

## 1.6. Responsabilidad

# Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad\*

## *Casual link and probabilistic calculation of damage by loss of opportunity*

por

ANA M.<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO

*Prof. titular de Derecho civil.*

*Universidad de Almería*

**RESUMEN:** La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad carece de sustento normativo, pero tiene pleno reconocimiento jurisprudencial. Se aplica, en lo que a la responsabilidad médica-sanitaria se refiere, en la jurisdicción civil y especialmente en la contencioso-administrativa, como técnica para salvar serias dificultades de la prueba del nexo causal y para evitar la solución a que conduce el modelo causal tradicional del «todo o nada». A la determinación daño antijurídico, de difícil concreción, se suma el cálculo probabilístico, en ambos casos, sobre un escenario hipotético. Analizamos los distintos escenarios donde se aplica y damos cuenta de la dificultad que entraña determinar y cuantificar la privación de esa «expectativa frustrada» del paciente. En ocasiones, se altera el margen de seguridad jurídica, con pronunciamientos dispares, ante supuestos similares.

**ABSTRACT:** *The application of the doctrine of loss of opportunity has no normative basis, but it has full jurisprudential recognition. It is applied, as far as medical-sanitary liability is concerned, in civil jurisdiction and especially in contentious-administrative proceedings, as a technique to overcome serious difficulties in proving the causal link and to avoid the solution to which the traditional «all or nothing» causal model leads. In addition to the determination of anti-juridical damage, which is difficult to specify, there is the probabilistic calculation, in both cases, on a hypothetical scenario. We analyze the different scenarios where it is applied and realize the difficulty of determining and quantifying the deprivation of that «frustrated expectation» of the patient. Sometimes, the margin of legal certainty is altered, with different pronouncements, in the face of similar assumptions.*

**PALABRAS CLAVE:** Pérdida de oportunidad. Responsabilidad médica. Casuística judicial.

**KEY WORDS:** *Loss of opportunity. Medical Liability. Case law.*

---

\* Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil» Grupos PAIDI (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES y CEIA3.

**SUMARIO: I. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SU PRUEBA:**

1. LA *LEX ARTIS*: PARÁMETRO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA. 2. EL OBLIGADO NEXO CAUSAL. 3. CRITERIO LEGAL Y DOCTRINAS QUE MODULAN LA REGLA GENERAL DE LA PRUEBA.—II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DAÑO ANTIJURÍDICO (HIPOTÉTICO): 1. CONFIGURACIÓN E INCERTIDUMBRE CAUSAL COMO ESCENARIO. 2. DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL DAÑO Y EL CÁLCULO PROBABILÍSTICO.—III. OPORTUNIDADES PERDIDAS. FENOMENOLOGÍA Y CASUÍSTICA JUDICIAL: 1. FALTA DE INFORMACIÓN Y/O CONSENTIMIENTO INFORMADO. 2. ERRORES O RETRASO DE DIAGNÓSTICO Y «DECISIONES EQUIVOCADAS. 3. ERROR O RETRASO DE DIAGNÓSTICO PRENATAL: a) *Malformaciones congénitas*. b) *Síndrome de Down*.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

**I. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y SU PRUEBA**

**1. LA *LEX ARTIS*: PARÁMETRO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA**

Iniciado un proceso judicial por responsabilidad médica, el actor (paciente) debe probar el daño, el incumplimiento de las normas que integran la denominada *lex artis* (culpa médica)<sup>1</sup> y la relación de causalidad. No existe la presunción de culpa, admitida en otros ámbitos de la responsabilidad civil y la prueba de la relación de causalidad exige para su apreciación, «certeza probatoria y no meras conjeturas, hipótesis o posibilidades»<sup>2</sup>. El éxito de la reclamación indemnizatoria dependerá de que el dañado pueda acreditar estos extremos. Por su parte, la parte demandada, debe probar aquellos hechos dirigidos a impedir, extinguir y excluir la responsabilidad que se le imputa. Ello responde a la regla general de la carga de la prueba prevista en el artículo 217 LEC (apartados 2 y 3). Pero, lo cierto es que, la carga de los hechos a probar, puede resultar al paciente extremadamente difícil, cuando no imposible, en muchos casos. Normalmente, el perjudicado carece de conocimientos suficientes o no dispone de medios y documentos fácilmente accesibles, con los que poder acreditar los hechos constitutivos de su pretensión. La víctima se encuentra de ordinario indefensa, porque, en materia de responsabilidad médica, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, que responda solo a la existencia de la lesión o del daño. Tampoco existen presunciones de culpa, ni desplazamientos o inversión de la carga de la prueba, admitida en otros ámbitos de la responsabilidad civil; siendo imprescindible que, a la relación causal, material o física, se sume, el ya referido reproche culpabilístico.

El criterio de la *lex artis*, es el parámetro de la antijuridicidad de la actuación sanitaria y constituye el sustrato o esencia de la culpa médica<sup>3</sup>. Es utilizado por la jurisprudencia, tanto civil, como contencioso-administrativa, para determinar si dicho criterio se aplicó de forma correcta. Un resultado lesivo no siempre se debe a una mala praxis, pues de exigirse solo la concurrencia del daño, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento jurídico, como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad. Incluso en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>4</sup> —calificada de objetiva— es preciso acudir al criterio de la *lex artis*. El daño indemnizable ha de ser antijurídico y evaluable patrimonialmente. No basta con que se materialice, sino que es necesario que este haya sido provocado por una mala praxis profesional y exista el nexo causal. Asimismo, recae el *onus probandi* del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de otras circunstancias suficientes para considerar roto el nexo causal, sobre la Administración Y es que, como reitera la jurispru-

dencia «no le es posible ni a la ciencia, ni a la Administración, garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente» [STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018]<sup>5</sup>.

## 2. EL OBLIGADO NEXO CAUSAL

Acreditada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre este y la asistencia sanitaria prestada. El nexo causal constituye otro presupuesto básico para imputar la responsabilidad e implica la conexión entre la actuación médica contraria a la *lex artis* y el resultado lesivo producido al paciente. Para que se interrumpa, es preciso que intervenga una circunstancia ajena a la parte demandada, que provoque la aparición del daño o su agravación. Sin embargo, la prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad médica-sanitaria genera una problemática específica, dada la multiplicidad de causas (concausas) y varios causantes del daño.

La teorías doctrinales sobre la materia son las siguientes:

a) *Teoría de la equivalencia de las condiciones* que propugna la consideración de todas y cada una de las diversas concausas que hayan contribuido a la producción del resultado dañoso siempre y cuando este no hubiera acaecido de faltar algunas de las condiciones que hayan estado presentes en el supuesto de hecho. Se identifica esta tesis con la de la *conditio sine qua non*: esto es, solo se tendrán en cuenta aquellas circunstancias cuya concurrencia ha sido determinante en la producción del resultado dañoso.

b) *Teoría de la adecuación o de la causa adecuada* al considerar que la causa-origen del daño solo puede determinarse atendiendo a la adecuación entre aquella y este. Si el daño objetivamente contemplado era de esperar como una derivación natural del curso de los acontecimientos, en tal caso podrá hablarse de relación causal.

c) *Teoría de la causa próxima* que utiliza la jurisprudencia inglesa con frecuencia, y que requiere la necesidad de que entre el daño y la serie de concausas haya una relación de proximidad, de forma tal que las posibles causas de origen remoto deban ser desechadas.

d) *Teoría de la causa eficiente* de la que nuestra jurisprudencia prefiere hablar, tal vez para evitar que la nota de proximidad de la causa pueda traer consigo la exclusión de causas menos próximas que, sin embargo, son las verdaderamente determinantes del resultado dañoso.

De este modo y tradicionalmente, en el ámbito de la relación de causalidad, se ha exigido para su apreciación, la existencia de «certeza probatoria y no meras conjeturas, hipótesis o posibilidades»<sup>6</sup>; si bien, la doctrina actual permite acudir a criterios de «probabilidad cualificada» (STS de 24 de mayo de 2012)<sup>7</sup>.

## 3. CRITERIO LEGAL Y DOCTRINAS QUE MODULAN LA REGLA GENERAL DE LA PRUEBA

Partiendo de las breves consideraciones expuestas, la regla general de la carga de la prueba, admitiría matizaciones o excepciones, para proteger de manera más efectiva a la víctima y garantizarle su derecho al resarcimiento. Se trata de modular o atenuar la exigencia del elemento subjetivo de la culpa y la relación de

causalidad. En este contexto, es conocida la posibilidad de acudir a la «distribución dinámica de la prueba»<sup>8</sup>, que incorpora en nuestro ordenamiento el criterio o principio de «facilidad de la prueba»: la carga de probar hay que combinarla con la facilidad o disponibilidad probatoria. Este principio, aplicado por nuestros Tribunales reiteradamente<sup>9</sup>, figura previsto en el artículo 217.7 LEC. Con él, se valoran las posibilidades probatorias concretas de las partes, desplazando la carga de una a otra, según criterios de mayor facilidad o dificultad; de la misma forma, habrán de acreditarse aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo, la parte contraria no podría demostrarlas sin grandes dificultades.

Paralelamente, otras líneas jurisprudenciales flexibilizan el rigor probatorio<sup>10</sup>, a consecuencia de la *incertidumbre* en alguno de los presupuestos necesarios, para que surja la responsabilidad:

— De una parte, la doctrina del daño desproporcionado<sup>11</sup>, donde la jurisprudencia estima necesario «modular o atenuar» la valoración del elemento subjetivo de la culpa, cuando el resultado en que queda el paciente puede calificarse de «*clamoroso*», «*inxplicado*» o «*inxplicable*»<sup>12</sup>. En estos casos, no es una objetivación absoluta de responsabilidad, sino la apreciación de culpa (*presunción desfavorable*), deducida del resultado desproporcionado<sup>13</sup>. Desproporción —con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común— que revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización. Y será el facultativo, quien deberá desvirtuar esa presunción de culpabilidad para obtener un pronunciamiento absolutorio. La existencia del daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica.

— De otra parte, la *doctrina de la pérdida de oportunidad*, cuya aplicación por nuestros tribunales resulta de más difícil concreción. Se aplica cuando existen dudas o incertidumbre en la prueba de la relación de causalidad. En estos casos, se condena a indemnizar, no por el resultado final, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiese tenido el paciente, si la actuación médico-sanitaria hubiese sido diferente.

Ambas doctrinas presentan matices diversos, y no pueden equipararse, ni responden exactamente al principio de la facilidad o disponibilidad probatoria. Con todo, desembocan en que sea el facultativo, el centro médico o la propia Administración de la Sanidad Pública, quien soporte las consecuencias negativas de esa falta, insuficiencia e incertidumbre de prueba en alguno de los presupuestos de la responsabilidad. En las líneas siguientes nos ocupamos de la complejidad que plantea la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. En ocasiones, como se verá, resulta de difícil o incierta apreciación, pues se trata de indemnizar una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Teniendo en cuenta la dificultad que entraña determinar y cuantificar la privación de esa «expectativa frustrada» del paciente.

## II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DAÑO ANTIJURÍDICO (HIPOTÉTICO)

Como hemos anticipado, muy controvertida se presenta la prueba de la relación causa-efecto, entre la actuación u omisión del facultativo o de la propia

Administración y el daño final producido. Problemática que se acrecienta, cuando se producen lo que la doctrina denomina «daños pasivos»<sup>14</sup>. O, en definitiva, daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico o del tratamiento u omisiones de la Administración sanitaria (falta de servicio), que privan al paciente de cuidados médicos necesarios y/o adecuados en el tiempo oportuno. Si bien, conviene dejar sentado —como afirma la doctrina<sup>15</sup>— «que la causalidad siempre se ha llevado mal con la omisión «y el problema práctico de extender el análisis causal a la omisión, es que obliga a suponer una causalidad hipotética»; y por ende, implicando serias dificultades probatorias.

## 1. CONFIGURACIÓN E INCERTIDUMBRE CAUSAL COMO ESCENARIO

La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*), carece de sustento normativo<sup>16</sup>, si bien ostenta pleno reconocimiento juríspudencial. Se plantea, en lo que a la responsabilidad médica se refiere, en la jurisdicción civil y especialmente en la contencioso-administrativa. Y ello con sustento en que, cuando existen dudas o incertidumbre en la prueba de la relación de causalidad, se condena a indemnizar, no por el resultado final, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiese tenido el paciente, si la actuación médico-sanitaria hubiese sido «otra». Así la relevancia indemnizatoria de la pérdida de oportunidad tiene un escenario necesario, que no es otro, que la incertidumbre en la relación de causalidad<sup>17</sup>.

Esta doctrina de origen judicial, se identifica como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*<sup>18</sup>, aunque concurrente con ella. Ello permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido, pero concurre un daño antijurídico. Si bien, es imposible establecer, de acuerdo al *onus probandi*, si el daño real (final) sufrido por el paciente, se hubiera producido igualmente con actuar más concorde a la *lex artis*. La teoría de la pérdida de oportunidad es aplicable a aquellos supuestos en los que por no existir certeza, ni «probabilidad cualificada»<sup>19</sup>, del resultado final acaecido, se identifica el daño con la oportunidad de curación o supervivencia (pérdida); o por haberse privado al paciente de su derecho a decidir si hubiese sido informado del riesgo posteriormente materializado. Ese perjuicio final, no está motivado por la actuación médica, sino que la eventualidad dañosa se desplaza hacia los márgenes de probabilidad del supuesto. «Se trata de un trasvase del escenario de hechos al Derecho, que obliga a romper las reglas clásicas de la causalidad e incluir valoraciones casuísticas en presupuestos jurídicos»<sup>20</sup>.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se aplica como técnica para salvar serias dificultades de la prueba del nexo causal y evitar la solución del modelo causal tradicional del «todo o nada». Así lo reitera la STS de 19 de febrero de 2019<sup>21</sup>, cuando señala que la configuración de esta doctrina supone «un paliativo del radical principio del «todo o nada» a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento». En estos casos, la jurisprudencia huye de la certeza absoluta y se centra en el cálculo de probabilidades, para dar respuesta indemnizatoria al daño antijurídico producido a consecuencia del acto médico o funcionamiento del servicio sanitario. *Sensu contrario*, cuando se considere cierta y directa la relación de causalidad entre el daño y la negligente actuación médica, no procede traer a colación la

doctrina de la pérdida de oportunidad. Y es que, acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, contraria a la *lex artis*, se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano. En suma, los supuestos de pérdida de oportunidad constituyen un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado [STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018]<sup>22</sup>.

## 2. DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL DAÑO Y EL CÁLCULO PROBABILÍSTICO

Como se ha expuesto, y reitera la doctrina<sup>23</sup>, el daño se concreta en la oportunidad de curación o supervivencia perdida, a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida y en función de la experiencia común (daño intermedio). El daño indemnizable, no lo es por el total perjuicio sufrido (daño final), al resultar imposible establecer un nexo de causalidad dados los umbrales de certeza determinados casuísticamente. Daño antijurídico que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. Ahora bien, la pérdida de oportunidad, hay que entenderla como perjuicio «real y cierto» e indemnizable. Hay daño antijurídico porque se privó de oportunidades de alcanzar un mejor resultado, si bien no puede conocerse a ciencia cierta si dicho resultado se habría alcanzado o no. Lo que, en buena lógica, implica, una doble incertidumbre sucesiva (cálculo de probabilidad) sobre un escenario hipotético. Y si bien, subsiste la incertidumbre respecto a la cuantificación del daño, hay que valorarlo económicamente. Generalmente, con una reducción proporcional de la cuantía indemnizatoria. De lo que se deduce que la indemnización es de forma necesaria, inferior al daño real sufrido (cien por cien); y a su vez, proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad malograda.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad, (la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable), se concibe como un nuevo tipo de daño<sup>24</sup>, distinto del daño final acaecido y que no es equivalente al daño moral<sup>25</sup>, si bien a veces se confunde. Daño real propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba, no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica; si es cierto que, de haber existido un tratamiento o actuación diferente, que no es ajeno a la propia medicina (y era posible), surgen dudas sobre si se habría producido el resultado final acaecido.

En todo caso conviene advertir que la responsabilidad por pérdida de oportunidades, exige que la «posibilidad frustrada» no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional, ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética<sup>26</sup>. En suma, en estos casos, como se verá, el daño no es el material equivalente al hecho acaecido, sino la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran sucedido de otro modo. Existen serias dudas o incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran adoptado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación. Y como se ha dicho, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad no implica la obligación de indemnizar por la totalidad de los daños finales causados; pues estos, en algunos casos, son riesgos típicos o asociados a las enfermedades del paciente; y en otros, porque su curación nunca

se encuentra médicaamente garantizada. Y no se puede predecir o aventurar cuál hubiera sido la evolución o el resultado y si este hubiera podido evitarse.

Y es que, el principio de «*reparación integral*» no demanda el reconocimiento en favor del actor una indemnización que satisfaga a él (o a sus herederos, en caso de fallecimiento) por el resultado final o las secuelas definitivas que padece; sino, tan solo, por la mera posibilidad, expectativas u oportunidad de haber podido obtener otro resultado distinto, más favorable o menos perjudicial. Y según la jurisprudencia, será el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad, el factor determinante. Como lo es también, el de la cuantía indemnizatoria concedida, en función de que se hayan acatado los protocolos quirúrgicos o clínicos a efectos modulatorios<sup>27</sup>. Así, se desprende de esta doctrina, que lo que debe ser objeto de reparación es solamente la pérdida de oportunidad, de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis*, se hubiera producido un resultado final distinto o más favorable al paciente<sup>28</sup>. *Sensu contrario*, cuando queda acreditado que el acto médico o intervención quirúrgica omitida no es contraria a la *lex artis* porque, en cualquier caso, la eventualidad de supervivencia o de mejora del paciente eran idénticas, no resulta procedente la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Resulta ilustrativo a estos efectos, el caso de una paciente fallecida, diagnosticada de «probables metástasis pulmonares». El Comité Regional de Tumores del Servicio murciano de Salud, desestimó en su día la opción de la cirugía. Los recurrentes acuden a la Clínica Universitaria de Navarra, donde fue intervenida quirúrgicamente con éxito; si bien, tras surgir nuevas complicaciones perdió la vida. Sus herederos acuden a los tribunales e invocan la aplicación de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad, alegando que el tratamiento quirúrgico podía realizarse técnicamente, con objeto paliativo, y que logró un aumento de la supervivencia de la paciente con una calidad de vida aceptable tras su aplicación. La STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019<sup>29</sup>, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada de una indemnización de 22.261,94€ por el importe satisfecho en la Clínica de Navarra, y 50.000€ por daño moral. La Sala, tras valorar la prueba practicada, concluye que la paciente sufría una enfermedad muy grave, en estado terminal, que causó su fallecimiento; sin que en ningún caso se acredite que «la no prescripción de la intervención quirúrgica fuera contraria a la *lex artis* al concluir que, en cualquier caso, las posibilidades de supervivencia eran las mismas».

De lo que se deduce que la exigencia de la probabilidad, sobre la que se pone la nota de la pérdida de oportunidad ha de vincularse, de un lado, a la prueba practicada en el proceso; y de otro, que, sobre esa base, existiera el convencimiento que de haberse adoptado un tratamiento diferente, o con diferentes criterios, el resultado podría haberse disminuido o incluso haberse evitado<sup>30</sup>. El quántum indemnizatorio, de difícil concreción, se pondera, siendo significativamente inferior al que hubiese correspondido de entrar a valorar el daño final producido. Valoración, a todas luces muy oscilante, según los casos, dado el difícil e inseguro cálculo y otras veces porque el Tribunal se circumscribe al resultado. Por lo que no existe unanimidad jurisprudencial a los efectos de determinar el quántum indemnizatorio. Cuestión problemática es la determinación de cuáles son los parámetros para fijar dicho importe. Los tribunales precisan la indemnización en función del grado de probabilidad, que se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño incierto o eventual. Como señala la doctrina «la probabilidad crece en función de la relación de causalidad física entre el tratamiento médico y la evitación o reducción del daño producido»<sup>31</sup>.

Aborda la cuestión con claridad expositiva la citada STS de 19 de febrero de 2019<sup>32</sup>, cuando señala que, en sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior, que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias, sino ilusorias. Y sería la *franja central o intermedia*, entre las anteriores, en la que se residencia la doctrina de la perdida de oportunidad por existir una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo, sí supera el mínimo. De lo que podemos deducir que los márgenes de probabilidad entre los que discurre la pérdida de oportunidad, oscilan entre el 55 por ciento y el 45. Esto es, la determinación de la probabilidad debe servir de guía para el cálculo de la indemnización. Con todo, y como se verá, algunas sentencias consultadas aluden expresamente a porcentajes y, por el contrario, otras lo omiten por completo. Por lo que no se pueden sentar respuestas absolutas. Es precisamente en este extremo donde se altera el margen de seguridad jurídica.

### III. OPORTUNIDADES PERDIDAS. FENOMENOLOGÍA Y CASUÍSTICA JUDICIAL

Como analizamos, la doctrina de la pérdida de oportunidad alude, en su fundamento y espíritu, a injustificadas omisiones, tanto en la fase de diagnóstico clínico (errores y/o retraso de diagnóstico) o preoperatorio (especialmente cuando se acredita falta de información y advertencia de riesgos o falta de consentimiento informado); o ya, en la fase quirúrgica, por injustificadas omisiones de medios personales y/o materiales de que se disponga. En todos los supuestos, la pérdida de oportunidad presenta una identidad propia, que no es otra que la incertidumbre sobre si la actuación médico-sanitaria omitida, pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud final del paciente. La pérdida de oportunidad se valora mediante un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido plenamente los riesgos personales, probables o típicos de la intervención<sup>33</sup>. Con la consecuente necesidad, para valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concresción, del empleo del grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y su grado, entidad o alcance<sup>34</sup>. Vayamos a los distintos escenarios en los que se alude a la pérdida de oportunidad.

#### 1. FALTA DE INFORMACIÓN Y/O CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que «toda actuación en el ámbito sanitario requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» (*ex art. 2, apartados segundo y tercero*). En general, el consentimiento informado será verbal. Sin embargo, deberá prestarse por escrito en los casos en que el paciente sea sometido a una intervención quirúrgica mediante procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos. *Sensu contrario*, si no se

trata de un procedimiento invasivo, no es preceptivo recoger el consentimiento por escrito (SAP de Barcelona de 15 de junio de 2018)<sup>35</sup>.

En estos supuestos, el daño indemnizable por pérdida de oportunidad, resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente, sobre un determinado riesgo (muy bajo) derivado de la intervención y posteriormente producido. De tal suerte, 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; pero no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. En estos casos, la pérdida de oportunidad para el paciente, debe valorarse en razón a 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. Pues en ocasiones, «aunque no haya necesidad vital para llevarla a efecto, sí es clínicamente aconsejable, en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo»<sup>36</sup>.

Son muchos los supuestos, en los que por falta de información y/o consentimiento informado se trae a colación la doctrina de la pérdida de oportunidad y en los que la indemnización se modula (con cuantías ciertamente dispares) en función de esa concreta pérdida de oportunidad. En estos casos, se aprecia una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente. De conformidad a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño.

La pérdida de oportunidad toma aquí como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas del acto médico; y de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente someterse o no al acto médico-quirúrgico. Pero ciertamente, se trata, en cierto modo, de un daño abstracto, basado en un cálculo de probabilidades que derivan de la privación del poder de decisión del paciente tomada libre y autónomamente con todas las consecuencias y riesgos posibles. Teniendo en cuenta que en actos o tratamientos médico-quirúrgicos que supongan un riesgo o que tengan consecuencias negativas para la salud del paciente, la exigencia de la constancia escrita de la información, tiene, por lo general, un mero valor *«ad probationem»*.

Veamos algunos supuestos en los que se aplica:

— Pérdida de oportunidad derivada de la *falta de advertencia de los riesgos* derivados de la operación realizada, en la medida en que la paciente pudo haber optado por otras alternativas distintas a la cirugía abierta practicada. La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007 aborda el problema jurídico planteado respecto a la insuficiencia renal de una señora (madre de la recurrente), que le ocasiona su posterior fallecimiento, y que se relaciona, con la práctica del TAC que se llevó a cabo sin el debido consentimiento informado. La Sala argumenta que dicha intervención, aunque se admite que su realización no supuso una mala praxis, conllevó para el recurrente que perdiese una oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso, no ser operado.

«(...) la creación de una situación de grave riesgo, es indemnizable, al constituir en sí misma, con independencia de que no se estime acreditado el nexo causal entre la citada prueba y el resultado de muerte (...) «El deber de indemnizar ha

de alcanzar a la *pérdida de oportunidad derivada de la falta de advertencia de los riesgos*, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de la edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en concepto de indemnización 9.000€»<sup>37</sup>.

— Falta de información a un paciente tetrapléjico a consecuencia de un accidente previo y al que se le somete a una operación que le provoca un serio empeoramiento en su estado. La STS (Sala Primera) de 8 de abril de 2016<sup>38</sup> se pronuncia en este caso de falta de consentimiento informado. Consta probado que no se informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos, ni de las posibilidades alternativas. La Sala alude nuevamente a la *franja intermedia de incertidumbre causal* en la que entra en juego la pérdida de oportunidad.

En primera instancia se fija la indemnización en 60.101,21€ y en apelación se confirma el mismo importe, que también asume el Tribunal Supremo. Sostiene el Tribunal Supremo la relación de causalidad entre la omisión de la información al paciente y la posibilidad que tenía este de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. Asimismo señala que «si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, se le privó de esa oportunidad. Nos encontramos en esa *franja intermedia de incertidumbre causal* que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir»<sup>39</sup>. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la indemnización en 60.101,21€ para cuyo cálculo se había aplicado el baremo de accidentes de vehículos a motor por analogía y un factor de corrección del 50 por ciento a la cuantía resultante.

En suma, en este supuesto se reduce, proporcionalmente, a la mitad la indemnización que correspondería a la totalidad del daño valorado en los casos en los que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida de oportunidad del paciente. Esta sentencia cita a su vez la STS (Sala de lo Civil) número 948/2011, de 16 de enero, en la que se argumenta que debe distinguirse para fijar la indemnización, si estamos ante un supuesto de mala praxis médica probada o si simplemente nos hallamos con que no se ha informado debidamente al paciente de los riesgos o consecuencias inherentes y posibles, derivados de la intervención o tratamiento. Sentencia que ya adoptó la solución de aplicar el baremo de accidentes de circulación por analogía y aplicar un factor de corrección del 50 por ciento a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del daño valorado, en aquellos casos en que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida o privación de oportunidad al paciente.

— En otras ocasiones, se alega la pérdida de oportunidad porque se cuestiona que el consentimiento informado se plasma en un *documento tipo o genérico*, sin mencionar expresamente la intervención o acto médico a practicar, ni los riesgos específicos que pueden derivarse; o incluso, a veces el documento aparece sin firmar.

a) Así ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS (Sala Primera) de 16 de enero de 2012<sup>40</sup>.

En este caso, el paciente de 48 años, acudió a la clínica aquejado de dolor cervical. Tras practicársele un tratamiento conservador que no surte efecto, se aconseja la cirugía. En 2005, fue intervenido de disectomía cervical, tras la que

quedó afectado de tetraplejia con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión y falta de control voluntario sobre esfínter rectal. Consta probado que el documento de consentimiento informado que se proporcionó al paciente, no mencionaba, ni el diagnóstico médico, ni el tipo de intervención que se iba a practicar, ni los riesgos específicos que de ella podían derivarse. Además, quedó sin firmar. Para el cálculo de la indemnización la Sala pondera las circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente-médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron. La nueva situación le hace dependiente para la sedestación, le obliga a tenerse que desplazar en una silla de ruedas y necesita ayuda para las actividades de la vida diaria. (FD 3.). Considerando las circunstancias en que ha quedado el paciente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados y reduce la cuantía indemnizatoria de 509.954,99€ fijados por la Audiencia, a 254.977,45€. Es decir, un 50 por ciento de lo que hubiera correspondido por una *mala praxis* médica acreditada, tomando como referencia la sentencia de la Audiencia, mediante la aplicación del baremo de accidentes de circulación.

b) También se cuestiona y se trae a colación la pérdida de oportunidad, cuando el consentimiento informado suscrito, fue un documento tipo genérico. Es el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Secc. 19.<sup>a</sup>) de 23 de noviembre del 2018<sup>41</sup>. El demandante (paciente) alega que firmó un documento tipo genérico sobre los riesgos para la intervención de cataratas, que derivó en la pérdida de visión del ojo izquierdo. En este caso, la Audiencia confirma la sentencia dictada por el JPI núm. 47 de Barcelona que había desestimado la demanda en reclamación de 318.761,17€. La Sala concluye de la prueba practicada, que el consentimiento informado existía y además fue firmado por el paciente. Por tanto, no fue insuficiente. En él se informaba sobre los riesgos genéricos y particulares de la intervención de cataratas, entre ellos el que sucedió; una infección, que derivó en la pérdida de visión del ojo izquierdo. A la vez recuerda que «la ausencia o insuficiencia del consentimiento informado no determina la responsabilidad patrimonial del profesional sanitario de forma automática».

Frente a tales polémicas y problemas debatidos, lo cierto es que, la ausencia o la defectuosa prestación del consentimiento informado o de la información que se suministra al paciente, implican una vulneración de la *lex artis* de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Esta *mala praxis*, priva al paciente de la posibilidad de tomar libremente una decisión basada en su autonomía y dignidad personal, permitiéndole optar, en su caso, por otras alternativas. Se le priva así, de la oportunidad de que, el resultado hubiese sido menos más favorable o menos perjudicial; ahora bien, si la información omitida o suministrada no conlleva un posible riesgo colateral, resulta intrascendente. Teniendo en cuenta que, aunque el consentimiento informado, no exige que se haga una información minuciosa y precisa de todas y cada una de las consecuencias que pueda derivarse del acto quirúrgico, sí debe incluir los riesgos ordinarios y relevantes, bien por ser típicos o que por su gravedad puedan producirse.

Como se ha expuesto, los casos más comunes en los que se trae a colación la pérdida de oportunidad, son aquellos, en los que ha habido ausencia de consentimiento informado o ha sido defectuosa la información. Ahora bien, desde

otra perspectiva, cabe citar un supuesto en que se infringe un deber genérico de información en una *campaña de vacunación*, que provocó la pérdida de oportunidad a una niña de protegerse contra la enfermedad (meningitis C). Finalmente, contrajo la enfermedad quedándole graves secuelas y una invalidez del 86 por ciento. Este caso, resuelto por la STS de 25 de junio de 2010<sup>42</sup>, se condena a la Consejería de Sanidad de Castilla-La Mancha a indemnizar, en concepto de responsabilidad patrimonial, por la «dejación de funciones», consistente en falta de información y actividad preventiva en relación con la campaña de vacunación contra la meningitis C llevada a cabo en el año 2000.

La actora, a pesar de haber sido vacunada en el año 1997, cuando contaba con 10 años de edad, contrae la enfermedad en el año 2003 y le fueron amputados ambos pies. La campaña de vacunación realizada por la Administración sanitaria en el año 2000 con una nueva vacuna, más eficaz que la administrada en el año 1997, se dirigió a los niños menores de 6 años, quedando la franja de edad de niños entre 6 y 19 años sin la información sobre la mayor efectividad de la nueva vacuna. El Tribunal considera que la Administración Sanitaria incurrió en una dejación de funciones en el campo epidemiológico y actividad preventiva, que provocó la pérdida de oportunidad de revacunar a los menores excluidos de la campaña. Esta pérdida de oportunidad, le produjo a la actora lesiones, secuelas y una invalidez del 86 por ciento.

En este caso, a nuestro juicio, resulta evidente que la probabilidad de que otra conducta evitase el daño era muy elevada. La Sala estima una indemnización de 800.000€ para reparar el daño físico, moral y económico experimentado por la reclamante. Al entender, por un lado, que «(...) aunque la incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias», y por otro, que «[es] en la falta de información donde radica la dejación de funciones de la Administración ... [sin tener el administrado] el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad» (FJ 5.<sup>o</sup>).

## 2. ERRORES O RETRASO DE DIAGNÓSTICO Y «DECISIONES» EQUIVOCADAS

En estos supuestos, también ha sido abundante la jurisprudencia que trae a colación la pérdida de oportunidad. No ya por el resultado o daño final, sino por la privación de la posibilidad de que con un diagnóstico o tratamiento adecuado y/o precoz (acorde al buen quehacer profesional) se hubiese permitido al paciente un tratamiento que llevase a la curación o a un período de mayor supervivencia; o a un resultado final menos perjudicial. Si bien, en algunos supuestos, la cuantía indemnizatoria es dispar, como dispar es el cálculo probabilístico y en cierto modo, algunas decisiones judiciales acaban apreciando las circunstancias personales y/o al resultado final que ha implicado para el paciente:

— La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de julio de 2008<sup>43</sup>, resuelve el conflicto jurídico planteado respecto a un caso de evidente e indebida demora en la respuesta médica. Los hechos objeto de enjuiciamiento derivan de un accidente de descompresión padecido por un buceador, al que no se le trasladó (pudiendo hacerlo)<sup>44</sup> al Centro hospitalario más cercano, que disponía

de cámara hiperbárica. El buceador sufrió graves secuelas: parálisis y postración en silla de ruedas.

La sentencia declara que «no pueden de ninguna manera estimarse márgenes de probabilidad en función de la demora producida en la aplicación del tratamiento (...). Pero de la pericial resulta que, en estos casos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantiza al 100 por cien el restablecimiento de los accidentados disbáricos, y que un 28,5 por cien de los tratados en las seis primeras horas presentan lesiones permanentes. Si bien, como sostiene la Sala «en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por cien de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente». *No debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan solo por la mera posibilidad de que, de no haber sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno.*

Hay que considerar que la Sala fija como indemnización la cantidad de 90.000€ «en atención a la edad del actor, su profesión y la índole de las secuelas derivadas de esa pérdida de oportunidad». No cabe duda, de que en este caso el Tribunal aprecia como determinante el resultado final del paciente.

— En cuanto a un caso de *error de diagnóstico* (equivocación en la interpretación de los análisis de sangre) que provoca el fallecimiento de un paciente. Se trata de un señor a quien se le había colocado un año atrás una válvula cardiaca y cuyas posibilidades de curación, de haber sido tratado correctamente, hubieran sido superiores al 50 por cien según informe pericial. La pérdida de oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia se traduce en una indemnización en 28.000€<sup>45</sup>. En este caso, los porcentajes son bien distintos.

— En otros casos el problema debatido es el *lapso temporal* en el diagnóstico. La STS (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 2 de enero de 2012, aprecia pérdida de oportunidad y consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración por la tardanza en el diagnóstico renal (equivocado) a un paciente y que no contrastado al no mejorar su estado, tuvo como resultado final el fallecimiento por un carcinoma epidermoide.

La Sala sostiene, a la vista de los informes, que el retraso en la práctica del «estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral». Más aún, una vez acreditada «la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm», unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbestos y disolventes y con antecedentes familiares de neoplasia pulmonar. La Sala afirma que la privación de expectativas no puede reputarse total, pues existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, y no se hizo. La pérdida de oportunidad se cuantifica en la cantidad global de 50.000€<sup>46</sup>.

— *Diagnóstico tardío* de cáncer de una mujer de 50 años finalmente fallecida<sup>47</sup>. La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 3 de diciembre de 2012<sup>48</sup>, estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina, con la finalidad de disipar dudas sobre cómo realizar el cálculo de la pérdida de oportunidad, a la vista de criterios jurisprudenciales dispersos y discordantes. Se pronuncia sobre la indebida aplicación automática del baremo (entonces vigente) de accidentes de circulación. Por su claridad expositiva se transcribe un extracto del Fundamento Jurídico 4.º:

Argumenta la Sala que el Tribunal de instancia realiza para la valoración del daño una indebida aplicación automática de los criterios de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011 porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Ese cálculo no debe partir del importe total del daño final producido (en este caso el fallecimiento) con arreglo al baremo. Pues pese a reconocerse que un diagnóstico oportuno de la enfermedad, solo habría ofrecido algunas posibilidades de curación, estimadas en el 25% de los pacientes que la padecían. Sin embargo, ello no determina que deba reducirse en un 75% la cantidad fijada en la instancia. «[L]os baremos (...) no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (...) En el caso, la suma de 108.846,51€ que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08€ a la hija, no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes (...) esta Sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000 y 600.000€.

En consecuencia, la Sala estima reducir el *quántum* indemnizatorio, en atención al *reducido grado de probabilidad* de haberse evitado el resultado fatal producido, si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad. Se fija la suma de 126.987,59€, igual a la reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de *«reformatio in peius»* (FD 4.).

— *Diagnóstico no acorde a la sintomatología y retraso* en la intervención con resultado final de gran invalidez de paciente interno en un Centro penintenciario. La STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018<sup>49</sup>, aprecia la pérdida de oportunidad, con una *alta probabilidad* de que el resultado final no se hubiese producido. Pérdida de oportunidad que se concreta en el hecho de que el resultado hubiese sido otro (menos perjudicial) de haber remitido al paciente a un Centro hospitalario donde pudieran haberle detectado antes el empiema ya manifestado con síntomas evidentes y se hubiese procedido con mayor prontitud a realizarla la intervención que fue necesario practicar. La Sala, sin fijar porcentajes, aprecia una *alta probabilidad* de que «otro» diagnóstico, otra decisión y otra asistencia sanitaria podría haber evitado, previsiblemente, el resultado lesivo; o, cuando menos, su extremo resultado (gran invalidez). Y esa alta probabilidad sirve de guía a la Sala para determinar la indemnización, pero a la que unen las circunstancias particulares del paciente.

«Es decir, en una situación de gran invalidez, sin posibilidad de atender sus necesidades más elementales sin ayuda de tercera persona; pero con la peculiaridad que tan solo tiene como ayuda la que pudiera facilitarle su madre, ya de edad avanzada, que es prácticamente nula; y todo ello contando con la edad del recurrente de poco más de cincuenta años». Así, tomando en consideración dichas circunstancias, la privación de esa pérdida de oportunidad se traduce en una indemnización que prudencialmente se fija en 500.000€, más los intereses desde la interposición de la demanda.

— Error médico y consiguiente pérdida de oportunidad por la no realización de un estudio de neuroimagen previo a la paciente antes de ser dada de alta, ante la aparición y persistencia de las cefaleas posparto. La STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de octubre de 2019<sup>50</sup>, aprecia que con ello se privó a la actora de un diagnóstico adecuado que hubiera podido evitar el accidente cerebrovascular sufrido o, al menos, minorar los daños y graves secuelas que padece. En este caso, el recurso interpuesto, pretende un

incremento de la indemnización concedida en sede administrativa (67.171,59€); y ello, según refiere la demanda, al haber quedado debidamente acreditado el error médico. La Sala desestima el recurso interpuesto al considerar, a la vista de los informes médicos, que si bien la cefalea inicialmente sufrida no fuera centinela de la posterior hemorragia cerebral, se concluye que aun en el caso de haberse realizado estudios de neuroimagen más anticipadamente, difícilmente se hubiera podido hacer algo para evitar o minimizar los daños padecidos por la actora concretándose, la infracción de la *lex artis*, en el hecho de haber sido dada de alta sin valorar la cefalea y ratificándose la pérdida de oportunidad.

### 3. ERROR O RETRASO DE DIAGNÓSTICO PRENATAL

Son también significativas las reclamaciones por pérdida de oportunidad, efectuadas en los supuestos que la jurisprudencia norteamericana conoce como *Wrongful Birth* (nacimiento injusto) y *Wrongful life* (vida injusta). Los padres demandantes ejercitan la acción de responsabilidad en nombre propio (*wrongful birth*) y en el de su hijo (*wrongful life*). En el primer caso, alegan pérdida de oportunidad, por no haberse detectado o no haber sido informados, pertinente mente, sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con determinadas malformaciones; o con algún Síndrome (por ejemplo, Síndrome de Down). Considerando que, en estos casos, se les ha privado de la oportunidad o posibilidad de interrumpir el embarazo en los plazos legales previstos en la Ley. Y respecto a la pretensión resarcitoria que ejercitan los padres en nombre del niño, el daño referido, no es otro que el propio hecho de su vida. Repárese en que en ambas acciones está asociado el daño reclamado con el hecho de la vida, por lo que existen múltiples argumentos de rechazo o de aceptación<sup>51</sup>.

De configuración distinta son los supuestos de *wrongful conception* (anticoncepción fallida). El ejercicio de acciones de *wrongful conception*, pretenden el resarcimiento por el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado. Lo que puede frustrar la decisión libre sobre la elección del número de miembros en la familia y el propio proyecto de vida. Con lo que la reclamación estaría dirigida a los gastos de manutención (alimentos) del hijo no deseado. La SAP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2014<sup>52</sup> señala la indemnización de un total de 163.205€ al médico demandado por no haber informado a los padres sobre el posible fracaso de la operación de vasectomía a la que se sometió el marido. Fracaso que se materializó con el embarazo y nacimiento de un hijo. Como argumenta la Sala, el perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas de la familia, ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación. Con todo, la propia sentencia reconoce la «dificultad de cuantificar los perjuicios derivados del nacimiento de un hijo por anticoncepción fallida, por no ser tarea fácil, ni permite una solución exacta e incuestionable»<sup>53</sup>. Nótese que la Resolución niega que el nacimiento pueda considerarse como un daño. Dado que, en virtud del artículo 15 de la Constitución, toda vida humana es digna de ser vivida, si bien reconoce, daño moral al haberse lesionado el poder de auto-determinarse lo que, a su vez, podría constituir un menoscabo de la dignidad como valor jurídicamente protegido<sup>54</sup>.

Centrándonos en los supuestos referidos de *wrongful birth* y *wrongful life*, es comúnmente admitido en la doctrina<sup>55</sup> que, en estos casos, la controversia de la relación de causalidad se incluye en los «cursos causales no verificables»: el médico demandado puede alegar, si había certeza de que la madre hubiera abortado

de haber sabido la enfermedad congénita del feto. De nuevo, el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico, pues la decisión de la madre (abortar o no) es una hipótesis, no una certeza. Y la ausencia de esta acreditación probatoria «diabólica» implicaría que el médico sostuviera que la relación de causalidad entre su conducta negligente y el resultado (nacimiento de un niño con malformaciones o con determinados síndromes) esté quebrada o a, cuando menos, mediatisada por una *supuesta o hipotética* decisión de la madre.

Así las cosas, ciertamente, el daño evaluable es difícil e inseguro y se centra, fundamentalmente, en el daño moral que para los progenitores representa la pérdida de la oportunidad de decidir si continuar o no con el embarazo. Pero progresivamente observamos cómo la jurisprudencia reconoce e incluye, de forma adicional, perjuicios patrimoniales. Esto es, los gastos excepcionales precisados por un niño o niña con una malformación o con una discapacidad grave; con lo que, en cierto modo, no dejan de atender al resultado. Al respecto, concurre una consolidada línea jurisprudencial, en virtud de la cual puede extraerse que no es solo indemnizable el daño moral (privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo), sino también el mayor coste o el incremento de la crianza de un hijo con malformaciones, patologías graves o alguna discapacidad. Inexcusablemente y tratándose de estos casos, se aprecia en esta evolución jurisprudencial que ambos —daño moral y daño patrimonial— deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (*ex art. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público (antiguo art. 141.1 de la Ley 30/1992)*). Si bien, como tendremos oportunidad de constatar, tampoco existe seguridad jurídica al respecto, pues ante supuestos similares, el *quántum* indemnizatorio es bien distinto. A continuación citamos supuestos, referidos a *malformaciones congénitas*, y nacimiento de niños con Síndrome de Down; en ambos casos, por errores de diagnóstico prenatal y falta de información.

#### *a) Malformaciones congénitas*

— Error de diagnóstico prenatal al no detectarse que el feto presentaba una malformación consistente en agenesia de la mano izquierda (SAP de Madrid, de 28 de julio de 2008)<sup>56</sup>. En este caso, el resultado de la ecografía aportada en autos, verifica que no solo no se advirtió la agenesia, sino que expresamente se hizo constar que se visualizó la mano izquierda (una mano inexistente). La agenesia de mano tampoco se detectó en los posteriores controles ecográficos practicados.

Así el Tribunal entiende que el facultativo no agotó la diligencia necesaria por cuanto afirmó que el feto tenía ambas manos, y no siendo así, *a los padres se les privó del derecho de optar, o lo que es lo mismo, se les privó de la facultad de decidir si querían traer al mundo una hija con tal deficiencia*. «El hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal, solo tiene un sentido lógico, que es el de poder decidir en su vista esa interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos».

El Tribunal estima debidamente acreditada la relación de causalidad entre el actuar del profesional sanitario y de la propia aseguradora que prestaba sus servicios sanitarios a los demandantes y el daño sufrido por estos, consistente

en la pérdida de oportunidad de los actores para decidir. La valoración del daño se estima en 9000€.

— La STS (Sala de lo civil) de 15 de septiembre de 2015<sup>57</sup>, aun sin mencionar expresamente la doctrina de la pérdida de oportunidad, se pronuncia también en un caso de nacimiento de un niño con malformaciones genéticas. Los padres, alegan infracción de la *lex artis*, en lo que respecta al diagnóstico gestacional, en relación con las ecografías practicadas y consiguiente privación de la opción de interrumpir el embarazo. El niño nació con graves defectos congénitos: síndrome de Moebius, con carencia de ambas manos, pies zambos, mrocognatia, microglosia, siringomielia y síndrome de Wolf-Parkinson-White, con gastrostomía y traqueostomía. Los padres reclaman 1.200.000€. Merece la pena reproducir la secuencia de los hechos en sede judicial:

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid, dictó sentencia (2012) y condena a la demandada a abonar 500.000€. Al considerar que hubo error en el diagnóstico prenatal, «excluyendo que el daño sea el nacimiento del hijo o la enfermedad congénita». El daño se concreta en los sufrimientos y padecimientos psíquicos que ocasiona a los padres el nacimiento y posterior crecimiento del hijo con malformaciones congénitas y, por otro, los perjuicios económicos que derivan del nacimiento del hijo con esas limitaciones y malformaciones. Recurrida en apelación, la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2013, elevó la indemnización a 1.200.000€. Argumenta la Sala que ante la dificultad de acertar en la determinación de la cuantía y acudiendo a la empatía, la sentencia de Instancia puede ser completada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos. A tal efecto, tiene en cuenta «el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida», aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres. La Agrupación Mutual Aseguradora (AMA), formuló recurso de casación en seis motivos, de los cuales únicamente fue admitido el segundo, por incorrecta aplicación de la doctrina de la imputación objetiva respecto a los daños sufridos por el hijo, citando como infringidos los artículos 1106 y 1902 del Código Civil.

En este caso se aprecia con meridiana claridad, la dificultad que supone cuantificar el daño, considerando incluidas las circunstancias particulares y el propio dolor del hijo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma el fallo de la sentencia recurrida condenando al abono de 1.200.000€.

— Curiosamente, en su caso similar de agenesia que padece una niña al nacer (falta del antebrazo y mano izquierdos), la STS (Sala de lo civil) de 6 de marzo de 2018<sup>58</sup>, desestima la pretensión ejercitada, en la que se imputa a los facultativos un *error de diagnóstico* que impidió a los progenitores adoptar la decisión de abortar dentro del plazo legal. En este punto adviértase, como pone de relieve la doctrina que «la ciencia médica tiene sus límites y por ello es posible que un profesional, actuando de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, no pueda emitir un diagnóstico que se corresponda con la situación real del paciente»<sup>59</sup>. En el caso de autos, el primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1902 y 1903, párrafos 1.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup> del Código civil porque no se suministró información a la gestante, ni antes, ni después de la realización de las ecografías; facilitándose una información equivocada basada en un diagnóstico erróneo. A los padres, se les dijo y así consta que, «explorando las extremidades del feto, no se observan alteraciones visibles y no se observan alteraciones estructurales»; lo que sustenta la reclamación atendiendo a una evidente infracción de la *lex*

*artis* y de la obligación de información. La Sala no lo considera así y desestima el recurso considerando que:

«(...) en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de las pruebas exigibles, en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad». Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda.

A nuestro juicio, si comparamos los dos pronunciamientos anteriores, pasamos del «todo» (1.200.000€) que incluye daños morales para los padres y patrimoniales para el niño [STS (Sala de lo civil) de 15 de septiembre de 2015]; y al «nada» en la STS (Sala de lo civil) de 6 de marzo de 2018. Tal vez, el resultado hubiese sido distinto si el planteamiento de la demanda, se hubiese formulado por responsabilidad patrimonial de la Administración (falta de servicio). En suma, para la pérdida de oportunidad no es indispensable, aunque puede concurrir, la vulneración de la *lex artis*.

b) *Síndrome de Down*

De nuevo, en los casos de nacimiento de niños con *Síndrome de Down* el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico. Desconocemos si en el caso concreto se hubiera optado o no por interrumpir el embarazo; si bien, ciertamente, se priva a los padres de esa oportunidad. Pero esta difícil tesitura está impregnada de una alta dosis de moralidad. Y es que, un niño aquejado de este Síndrome, no tiene impedimentos funcionales graves que impliquen sufrimiento o le impidan su normal desenvolvimiento y su felicidad<sup>60</sup>. Con todo, por lo que ahora interesa, ante la falta de información, diagnóstico erróneo prenatal o su ausencia, se trae a colación la pérdida de oportunidad. Nótese que el protocolo SEGO (2010) establece que «todas las gestantes tienen derecho a una información objetiva y clara sobre el riesgo de trisomía 21, y sobre las posibilidades actuales de las técnicas de diagnóstico prenatal. La información sobre las técnicas actuales de diagnóstico prenatal debe incluir sus indicaciones, sus riesgos específicos, así como sus posibles alternativas y debe realizarse en la primera visita de la gestación. Sería recomendable proporcionar esta información por escrito.

— Falta de información sobre las posibilidades de diagnóstico en el embarazo, que dada la edad de la paciente (43 años) se califica de alto riesgo y que se omitió a la embarazada, a pesar de haberlo puesto ella de relieve en la primera visita realizada. El resultado fue el nacimiento de una niña con Síndrome de Down y una grave dolencia cardiaca. La STS, de 23 de noviembre de 2007<sup>61</sup> estima que el daño ocasionado por esa falta de información afecta exclusivamente a los padres, a los que se le ha ocasionado un *daño moral* al verse privados de la información necesaria en el sentido de permitir la decisión sobre el sometimiento

a determinadas pruebas para el diagnóstico prenatal y optar a la solución más adecuada a sus intereses.

Este caso que, como se verá, difiere de otros, y la difícil cuantificación del daño moral se estima en 30.050€ para cada progenitor y se descarta que se haya producido un daño a la menor. La Sala dice que «no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo».

— Error de diagnóstico y nacimiento de una niña con Síndrome de Down. En este caso se valora indebidamente el resultado de una prueba cinegética que tenía como fin la determinación de anomalías. En concreto, se trata de un error de analítica por contaminación de células, que es más difícil detectar en el caso de que el feto sea del sexo femenino e impide distinguir entre las células de la madre y las del feto. Así ocurrió en el caso que resuelve la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2011<sup>62</sup>. La sentencia rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el recurrente contra la Administración del Estado y Muface, pero admite la responsabilidad de la entidad Adeslas y del Hospital por la actuación médica. Señala que «esta pérdida de la oportunidad de elegir no solo se produce cuando la prueba destinada a detectar esta anomalía genética no se realizó, debiendo hacerlo, sino también cuando pese a su práctica no se detectó la anomalía existente por una mala praxis médica». En este caso, la Sala señala que no pueden considerarse susceptibles de indemnización los hipotéticos daños y gastos que en el futuro puedan producirse, ni los trastornos diarios que supone para los padres la mayor dedicación a su hija o su inscripción en actividades extraescolares voluntarias de carácter lúdico o musical o en la fundación del síndrome de Down, pues tales conceptos no pueden considerarse relacionados con la pérdida de la oportunidad de elegir ni comprendidos como gastos extraordinarios.

La Sala reconoce que «un hijo con este síndrome conlleva una preocupación añadida y un daño moral en donde es posible incluir, no solo la pérdida de oportunidad de elegir, sino también la continua preocupación por el presente y la incertidumbre del futuro. Por lo que considera razonable fijar la indemnización en 150.000€ para ambos cónyuges, frente a la suma de 1.803.036,030€ reclamados, tanto por los daños morales que les ha supuesto la privación del derecho a poder decidir y las mayores cargas familiares, sociales y económicas».

— En otros casos el problema debatido es la falta de información y pérdida de oportunidad, con sustento en la denegación de la prueba de la amniocentesis. Se alega por los padres que no pudieron ejercitarse su derecho a decidir libremente, si optaban por la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso, nace el niño con un diagnóstico de Síndrome de Down e Hischprung. La STSJ de Castilla y León (Sala de lo contencioso administrativo) de 21 de julio de 2017<sup>63</sup>, estima, parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por la paciente y su marido, contra la administración sanitaria autonómica y su aseguradora y estima la pérdida de oportunidad. La Sala concluye que, en el presente caso, la prueba de la amniocentesis estaba cuanto menos recomendada por encontrarse la gestante muy próxima a la edad de 35 años, que usualmente se ofrecía conforme al Protocolo de 2010.

La parte demandada alegó que el seguimiento del embarazo fue conforme con la *lex artis*, ajustándose los profesionales médicos a los protocolos de la SEGO, remitiéndose a los informes de la Inspección médica y de los facultativos intervinientes sobre la no existencia de indicación de la prueba de la amniocentesis y sobre que no constaba en la historia la solicitud de la prueba de amniocentesis por la reclamante ni su denegación por los facultativos. Sobre si la gestante so-

licitó la prueba, siéndole denegada, o si, al menos, el Servicio le informó sobre la misma y le ofreció su práctica, la Sala señala que, incluso si llegáramos a la conclusión de que la prueba de la amniocentesis no estaba en este caso indicada/recomendada según protocolo, aun así, la demanda de responsabilidad patrimonial por vulneración del derecho a la libre autodeterminación por ausencia de una información adecuada habría de correr suerte igualmente estimatoria. Más aún, cuando no consta que tras la práctica del cribado del segundo trimestre se le informara de su derecho a practicarse la prueba tras la aparición de un marcador ecográfico fetal de cromosomopatía que, aunque aislado, sigue siendo un signo de alarma.

La Sala fija la indemnización en la cantidad de 80.000€ para los padres y al menor una pensión mensual vitalicia de 1.100€ (actualizable anualmente con arreglo al IPC).

#### IV. CONCLUSIONES

I. La doctrina de la pérdida de oportunidad no constituye una alternativa a la apreciación de la vulneración de la *lex artis*, aunque puede concurrir con ella. Se trata de una técnica que permite ofrecer una respuesta indemnizatoria en aquellos casos en que tal quiebra no se ha producido, pero existe un daño antijurídico e incertidumbre en la relación de causalidad. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material (final) correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre entorno a la secuencia que hubieran adoptado los hechos con una actuación distinta. Se trata de un daño cierto e indemnizable, que pudiera asemejarse al daño moral, pero en puridad, no lo es. Daño de muy difícil e incierta concreción, pues se trata en una posibilidad perdida o expectativa frustrada, de vida o de curación o de mejora en el estado de salud del paciente. En realidad estamos ante una hipótesis o conjetaura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo.

II. Para valorar económicoamente el daño por pérdida de oportunidad, concurre el cálculo probabilístico, con una evidente reducción porcentual de la indemnización, dependiendo de la probabilidad de que el daño se hubiera producido (igualmente o no) de haberse actuado más diligentemente. Con todo, la probabilidad de obtener esa ventaja o evitar un perjuicio, no puede ser general, vaga o meramente especulativa; ha de ser real, seria y altamente considerable, si bien no alcanza el 100 por cien del daño final acaecido, en el que existiría plena certeza. Con el obstáculo añadido, de que se carece de parámetros objetivos para su cálculo. Los márgenes de probabilidad para apreciar pérdida de oportunidad suelen oscilar entre el 55 y el 45 por ciento, aunque no siempre. Precisamente, las sentencias que de forma expresa aluden a porcentajes, tampoco permiten sentar respuestas absolutas. En los supuestos analizados en los que se trae a colación, la pérdida de oportunidad, en unos casos se aplica el baremo de accidentes de tráfico, que, si bien, no tiene carácter vinculante, sí resulta orientativo. Y en otros, se reconoce una cantidad global, que pondera todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en dicha suma total, el conjunto de perjuicios; por lo que, en ocasiones, considerando tales circunstancias concretas, se concluye fijándose en el resultado. Y es precisamente, en este punto, donde se altera, el margen de seguridad jurídica con pronunciamientos dispares ante supuestos similares.

## V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala de lo Civil) de 14 de septiembre de 1998
- STS de 26 de julio de 2000
- STS de 21 de octubre de 2005
- STS de 23 de mayo de 2006
- STS de 18 de diciembre de 2006
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de noviembre de 2008
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de junio de 2010
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 2007
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de noviembre de 2007
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 2007
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de julio de 2008
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de octubre de 2011
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de enero de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de enero de 2012
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de mayo de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 2012
- STS (Sala de lo Contencioso administrativo) de 3 de diciembre de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de enero de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de septiembre de 2015
- STS de 25 de mayo de 2016
- STS (Sala Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018
- STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 2018
- STS (Sala de lo Civil) de 19 de febrero de 2019
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de octubre de 2003
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007
- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2011
- STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 2007
- STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2008
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de julio de 2017
- STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de 28 de abril de 2009
- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de octubre de 2006
- STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019.
- STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso) de 30 de octubre de 2019
- SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2014
- SAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>) de 23 de noviembre de 2018

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PONCE, A. (2011). Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010). *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 184, 509-514.

- ALONSO PÉREZ, M. (2000). La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Ed. Dykinson, Madrid.
- ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1985.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. (2008). Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 31. Parte Estudios.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2006). La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 38, Sección Estudios, mayo (LA LEY 964/2006).
- GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J. (2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 35-65.
- LUNA YERGA, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 1-14.
- LLAMAS POMBO, E. (2010). Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. — (2011). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 218 y sigs.
- MACÍA MORILLO, A., (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN CASALS, M. (2011). La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC)* Ed. Universidad de Murcia.
- MEDINA ALCOZ, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Civitas, Cizur Menor.
- NAVARRO SIMÓN, E.M.<sup>a</sup> (2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 313-327.
- PAÑOS PÉREZ, A. (2014). Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, La Ley 7189, 1-20.
- PÉREZ VALLEJO, A.M.<sup>a</sup> (2012). Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, noviembre-diciembre, 14-31.
- RUBIO TORRANO, E. (2012). Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 53-59.
- SALVADOR CODERCH, P. (2002). Causalidad y responsabilidad. 2.<sup>a</sup> ed. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 94, 1-25.
- TAPIA HERMIDA, A.J. (2019). La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Núm. 71, 31-50.
- XIOL RIOS, J.A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 9-38.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.* ALONSO PÉREZ, M., La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*), en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Ed. Dikinson, Madrid, 2000, 37. Sobre el concepto, evolución y alcance de la *lex artis* véanse 33 y sigs.

<sup>2</sup> *Vid.* entre otras, la STS de 26 de julio de 2000 (LA LEY 11909/2000).

<sup>3</sup> La *lex artis ad hoc* comporta que la actuación del facultativo debe ajustarse «no solo al cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis; sino a la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias». *Vid.* SSTS de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3535) y 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172).

<sup>4</sup> Los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son: el daño o lesión patrimonial, su antijuridicidad, su imputación a la Administración como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, y la relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

<sup>5</sup> STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. Roj STS 352/2018.

<sup>6</sup> *Vid.* entre otras, la STS de 26 de julio de 2000 (LA LEY 11909/2000).

<sup>7</sup> *Vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 mayo de 2012 (JUR 2012, 186124)

<sup>8</sup> *Vid.* LLAMAS POMBO, E. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. *Ob. cit.* 924 y 925. Y del mismo autor *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 218 y sigs. (LA LEY 13903/2011).

<sup>9</sup> *Vid.* entre otras las SSTS (Sala de lo Civil) de 14 de septiembre de 1998 (LA LEY 8492/1998), de 25 de abril de 2007 (Sala de lo contencioso-Administrativo) (RJ 2007, 3532) y de 2 de noviembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 2008, 463). Y la más reciente STS de 6 de febrero de 2018 Roj: STS 352/2018.

<sup>10</sup> PÉREZ VALLEJO, A.M.<sup>a</sup> (2012): Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, (noviembre-diciembre 2012, 14-31

<sup>11</sup> La conocida regla *res ipsa loquitur*, («las cosas hablan por sí mismas») ha sido profundamente estudiada por la doctrina angloamericana, bajo el principio de la *circumstancial evidence*. Responde a la regla o prueba *prima facie* o *Anschiebsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, a la prueba de presunciones de la jurisprudencia italiana y a la regla de la *faute virtuelle* de la doctrina francesa (culpa virtual). *La Cour de Cassation* francesa aplicó por primera vez esta teoría en un supuesto enjuiciado en el año 1960 en materia de responsabilidad médica, por los daños que sufrió un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X. Desde el año 1996 fue acogida por nuestro Tribunal Supremo.

<sup>12</sup> STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547).

<sup>13</sup> «(...) Ante el daño desproporcionado se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume»; y en este caso, «no se ha producido por parte del demandado una explicación que excluya la apreciación de negligencia por falta de atención durante el postoperatorio» (FJ 2.<sup>º</sup>). STS, (Sala de lo civil), 417/2007, de 16 de abril, Vicente Luis MONTES PENADÉS.

<sup>14</sup> *Vid.* LUNA YERGA, A., (2005) Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, año 2005, 3.

<sup>15</sup> SALVADOR CODERCH, P. (2002) Causalidad y responsabilidad. 2.<sup>a</sup> ed. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 94, 13.

<sup>16</sup> En cambio, sí aparece en el artículo 3:106 PETL (Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil), bajo el epígrafe «Causas inciertas de la víctima» donde se señala que la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una inactividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera (causas inciertas en la esfera de la víctima).

<sup>17</sup> Entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.31/2008. Parte Estudios. (BIB 2008579). XIOL RÍOS, Juan Antonio: El daño moral y la pérdida de oportunidad, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, 11. MARTIN CASALS, M., La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. En, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*. Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) Ed. Universidad de Murcia, 2011, 42. GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 (2015), 38.

<sup>18</sup> STS de 13 de enero de 2015 (Rec. Núm. 612/2013).

<sup>19</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 186124).

<sup>20</sup> RUBIO TORRANO, E., Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012). *Revista Aranzadi Civil Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, 55.

<sup>21</sup> STS (Sala de lo civil) núm. 105/2019, de 19 de febrero, (*RJ* 2019, 613). Ponente: Eduardo BAENA RUIZ.

<sup>22</sup> STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. Roj STS 352/2018.

<sup>23</sup> Vid. LUNA YERGA, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret* núm. 288, 4. MEDINA ALCOZ, L. (2007) *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 55. LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 51 y sigs. (LA LEY 13903/2011). TAPIA HERMIDA, A.J., La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Núm. 71, 2019, 46.

<sup>24</sup> Vid. MARTIN CASALS, M., La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual. *Ob. cit.* 42 y 43.

<sup>25</sup> LLAMAS POMBO, E., Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones. *Ob. cit.* 50 y sigs. (LA LEY 13903/2011). GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 (2015), 60.

<sup>26</sup> (STS 1177/2016, de 25 de mayo (recurso de casación 2396/2014).

<sup>27</sup> Así lo señala la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 278672), a propósito de la pérdida de oportunidad por falta de advertencia de los riesgos.

<sup>28</sup> La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 264821) señala que se repara la pérdida de oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final y más favorable al que se produjo (sordera total y definitiva del paciente). En parecido sentido la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 166246), establece que la obligación de indemnizar gira sobre la base de la falta de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados, sino sobre la base de un retraso en el diagnóstico final del paciente que pudo y debió practicarse. En igual sentido, se pronuncia el TSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de 28 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 244913).

<sup>29</sup> STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso) de 4 de noviembre de 2019. Roj: 2304/2019. Ponente: M.<sup>a</sup> Consuelo URIS LLORET.

<sup>30</sup> STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Ponente: Wenceslao F. Olea Godoy. Roj STS 352/2018

<sup>31</sup> TAPIA HERMIDA, A.J., La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 71, 2019, 45.

<sup>32</sup> Sentencia que a su vez cita la STS de 27 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 6548).

<sup>33</sup> RUBIO TORRANO, E., Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012), *Revista Aranzadi Civil — Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, 55.

<sup>34</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1298) (recurso de casación núm. 5893/2006), y la de 22 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6930).

<sup>35</sup> Esta sentencia desestima la pretensión de una paciente contra un centro estético en reclamación de daños y perjuicios, por falta de consentimiento informado, y haberle ocasionado quemaduras de segundo grado tras tratamiento estético con láser ND YAG y con IPL2VL. *Vid.* SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) núm. 423/2018 de 15 de junio.

<sup>36</sup> STS (Sala Primera) de 16 enero 2012. Rec. 2243/2008.

<sup>37</sup> *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de octubre de 2007 (*JUR* 2007, 339906).

<sup>38</sup> Un amplio comentario a esta sentencia puede verse en NAVARRO SIMÓN, E.M.<sup>a</sup>, *Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la sentencia del tribunal supremo de 8 de abril de 2016. Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, 313-327.

<sup>39</sup> STS de 8 de abril de 2016. (*ROJ* STS 1427/2016).

<sup>40</sup> STS (Sala Primera) de 16 de enero de 2012 (*RJ* 2011, 948) Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

<sup>41</sup> SAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>) núm. 511/2018 de 23 de noviembre.

<sup>42</sup> STS de 25 de junio de 2010 (*RJ* 5886, 2010) Ponente: José Manuel SIEIRA MÍGUEZ. Véase el comentario a esta sentencia en ALARCÓN PONCE, A., Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (Comentario a la STS de 25 de junio de 2010). *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 184, 2011, 509-514.

<sup>43</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 6872).

<sup>44</sup> En el caso de autos queda probada la evidente e indebida demora en la respuesta; así consta acreditado que, «a las 13,45 h. el afectado fue trasladado al centro de salud de Cullera (Valencia) desde donde, sin realizarle exploración alguna, se le envió al Hospital La Fe en Valencia, al que llegó una hora más tarde. Como quiera que entonces, no existía cámara hiperbárica en Valencia, resultaba obligado a trasladarse al Hospital de la Cruz Roja de Barcelona. En lugar de hacerlo en helicóptero «medicalizado» (que se encontraba disponible y practicable), se decidió hacerlo en ambulancia, que partió a las 18,30 h. llegando a su destino a las 23,30 h.».

<sup>45</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2008 (*JUR* 2009, 6901).

<sup>46</sup> STS (Sala de lo contencioso administrativo) de 2 enero 2012. (*RJ* 2012, 2).

<sup>47</sup> La Sra. ingresó el 11 de septiembre de 2006 en el Servicio de Urgencias del Hospital (...) por dolor costal derecho. Fue diagnosticada de tromboembolismo pulmonar y se descartó proceso tumoral torácico o abdominal. La paciente recibió el alta el 27 de septiembre de 2006 y desde entonces, fue atendida en dicho centro en tres ocasiones hasta que el 1 de enero de 2007 sufrió un episodio de disnea y, en el traslado en ambulancia tuvo una parada cardiorrespiratoria. La práctica de una laparotomía exploradora urgente evidenció una carcinomatosis peritoneal (cáncer en diafragma, intestinos delgado y grueso, y mesenterio). La paciente falleció ese mismo día.

<sup>48</sup> La STS (Sala de lo Contencioso administrativo) de 3 de diciembre de 2012. (*RJ* 2013, 582). Ponente Ricardo ENRIQUEZ SANCHO.

<sup>49</sup> STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de febrero de 2018. Roj STS 352/2018. Ponente: Wenceslao F. OLEA GODOY.

<sup>50</sup> STSJ de Valladolid (Sala de lo Contencioso) de 30 de octubre de 2019. Roj 4505/2019. Ponente E. LUCAS LUCAS.

<sup>51</sup> Sobre el particular puede consultarse ampliamente a MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 96-118. PAÑOS PÉREZ, A., Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, *La Ley* 7189/2014, 1-20.

<sup>52</sup> SAP de Barcelona núm. 440/2014, de 25 de septiembre. Ponente M. RALLO AYEZ-CUREN.

<sup>53</sup> Afirma la Sala que no se está ante un caso fortuito, ya que la operación de que se trata tiene posibilidades de fracasar, y aunque ello sea muy improbable, no excusa del deber de información al paciente para que, dentro de su autonomía, pudiera asumir el riesgo. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización tiene en cuenta para su determinación, entre otras cuestiones, la pérdida de ingresos de los recurrentes ya que la madre tuvo que dejar de trabajar debido a que el embarazo se consideró de alto riesgo; también el daño moral padecido atendiendo al impacto psíquico de los actores al ver frustradas sus expectativas de no tener más hijos después de haber tomado medidas para evitarlo. Por lo que se refiere a la partida reclamada de contribución a la crianza del menor, como consecuencia de las dificultades económicas de la familia ligadas al nacimiento, si bien es cierto que son los padres los obligados a la manutención de los hijos, la Sala accede a la reclamación condenando al médico demandado al pago de una cantidad estimada de la crianza del menor hasta los 18 años.

<sup>54</sup> STS de 4 de noviembre del 2008, rec. 4936/2004).

<sup>55</sup> Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, R., La quinta sentencia del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*: se puede decir ya que existe una «jurisprudencia» en la materia. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 38, Sección Estudios, Mayo 2006, (LA LEY 964/2006). Vid. LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, 231. (LA LEY 13903/2011).

<sup>56</sup> Vid. SAP de Madrid de 28 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 376602).

<sup>57</sup> La STS de 15 de septiembre de 2015, Roj 3752/2015. Ponente: SEIJAS QUINTANA.

<sup>58</sup> En el caso de autos se había realizado varias ecografías bidimensionales en las semanas de gestación 8, 12, 15, 19, 24 y 28. También la gestante había acudido al centro (...), integrado en el cuadro médico de (...), S.A. y donde el Dr. (...) (especialista en ecografía obstétrica) practicó a la embarazada una ecografía bidimensional en la semana 20 de embarazo, sin apreciar anomalías en el feto. En la semana 30 de embarazo el Dr. (...) realizó una nueva ecografía y apreció una agenesia del antebrazo y mano izquierdos. *Vid. STS* (Sala Primera) de 6 de marzo de 2018. Ponente: José A. SEIJAS QUINTANA Roj 724/2018. <sup>59</sup> ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, 313.

<sup>60</sup> Un estudio (*American Journal of Medical Genetics* 155; 2360-2369, 2011) se centró en las opiniones de los padres de niños con síndrome de Down. De las más de 2000 respuestas, un 99% dijo querer a su hijo, un 97% está orgulloso de él y un 79% explicó que su visión de la vida es ahora más positiva. Frente a ellos, tan solo un 4% se arrepiente de haberlo tenido. Pero por lo que aquí interesa, otro informe se centró, precisamente, en sus protagonistas. Sus resultados ponen de manifiesto que, desde el punto de vista de las personas con trisomía 21, alrededor del 99% indicó que se siente feliz con su vida, un 97% aseguró que les gusta su forma de ser y a un 96% le agrada su físico. Solo un pequeño porcentaje se mostró triste por tener síndrome de Down. *Vid.* «La gran mayoría de las personas con Síndrome de Down son felices con sus vidas». Observatorio de Bioética. Instituto Ciencias de la vida. Disponible: <https://www.observatoriobioetica.org/2013/12/la-gran-mayoria-de-las-personas-con-sindrome-de-down-son-felices-con-sus-vidas/662> (Último acceso: 12.04.2020)

<sup>61</sup> STS (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 2007 (*RJ* 2008, 24).

<sup>62</sup> la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2011 (RJCA 2011/880).

<sup>63</sup> STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 3.<sup>a</sup>, núm. 932/2017, de fecha 21 de julio de 2017.