, que el resultado final hubiera sido el mismo, con o sin error o retraso en el diagnóstico, de tal forma que estas circunstancias han carecido de trascendencia respecto del resultado que, en cualquier caso, se hubiera producido, no procede indemnización alguna, pues la causa del daño ha sido la propia enfermedad que ya se padecía. Sólo si el error o retraso de diagnóstico se produce en un entorno de una probabilidad seria de que ha producido el agravamiento o el fallecimiento o se han privado de tiempo de supervivencia, generará derecho a indemnización por pérdida de oportunidad. La Jurisprudencia del TS, sin embargo, se ha mostrado proclive a estimar las demandas de responsabilidad por el resultado acontecido cuando el error se ha producido tras omitir la práctica de las pruebas pertinentes, y ello aún en el supuesto en que no resultara probado que, de haberse realizado se hubiera evitado el resultado dañoso. La causalidad mal se aviene con la omisión y por ello se termina por tener que suponer una causalidad hipotética (41). Pese a ello, entiende el TS que en estos casos que existe relación causal desde el momento en que no se ha realizado la prueba que hubiera permitido emitir el diagnóstico preciso (42). Ahora bien,

---

(41) SALVADOR CODERCH, P. (2002: p. 13).

(42) A título de simple referencia puede citarse la STS de 23 de febrero de 2009 (RJ 2009\1147) que resuelve un asunto de asistencia sanitaria indebida por el retraso y la tardanza que dieron lugar a «la desproporción y la desmesura del resultado» en una afección que ni era extraña ni excepcional. El paciente había acudido a los servicios sanitarios, aquejado de una «colecistitis aguda, que se acompaña de dolor intenso y de síntomas digestivos», lo que, según la sentencia, «es una causa muy frecuente de consultas de urgencia y de cirugía en adultos. No obstante — aquí surge el segundo dato— y pese a contar con antecedentes por epigastralgias (tres años antes visitó el servicio de urgencias por esta causa), se tardó cinco días en ingresarle y dos más en detectarle una peritonitis que obligó a intervenirle de urgencia. La última idea consiste en que la peritonitis, en sí misma una infección, exigía una vigilancia extrema durante el postoperatorio del Sr. J. M. y, sin embargo, pese a presentar un

en puridad, debe entenderse que no se trata tanto de un problema de relación causal como de daño producido (43) —daño que no es otro que la oportunidad de mejora o de curación de la que se ha visto privada la víctima— por lo que el concepto indemnizatorio no debe ser el material correspondiente al hecho finalmente acaecido, sino la incertidumbre acerca de qué hubiera sucedido si hubiera funcionado correctamente el servicio pues no en otra cosa consiste la pérdida oportunidad generada con la infracción de la *lex artis* en los términos descritos. Ahora bien, debemos preguntarnos con Llamas Pombo (44), ¿estamos hablando de *chance*, oportunidad o posibilidad del acaecimiento de un suceso? O más bien ¿estamos aludiendo a una probabilidad estadística de que tal suceso tuviera lugar? La cuestión no es baladí, pues la probabilidad no deja de ser la frecuencia con que acontece un hecho, y sobre esta base, la actividad probatoria deberá determinar lo que realmente ocurrió para probar que exige una «probabilidad razonable», pero debiendo tenerse en cuenta la estadística juega aquí un mero papel probatorio que deberá conjugarse con otras circunstancias concurrentes, pues no debe olvidarse que en el ámbito sanitario el daño suele producirse por una confluencia de casusas (45), donde influye la patología del paciente e incluso su predisposición a sufrir determinadas enfermedades. Por ello, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto

---

cuadro con fiebres altas y olores nauseabundos, según él relata y asume la Administración (pues dice que la fascitis fue purulenta), no se actuó hasta seis días después». Lo mismo sucedía en la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005\1548), por demora en la realización de las pruebas que detectasen la perforación gástrica que condujo a la muerte del paciente. O en la STS de 30 de marzo 2005 (RJ 2005\3274), que constataba una defectuosa actuación de los servicios sanitarios que no diagnosticaron la patología que sufría la paciente, hasta que alcanzó un estadio difícilmente reversible, o en la de 25 de junio de 2007 (RJ 2007\3815), que analizó el supuesto de un retraso de más de seis días sobre la pierna dañada que ocasionó su amputación, o, en la de 20 de junio de 2006 (RJ 2006\5152) que afirmaba que, habida cuenta de la anormalidad y desproporción del letal resultado, comparativamente inusual en una intervención de colecistectomía laparoscópica (técnica quirúrgica para la extracción de cálculos), correspondía a la Administración acreditar la debida diligencia en la prestación del servicio quirúrgico practicado. Algo parecido sucedió en la SAN de 19 de abril de 2000 (RJCA 2000\1424) en cuyo proceso se analiza el supuesto de un paciente que falleció al sufrir peritonitis por ausencia de reconocimiento inmediato al ingresar en el Centro hospitalario.

(43) En este sentido, Llamas Pombo, E.(2010: pp. 51 y ss).

(44) Llamas Pombo, E. (2012).

(45) Así lo puse de manifiesto en Gallardo Castillo, Mª J. (2009: p. 79), donde reivindicaba la necesidad de distinguir en el ámbito forense entre el concepto de causas y concausas —entre las que, a su vez, cabe distinguir las concausas preexistentes (o estado anterior), simultáneas, y subsiguientes (o complicaciones)—, considerando que las primeras son las necesarias y suficientes en la producción del daño, mientras que las segundas son las necesarias en el caso concreto, pero que carecen de suficiencia por sí mismas en tanto que vienen constituidas por aquellos factores extraños al comportamiento del agente que se insertan en el proceso dinámico, de modo que el resultado es diferente del que era de esperar dada la naturaleza de dicho comportamiento.

médico o la patología de base), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede presumirse existente el nexo causal entre el acto médico y el daño. La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad, y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente (46).

En cualquier caso, hablamos de probabilidades, pero sin poder tener un conocimiento exacto de si el paciente hubiera estado en el porcentaje de los casos que, de haber mediado un correcto funcionamiento del servicio sanitario, hubieran sanado o en el de los que no lo hubiera logrado. Y es que en estos supuestos debe no estar clara, insisto, la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión imputada y el daño final. La pérdida de oportunidad, consiste justamente en eso, en esa falta de certeza de lo que hubiera sucedido, de tal forma que por su virtud lo que se indemniza es la *no* producción de un suceso del que *no se sabe si se hubiera terminado verificando*, lo que «no se compadece bien con el requisito de la necesaria existencia de un daño para el nacimiento de la obligación de indemnizar», pues, «no se puede perder la oportunidad que no se tiene».

Este planteamiento es el que subyace en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007 (47), que examinaba un caso de afección coronaria pese a la que el facultativo no consideró el remitirle a Cardiología, sino que se limitó a prescribirle un analgésico para paliar los efectos de los síntomas (el característico dolor en el brazo izquierdo). La sentencia aplica la teoría de la pérdida de oportunidad al afirmar que «aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, lo que, sin duda, es seguro, es que el paciente hubiera tenido más oportunidades de evitar el infarto de miocardio o que su gravedad hubiera sido menor si se le hubiera proporcionado asistencia médica en el mismo momento en que ésta la reclamó. Y es ese retraso en el tratamiento lo que debe calificarse como funcionamiento anormal del servicio del que hace responsable a la Administración (…). Es decir, se desconoce qué hubiera podido pasar si se le hubiera atendido inmediatamente, lo cierto es que el retraso y la demora en el establecimiento del diagnóstico al no valorarse adecuadamente los síntomas (provoca una) pérdida de oportunidad, que aunque pudiera ser remota, no puede quedar indemne. Así las cosas, se ha de concluir que de la actividad probatoria practicada resulta acreditado que en el caso de autos se produjo un error de diagnóstico, y que si se hubiera producido el diagnóstico

(46) Asensi Pallarés, E. (2013: pp. 233).

(47) RJCA 2007\23083; Recurso 2159/2003.

correcto e instaurado un tratamiento precoz, el recurrente hubiera tenido más oportunidades de evitar el agravamiento de sus dolencias».

En parecido sentido se expresó la STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2007 (48) al estimar la reclamación patrimonial por pérdida de oportunidad con resultado de muerte, puesto que se había producido un diagnóstico inadecuado y tardío de la estrangulación intestinal (con las consecuencias sucesivas ya reseñadas de deficiente tratamiento), tardanza en el sometimiento al tratamiento de quimioterapia y radioterapia, ausencia de comprobación del estado del colon tras el alta hospitalaria después del tratamiento, la dilación injustificada en el sometimiento a una biopsia. Finalmente hubo de practicarle una intervención de urgencia con el fatal desenlace final del fallecimiento. Ante estos hechos, la sentencia afirma, de una parte, que si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias que una correcta *lex artis* médica debían haber evitado, y de otra, que se han utilizado los medios y el estado de conocimiento al alcance, pero de forma tardía e inadecuada, por lo que termina coligiendo que se ha producido un déficit asistencial y un inadecuado tratamiento que le ha ocasionado la pérdida de oportunidad de remontar la enfermedad (49).

A los efectos de aplicación de la doctrina de pérdida de oportunidad entiendo que pueden equipararse a los supuestos examinados de retraso o error en el diagnóstico los de omisión en la prestación del servicio, los cuales abarcan tanto aquéllos en que no se emplea técnica alguna para obtener la curación o mejora del paciente como aquéllos en los que no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario, o en los que no se realiza alguna prueba necesaria para detectar la enfermedad o prevenir sus efectos. Ello en el bien entendido de que no se aprecie relación causal entre la omisión de la prestación del servicio y el daño final acontecido,

(48) JUR 2007\268726; Recurso 1958/2003.

(49) Estos mismos criterios son los que aplican las SSTS de 21 de marzo de 2007 (ausencia de diagnóstico precoz que detectara el carcinoma de estómago; no se hubiera evitado el fallecimiento pero se hubiera procurado una evolución de la enfermedad en condiciones menos gravosas), de 26 de junio de 2008 (lesión óptica que pudo evitarse o minimizarse), de 7 de julio de 2008 (un retraso en remitir al paciente a la cámara hiperbárica le produjo parálisis y postración en silla de rueda), SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2006 (fallecimiento de paciente por broncoaspiración al no haber recibido atención médica urgente al haber tardado la ambulancia dos en llegar al domicilio de la víctima), de Galicia de 2 de abril de 2008 (fallecimiento del feto por ausencia de pruebas médicas a la madre), y de Madrid de 8 de abril de 2008 (retraso en el diagnóstico de un cáncer de mama que provoca la necesidad de obtener un tratamiento más agresivo).

sino en la pérdida de oportunidad en sí misma considerada y que, por tanto, la indemnización no lo sea del resultado final acontecido sino la oportunidad de mejora o de curación de la que se ha visto privada la víctima.

3. Ausencia de consentimiento informado

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo, con la advertencia de los riesgos, señalando los posibles tratamientos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención. Por ello, el consentimiento informado aparece ligado al derecho de autodeterminación del paciente pues éste es un agente moral autónomo con suficiente facultad para decidir libremente sobre la incidencia que en su propia salud pueda tener la actividad curativa que la Medicina ejerce sobre él, lo que incluye el poder de decisión acerca de recibir o no tratamiento médico, asumir o no los riesgos inherentes a una intervención, permanecer enfermo o sanar, o incluso a perder la vida (50).

Pero la funcionalidad del consentimiento informado no se agota en esta finalidad sino que viene siendo un añadido a la exigencia de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en tanto que constituye uno de los deberes que incumbe al facultativo al calibrar el grado de cumplimiento de las normas y técnicas aplicables al caso y porque, producida la consecuencia lesiva, debe comprobarse, primeramente, que la actuación médica se ajustaba a los parámetros de normalidad según protocolos médicos, y en segundo lugar, que se ha cumplido *debidamente* con el deber de información a que tiene derecho el paciente. Y en este sentido, como parte integrante de la *lex artis*, el consentimiento informado juega el importantísimo papel de servir de módulo para la valoración del funcionamiento normal o anormal del servicio (51) o, si se quiere, de criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado según las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor y los factores influyentes en el paciente, lo que determina que el mero incumplimiento de este deber de información (52) suponga *ipso facto* una infracción

(50) Pelayo González-Torre, A. (1997: pp. 81 y 82).

(51) Así las SSTS de 2 de octubre (RJ 1997\7405) y 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8690).

(52) Así la STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073) señala como uno de los deberes inexcusables del médico el de «informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y

de la *lex artis* (53) capaz de condicionar el desplazamiento de la carga de la prueba acerca de la relación de causalidad entre la acción médica y el daño producido así como la determinación de quién asume los riesgos padecidos, si el médico o el paciente. En consecuencia, la omisión del deber de informar revela *per se* la anormalidad del servicio, aunque —debe advertirse— ésta es causa necesaria, aunque no suficiente, para que nazca el derecho a la indemnización (54) —en tanto que se requiere que se haya producido o materializado el riesgo del que no se había informado— ni tampoco para que, producido este daño, éste deba ser indemnizado por pérdida de oportunidad.

Tampoco la falta de información o de consentimiento informado implica el deber de indemnización por cualquier resultado desafortunado que se haya producido, puesto que no pueden descartarse los componentes aleatorios de riesgo que toda intervención médica puede llevar consigo, sino sólo de aquellos que no hubieran sido informados debida y cumplidamente [SAP 28 de enero de 2008 (*55*)] y que acabaron materializándose. Tal fue el caso de la STS de 2 de julio de 2002 (56). Se trataba de una operación de vasectomía en la que el paciente sufrió la pérdida de un testículo por atrofia. Comprobado que se trataba de una «complicación previsible y frecuente» y que de ello no había sido informado el paciente, el TS estima el derecho a ser indemnizado, no ya porque el deber de informar tenga carácter absoluto y omnicomprensivo, sino porque éste se extiende a este tipo de complicaciones dada su previsibilidad y de la que no sólo nada se dijo sino que se minimizaron los riesgos, pues se le había manifestado que «se trataba de una intervención sencilla y que simplemente sufriría unas ligeras molestias los primeros días». Ante este tipo de

---

en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado».

(53) Las SSTS de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22), de 26 de enero de 2006 (RJ 2006\4346), de 12 de diciembre de 2006 RJ 2006\9563), de 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220) y de 23 de febrero de 2007 (RJ 2007\884) afirman que «el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario».

(54) Indica la STS de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004\3889) que «aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no es lo menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002\3956), que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se deriva un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad».

(55) JUR 2008\114524.

(56) RJ 2002\5514.

información, el TS afirma: «la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve los eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa».

Como bien ha afirmado MUÑOZ MACHADO (57), el deber de información implica el derecho del paciente a elegir la mejor solución, incluida la de no operarse (58). De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que

(57) MUÑOZ MACHADO, S. (2001: p. 413).

(58) En este sentido, señala la STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547): «En primer lugar debe señalarse que nos hallamos, como ya se ha dicho, ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria (en cuyo ámbito se desarrolla la motivación de esta resolución), en el que se acrecienta —para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial— el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad Ley BAPIC 41/2002, de 14 de noviembre, con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesaridad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención. El deber de información en la medicina satisfactiva —en el caso, cirugía estética—, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina «información como requisito previo para la validez del consentimiento», que es la que aquí interesa (otra cosa es la denominada información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible —no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001 [RJ 2001\3])— no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención».

pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento, debiendo tenerse en cuenta que la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de éstos por el Centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño ha devenido antijurídico y el paciente no tendrá el deber jurídico de soportarlo. Y es ahí donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad, en tanto que la omisión de la información ha privado al paciente de la oportunidad de decidir y, con ello, de poder evitar el resultado lesivo final en caso de que no hubiera consentido la intervención médica o el tratamiento de que se trate. Como puede apreciarse, nuevamente nos encontramos con ese halo de incertidumbre que siempre ha de fundamentar esta doctrina.

Obviamente en estos casos la indemnización no alcanza al resultado final pues no es éste el concepto indemnizatorio, sino la mera posibilidad de haber podido evitarlo, bien sustrayéndose a la intervención o bien optando por otras alternativas. Tal fue el caso de la STS de 16 de enero de 2012 (59), en la que, a diferencia de la sentencia dictada Audiencia Provincial que otorgaba la indemnización por el daño final producido, redujo la indemnización en un 50%, al considerar que el daño «es el que resulta de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón de la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación».

IV. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

De cuanto se ha afirmado hasta ahora, puede concluirse que la doctrina de la pérdida de oportunidad pivota en un doble sentido: uno, en cuanto a la antijuricidad de la conducta y otro, en la determinación de la cuantía indemnizatoria. Como ya se afirmó más arriba, el daño no es el resultado final, ya no sólo porque la víctima contaba con un padecimiento o enfermedad de base que no sería indemnizable por no ser imputable al servicio sanitario, sino porque falta el nexo causal entre la *mala praxis* y el resultado final obtenido. Por esta

(59) Comentada por Rubio Torrano, E. (2012).

razón el daño es el que se ha dado en denominar «daño intermedio», esto es, 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 producirse (60). En consecuencia, se ha de valorar exclusivamente como daño antijurídico (hipotético) la pérdida de oportunidad de obtener un tratamiento más adecuado y no el resultado final en que ha quedado el paciente (61). De esta forma, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad no implica la obligación de indemnizar por la totalidad de los daños causados, pues, como acaba de afirmarse, de una parte, éstos incluyen los riesgos típicos o asociados a las enfermedades padecidas por el paciente, y de otra, rara vez la curación puede médicamente garantizarse, no siendo posible aventurar o predecir cuál hubiera sido la evolución o el resultado y si éste hubiera podido evitarse. Por ello, insisto, sólo se ha de indemnizar la oportunidad perdida y no el resultado final, lo que, obvio es decirlo, no está exenta de una gran dificultad dadas las altas dosis de incertidumbre en que nos movemos: incertidumbre sobre si se hubiera producido de todos modos el resultado final y también incertidumbre causal, por lo que los Tribunales habrán de determinar la indemnización sobre un cálculo *a posteriori* de probabilidades: de una parte, valorando las posibilidades del paciente de obtener la curación o la mejoría para poder concluir si la oportunidad existía o no y, en su caso, en qué medida se ha lesionado. Y, de otra, determinando el grado de probabilidad de que la conducta médica diligente hubiera podido evitar el resultado dañoso.

Por ello, en cuanto a lo primero, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica idónea para obtener la situación de ventaja que se ha perdido. Y en cuanto a lo segundo, cuanto mayor sea el coeficiente de probabilidad de haber evitado el daño, más probable será la causalidad y, por tanto, mayor la oportunidad perdida (62). Y al revés. Se trata, entonces, de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de obtener el resultado pretendido, lo que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidad de obtener una situación de ventaja que se presenta como incierta, lo que no debe confundirse ni con el daño moral —por lo que no debe utilizarse la valoración discrecional de la compensación— ni tampoco con el lucro cesante (63). Veámoslo por separado.

---

(60) Bustamante Alsina, J. (1993: p. 176).

(61) Vid. Pérez Vallejo, A. (2012: p.7).

(62) Martínez Rodríguez, N. (2014: p. 241).

(63) Cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal los criterios de resarcimiento que utiliza la jurisprudencia se hace depender del grado de probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada. Si ésta es elevada, la considera lucro cesante y en caso contrario, lo hace como daño moral.

1. La naturaleza de la indemnización por pérdida de oportunidad

A) La pérdida de oportunidad no es un daño moral

Entiendo que la oportunidad perdida no debe evaluarse como daño moral por el hecho de operar en el terreno de la hipótesis. La oportunidad perdida en sí misma supone un valor y su pérdida constituye un perjuicio actual y cierto, sólo que para su concreta determinación se requiere una operación intelectiva, un juicio de pronóstico sobre el resultado que hubiera sido esperable, valorando con qué probabilidades se contaban de no haber mediado el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. La cuestión no es baladí. Por lo pronto, como ha afirmado el TS, el sistema de valoración es radicalmente opuesto: el daño moral, en cuanto no ha sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que al no poder calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros o por incertidumbre causal, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado que se presenta como incierto.

Por otra parte, mientras todo daño moral efectivo debe ser objeto de compensación —los daños morales no se resarcen; se compensan—, aunque sea en una mínima cuantía, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al valor reclamado si se dan los requisitos examinados hasta la negación de toda indemnización si se estima que nunca hubiera podido alcanzarse la situación de ventaja si es que concurre razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado —pues no se pierde una oportunidad que nunca se tuvo—. Por eso, como acaba de decirse, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtenerlo. De lo contrario no puede considerarse que exista perjuicio alguno y ningún daño puede existir en esta privación de una supuesta oportunidad que, realmente, no existía [STS de 27 de julio de 2006 (64)].

(64) RJ 2006\6548.

En consecuencia, entiendo que no es acertada la jurisprudencia que subsume de forma automática en daño moral las oportunidades perdidas. Ciertamente la jurisprudencia lo hace con la mejor de las intenciones, tratando de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados o utilizando el daño moral y su compensación como «criterio mensurador», por razones de equidad (65), con la voluntad de intentar evitar que daños patrimoniales que pueden presumirse existentes queden sin resarcimiento por falta de una prueba acabada (66). Pero tan buena intención no evita que esta forma de interpretación y de evaluación del daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva del concepto de daño moral puesto que incluye conceptos que con verdaderos daños patrimoniales. Como bien afirma GARNICA MARTÍN, el concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como bien se sabe, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del Tribunal tanto su existencia como su valoración.

Sin embargo, la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Lo es porque la oportunidad, en sí misma considerada, ya constituye un activo que se integró en el patrimonio del sujeto y por ello su privación por parte de un tercero genera la obligación de indemnizarle puesto que dicha oportunidad era susceptible de generarle una situación de ventaja en el futuro que ha quedado definitivamente frustrada. Esto provoca que pueda hablarse de certidumbre en el perjuicio —cual es la oportunidad misma que se ha perdido—. Otra cosa será que, a su vez, la oportunidad, como hecho, pueda ser fuente de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

B) La pérdida de oportunidad no es lucro cesante

Como se ha dejado afirmado más arriba, uno de los elementos que permiten hablar de pérdida de oportunidad es el hecho de que la situación es irreversible, de tal forma que ha quedado definitiva e irremediablemente truncada las expectativas de curación o mejora. Pues bien, justamente esta circunstancia es lo que diferencia y separa la «pérdida de oportunidad» del «lucro cesante». Y junto a ello, la doctrina añade un dato diferenciador más: en el lucro cesante está la convicción de que determinada ganancia se produzca, mientras que en la pérdida de oportunidad hay «un álea que disminuye las posibilidades de

(65) Así por ejemplo, las SSTS de 28 de enero de 2005 (LA LEY 22757/2005) y de 28 de abril de 2005 (LA LEY 4458/2000).

(66) En este sentido, GARNICA MARTÍN, J.F. (2007: p. 2).

obtenerla»; en otros términos: en el lucro cesante la reclamación se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo, el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de oportunidad puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio (67).

En igual sentido, Osterlilng Paroldi y Rebaza González (68), que mantienen que mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, la pérdida de la *chance* va un poco más atrás, tratando de proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera del agraviado. El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. La pérdida de la chance, en cambio, indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios.

De otro lado, el lucro cesante no busca indemnizar la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho al tiempo en que acaece el evento dañoso. En la pérdida de la chance, en cambio, el sujeto no tenía aún la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustra definitivamente. De este modo, el análisis de la pérdida de la *chance* deberá tener siempre en cuenta que se trata de una indemnización de la chance misma que el juez deberá apreciar en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de ella. En otros términos, el daño se refiere a la *chance* actual y no a una ganancia futura que en este caso no llega a existir más que en el plano de lo hipotético.

La cuestión dista mucho de revestir un cariz meramente dogmático. El hecho de que la indemnización en la pérdida de la *chance* compense por la frustración de la probabilidad de obtener beneficios y no la pérdida de los beneficios mismos, determina que, al momento de cuantificar, el órgano jurisdiccional tenga que efectuar una reducción sustancial de la cuantía indemnizatoria respecto de las ganancias que se habrían obtenido.

De ahí también que, en el caso del lucro cesante la víctima deba probar tanto la existencia como la cuantía de las ganancias dejadas de percibir, lo que ha llevado a la Jurisprudencia a aplicar un criterio marcadamente riguroso y restrictivo en su estimación en evitación de enriquecimiento injusto. Por ello,

(67) Cfr. Vergara, L. (1995).

(68) Osterlilng Paroldi, F. y Rebaza González, A. (2002: pp. 10 y ss).

la jurisprudencia insiste en que la indemnización por tal concepto no puede derivarse de simples hipótesis o suposiciones ni referirse a beneficios posibles e inseguros, fundados en esperanzas y desprovistos de certidumbre, esto es, dudosos o contingentes, siendo necesaria una prueba adecuada y concluyente de que se han dejado de obtener unas ganancias concretas, de acuerdo con una posibilidad objetiva que tenga en cuenta el curso normal de los acontecimientos y las circunstancias del caso [SSTS de 29 de diciembre de 2000 (69) y de 30 de octubre de 2007 (70), con cita de las SSTS de 17 diciembre 1990 (71); de 30 noviembre 1993 (72), de 7 mayo (73) y de 29 septiembre 1994 (74) y 8 junio 1996 (75), que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor «al menos razonable» dicen las SSTS de 30 de junio (76), de 16 junio (77) y de 22 diciembre 1993 (78) de 21 de octubre de 1996 (79) y 15 julio 1998 (80)]. La víctima deberá acreditar una ganancia que se podía esperar con razonable verosimilitud o probabilidad, excluyendo las de carácter hipotético e imaginativo, doctrinalmente conocidas como *sueños de ganancia*. No obstante lo anterior, el TS viene determinado que el rigor con que debe exigirse su prueba no puede elevarse a cotas tan inaccesibles que normalmente impidan su demostración y hagan ilusoria su indemnización. Es lo que sucede en supuestos en que es obvio que no resulta posible justificar con precisión los servicios que se hubieran realizado y el beneficio que hubieran producido, y, por lo mismo, los costes y gastos de mantenimiento que se hubieran generado para alcanzar aquel beneficio. Por ello, el TS viene aplicando lo que denomina «criterios de razonable probabilidad», de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada.

En el caso de la pérdida de oportunidad no puede exigirse a la víctima la acreditación de la certeza absoluta de que las expectativas se habrían alcanzado de no haberse producido el evento dañoso. Como se viene afirmando, en este caso habrá una mayor dificultad de cuantificación y habrá que valorar

(69) RJ 2001\1474; Recurso 3600/1995.
(70) RJ 2007\8264; Recurso 5049/2000.
(71) RJ 1990\10282.
(72) RJ 1993\9222; Recurso 1021/991.
(73) RJ 1994\3890; Recurso 1166/1991.
(74) RJ 1994\7026; Recurso 45/1992.
(75) RJ 1996\4831; Recurso 3455/1992.
(76) RJ 1993\5340; Recurso 50/1991.
(77) RJ 1993\5272; Recurso 3438/1990.
(78) RJ 1993\10108; Recurso 1281/1991.
(79) RJ 1996\7235; Recurso 184/1993.
(80) RJ 1998\5550; Recurso 1274/1994.

cuánto de probabilidad había de obtener el beneficio que se pretendía, pero este halo de incertidumbre no altera la naturaleza jurídica del daño que, insisto, no debe identificarse con el lucro cesante sino que debe calificarse como un daño emergente.

2. La cuantificación del daño

Como ya se ha dejado afirmado, la indemnización debe calcularse en proporción a las expectativas de obtener la situación de ventaja que se han perdido definitivamente. Por tanto, si todo depende del cálculo de probabilidad el asunto no deja de entrañar serias dificultades, puesto que nos movemos en el mundo de la incertidumbre, entre lo que pudo ser pero no fue y de lo que nunca sabremos qué hubiera podido suceder. No olvidemos que se trata de indemnizar por la producción de un suceso del que no se tiene la certeza de si finalmente se hubiera verificado o no. En otros términos: deberá realizarse un análisis retrospectivo, evaluando la situación en que encontraba la víctima al producirse el hecho dañoso que ha frustrado definitivamente la oportunidad de obtener la ventaja que pretendía, para después determinar las probabilidades de conseguirla. Sólo entonces se está en disposición de determinar la proporción estimativa de esta posibilidad, puesta en comparación con otras alternativas que pudieran producirse. Si se concluye que era probable que la situación de ventaja se hubiera concretado, finalmente la pérdida de oportunidad merecerá ser indemnizada (81) y no lo será en caso contrario. Por tanto, a efectos de indemnización, se ha de valorar sólo y exclusivamente el porcentaje de la oportunidad de haber evitado el daño (82).

Son varias las soluciones que maneja la jurisprudencia y que propone la doctrina más autorizada. Una sería atender al daño final sufrido por el paciente y proyectar sobre el mismo el porcentaje de probabilidad de que ese daño no hubiese acontecido. El *quatum* indemnizatorio será el resultante de multiplicar dicho porcentaje por el valor del daño final, lo que es lo mismo que alcanzar esa cantidad rebajando en dicho porcentaje el resultado final (83), dando lugar así a una suerte de «responsabilidad proporcional». Luna Yerga se inclina por considerar que hay que evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de una fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad. Y propone como ejemplo clarificador el caso en que el facultativo no diagnostica a tiempo que el paciente sufre un cáncer

(81) Vid. Trigo Represas, F.A. (2008: pp. 276 y 277).

(82) Vid. Asensi Pallarés, E. (2013: p. 232).

(83) Martínez Rodríguez, N. (2014: p. 245).

sino cuando éste ya es inoperable. Si, aún detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir, la indemnización consistirá en el 30% de aquélla que hubiera correspondido en caso de haberse podido imputar al médico la muerte del paciente. Otro caso es cuando la negligencia médica no comporta la destrucción total de oportunidades sino, tan sólo su reducción en un determinado porcentaje. Imaginemos, así, que el diagnóstico del cáncer que sufría el paciente se hubiera producido en un momento en el que éste todavía era operable, si bien que con una probabilidad de éxito del 10%, y el paciente fallece. La doctrina de la pérdida de oportunidad permitiría, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, esto es, un 10%.

Como puede observarse, el resarcimiento por pérdida de oportunidad siempre será inferior al que procedería si el daño se hubiera producido en su totalidad. Por esto, como afirma MEDINA ALCOZ (84), hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final, adoptando como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y se fija el *quatum* indemnizatorio mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja si no se hubiera privado al sujeto en cuestión de la oportunidad de que gozaba. En otros términos: indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final incierto el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1996): «Diagnósticos genéricos prenatales y responsabilidad II», *Revista D. Gen. H.,* núm. 5, pp. 152 y ss.

ASENSI PALLARÉS, E. (2013): «Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 8,* p. 233.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002): «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 59, pp. 857 a 865.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1993): *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires, Abelodo-Perrot, p. 176.

CAZEAUX, P. (1981): *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de Chance,* en *Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Planta, Librería Editora Platense S.R.L., pp. 23 y 24.

(84) MEDINA ALCOZ, Luis (2007: pp. 106 y 107).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2001): «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. Derecho-168, Tomo 3 (La Ley 21642/2001), p. 6.

GALÁN CORTÉS, J.C. (2005): *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Cívitas, p. 343.

GALLARDO CASTILLO, Mª J. (2009): La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Barcelona, Ed. Bosch, p. 79.

GARCÉS-GARRO RANZ, M. (2014): «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, pp. 7 y 8.

GARNICA MARTÍN, J.F. (2007): «La prueba del lucro cesante», *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, p. 2.

LLAMAS POMBO, E. (2010): *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid, Editorial LA LEY, pp. 51 y ss.

— (2012): «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.

LUNA YERGA, A. (2005): «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret», Revista para análisis del Derecho,* núm. 288, p. 4.

MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2002): «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *CCJC*, núm. 60, pp. 1114-1115.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2014): «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en la obra colectiva dirigida por LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Madrid, Ed. LA LEY, p. 241.

MEDINA ALCOZ, L. (2007)*: La teoría de la pérdida de oportunidad, Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid, Thomson-Civitas, p. 88.

— (2009): «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 seguro*, núm. 30, p. 42.

MUÑOZ MACHADO, S. (2001): Ponencia oficial del LII Congreso Nacional. Timpanoplastia. Madrid, Almirall Prodesfarma, p. 413.

NAVARRO MICHEL, M. (2006): «Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, p. 1651.

OSTERLILNG PAROLDI, F. y REBAZA GONZÁLEZ, A. (2002): «Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad», *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales Editora. Año LII, núm. 39, pp. 8 y 9.

PACHECO-JIMÉNEZ, Mª N. (2011): «Acciones *wrongul birht y wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica», *SPCS Documento de trabajo 2011/2*, Universidad Castilla la Mancha, p. 11.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): «Procreación artificial y responsabilidad civil, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones». Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, p. 266.

PAÑOS PÉREZ, A. (2014): «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», en *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, La Ley 7189/2014, pp. 1 a 20.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A. (1997): *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*. Madrid, Dykinson, 1997, pp. 81 y 82.

PÉREZ VALLEJO, A. (2012): «Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, LA LEY 18035/2012, p.7.

ROMERO COLOMA, A. (2009): «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7231, Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2009, Ref. Derecho-269, La Ley 13466/2009, p. 1.

RUBIO TORRANO, E. (2012): «Responsabilidad civil médica y la falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012): en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.

SALVADOR CODERCH, P. (2002): «Causalidad y responsabilidad», *InDret, Revista para análisis del Derecho*, núm. 94, p. 13.

TRIGO REPRESAS, F.A. (1999): *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi.

— (2008) Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Buenos Aires, Astrea, p. 263.

VICENTE DOMINGO, E. (2007): «El daño», en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, dirigido por Reglero Campos, 3ª ed., L.F. Pamplona, Thomson-Aranzadi, p. 260.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1990): *Resarcimiento de daños. Daños a las personas,* Buenos Aires, Hammurabi, p. 274.