

LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICA

Eduardo Asensi Pallarés

Socio Director Jurídico del despacho Asjusa-Letramed
Profesor Honorario de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
Profesor en el Máster de acceso a la abogacía en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Iñigo Cid-Luna Clares

Asociado y Coordinador del Área Contencioso-Administrativo del Despacho Asjusa-Letramed
Profesor en el Máster de práctica jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: En el presente trabajo se analiza la aplicación por nuestros tribunales de la doctrina de la pérdida de oportunidad en reclamaciones por responsabilidad médica, su problemática y su evolución en los últimos años.

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, problemática de su aplicación, responsabilidad médica.

Title: Ongoing evolution of the loss of opportunity doctrine in the medical liability field

Abstract: The present work addresses the application of the loss of opportunity doctrine by our courts in medical negligence claims, the problems faced, and the evolution over recent years.

Keywords: loss of opportunity doctrine, problems and application, medical liability.

Sumario. 1. La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. 2. Introducción. 3. El origen de la doctrina de la pérdida de oportunidad. 4. Aplicación por nuestros tribunales de la doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica. 5.- Problemas en la Aplicación de la doctrina de la Pérdida de Oportunidad (La casualidad probabilística). 6. El abuso en el uso y aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en Responsabilidad médica por los tribunales. 7. Conclusiones.

1. Introducción

La doctrina de la pérdida de oportunidad se ha ido incorporando, y se viene aplicando por nuestros tribunales de Justicia desde los años cincuenta —asuntos de responsabilidad civil profesional del abogado—, y desde los años ochenta en responsabilidad civil médica. Hoy día, pese a la falta de sustento normativo en nuestro Ordenamiento, en responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se trata de una doctrina absolutamente asentada en nuestros tribunales.

La Sala tercera de nuestro Tribunal Supremo, y los tribunales de lo contencioso administrativo, vienen admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, y la han aplicado a la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que en ningún caso puede afirmarse que el interesado se habría curado o que, aún puestos todos los medios correctos, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad. Se trata siempre de casos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión, se considera negligente. Ello es obvio en un sistema que requiere la culpa para imputar la responsabilidad, y no en un sistema objetivo¹.

Si bien, es cierto que en su origen se vinculó directamente con el nexo de causalidad, admitiendo lo que se denominó la causalidad probabilística, por el contrario, en los últimos años ha sufrido una evolución, vinculándose más con la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad. Lo que en nuestra opinión supone una objetivización de la responsabilidad patrimonial. La primera sentencia del Tribunal Supremo en la que se aplica esta doctrina en responsabilidad médica es, precisamente, de la Sala primera, de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371), en la que se estudió un supuesto de posible responsabilidad de un ATS, que por error trasladó la mano amputada a otro recipiente, con lo cual no estuvo en condiciones para un posible reimplante. La sentencia del Tribunal Supremo estimó parcialmente la demanda y declaró, literalmente, que “*En suma, pues, a la demandada doña Nuria M.G. no se le puede más que imputar la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*”.

2. El origen de la doctrina de la pérdida de oportunidad

El origen doctrinal de la pérdida de oportunidad está en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y con posterioridad se ha introducido en otros ordenamientos (EEUU, Canadá, Italia). En EEUU hay un

¹ CLARA I. ASUA GONZÁLEZ. “Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Sanitaria” año 2008, *Aranzadi Civil*, número 31., p. 67.

cuerpo doctrinal y jurisprudencial muy articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, y se acude a esta doctrina básicamente en supuestos de daños personales producidos en el ámbito médico, y no podemos pasar por alto las aportaciones que en esta materia han hecho muchos países iberoamericanos como Argentina (pérdida de la chance).

Llama la atención que se trata de un principio de origen judicial, y que hoy día en España no está recogido en ninguno de los textos generales de responsabilidad, tan solo está recogida básicamente en nuestra jurisprudencia, y por el Consejo de Estado. Sí encontramos este principio en Derecho Europeo, en concreto en la parte general del Código Europeo de Contratos (artículo 163), en el que se admite que forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato. Eso sí, exige una certeza razonable para que pueda considerarse ocasionada por el incumplimiento contractual, y debe evaluarse en función del citado incumplimiento.

En relación con la normativa Europea y la doctrina de la pérdida de oportunidad, y en especial su aplicación en materia de responsabilidad civil, es importante destacar el "proyecto de principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" (art. 3: 106). En este proyecto, bajo el epígrafe "*Causas inciertas de la víctima*"; se establece 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.

Como curiosidad, y es indicativo de la influencia de esta doctrina en la reducción de las exigencias del nexo de causalidad, este artículo viene acompañado de un comentario del director del proyecto, el profesor holandés Jaap Spier, en el que aclara; por un lado, que su tenor tiene que ver con causas potenciales pertenecientes a la esfera de la víctima, y se basa en parte en el concepto de pérdida de oportunidad, si bien, por otro lado, advierte que el grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la pérdida de oportunidad porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto.

En opinión de Luis Medina Alcoz², esta decisión del grupo, se puede deber a la opinión de algunos autores como Francesco Donato Buselli, uno de los autores del borrador del texto definitivo, que es un ferviente crítico de esta doctrina, y que sostiene que esta doctrina de la pérdida de oportunidad es "*una invención made in France que es, en unos casos, puramente inútil y, en otros distorsionante y, en todos caso, de fisionomía indescifrable, que constituye una pseudo categoría inexistente*".

Es aquí donde nos encontramos numerosas críticas por parte de algún sector doctrinal a la teoría de la pérdida de oportunidad como herramienta de

² Luis Medina Alcoz. "Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y extracontractual); la doctrina de la pérdida de oportunidades" año 2009, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, número 30., p. 31.

flexibilización del nexo de causalidad, frente a la teoría causal tradicional, del todo o nada³. El problema está para muchos autores en que a veces se desestimaban reclamaciones por falta de acreditación de un nexo causal, cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable. Por ello, hoy día es fácil encontrarse numerosas sentencias que admiten esta doctrina, y lo aplican directamente como criterio de reducción de la exigencia de un nexo único y exclusivo.

Así, podemos mencionar, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 6 de marzo de 2012 (200/2012), en la que se declara literalmente que *“nuestra jurisprudencia ha llegado a perfilar, en cierta medida, uno de los elementos más complejos de la responsabilidad de la Administración; nos estamos refiriendo a la relación de causalidad, si bien en una primera etapa era exigencia ineludible la existencia de una sola causa y ésta siempre imputable a un ente público, en la actualidad, con indudable acierto, la jurisprudencia ha venido analizando la presencia de causas concurrentes o incidentales en la producción del daño que moderan proporcionalmente la responsabilidad de la Administración”*.

3. Aplicación por nuestros tribunales de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica

En la jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido ampliamente aceptada, en sus comienzos por la Audiencia Nacional, durante la época del Insalud y, a continuación en los Juzgados y Tribunales de Justicia del orden contencioso administrativo tras las transferencias a las comunidades autónomas en materia de sanidad.

Son numerosas las sentencias que encontramos de la Audiencia Nacional aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, y también supuestos de tratamiento o asistencia tardía. Así, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003\265285), declara que *“se ha demostrado que un retraso de solamente de tres a seis meses puede producir una disminución del 12% en la supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo”*. Y en la misma línea, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 20 de abril de 2006 (*El Derecho* 2006/83952) en la que se desestima el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en relación a un error de diagnóstico de un infarto agudo de miocardio que desemboca en una encefalopatía postanóxica. Las secuelas que presentaba el paciente eran coma profundo, no realizando movimientos espontáneos de las extremidades, presenta espasticidad y sin nivel de conciencia, considerando su estado como definitivo”. La reclamación solicitaba un quantum indemnizatorio de 1.131.246,08 €-. Sin embargo, la Audiencia Nacional estima el daño en 240.404,84 €, estimación que es compartida por este mismo Tribunal Supremo.

³ STS de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005,8763) y SSTS de 24 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3203) se declara expresamente que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño.

Dicha determinación del quantum indemnizatorio se basó precisamente en lo que se acaba de exponer en este motivo de casación: la doctrina de la pérdida de oportunidad. Señala la Audiencia Nacional en su Sentencia y comparte el Tribunal Supremo que *"la asistencia prestada no fue conforme a la atención que se exige por los protocolos para supuestos semejantes al que nos ocupa, a pesar de no resultar acreditado que de haberse prestado una asistencia correcta se hubiera conseguido un resultado distinto y más favorable, pues no consta que la encefalopatía anóxica que ha llevado al paciente al estado vegetativo en el que se encuentra se hubiera producido de todos modos en el caso de que la asistencia hubiera sido distinta, ni que el resultado se hubiera podido evitar en el caso de que el paciente hubiera estado ingresado el día 27"*.

Más recientes, encontramos igualmente sentencias dictadas por Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia en los que se admite la aplicación de esta doctrina. Así, la sentencia del Juzgado nº2 de Mérida, de 13 de diciembre de 2012 (289/2012), aprecia *"una pérdida de oportunidad para el paciente como consecuencia de la demora en el diagnóstico del cáncer de pulmón que ya era objetivable desde que en febrero de 2009 se le realizó radiografía para el preoperatorio del cáncer de vejiga que también padecía"*. Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 15 de noviembre de 2012, admite que *"existió una pérdida de oportunidad de haber diagnosticado y tratado la patología urológica y con ello evitar la pérdida del riñón. En relación a la cuantía, indemniza el daño moral circunscrito a la pérdida de oportunidad de haber diagnosticado la patología previa y con ello evitar la pérdida funcional del riñón, fijando una cantidad de 20.000 € a lo que suma los gastos médicos de la privada al considerar que ha existido una pérdida de confianza del sistema público"*.

Por tanto, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido, y con el requisito del nexo de causalidad (causalidad probabilística). A efectos de indemnización, supone que se indemniza, no el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

En relación con el trabajo que nos ocupa, esto es, la evolución que ha sufrido la doctrina de la pérdida de oportunidad en nuestros tribunales en estos últimos años, siempre en relación con responsabilidad médica, se viene aplicando en principio en los supuestos en los que queda acreditado una concausa con el resultado final (el resultado lesivo no es imputable en exclusiva a la actuación sanitaria), y se traduce en una estimación parcial, de forma proporcional, atendiendo al porcentaje de culpa del agente interviniente en el daño final.

Como explica Álvaro Luna Yerga⁴, *«Es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por*

⁴ LUNA YERGA, A., 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, p.

la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados».

Y es que es cierto que en materia sanitaria es fácil imaginar la existencia de supuestos en los que se produce una confluencia de causas en la producción del resultado dañoso sobre la vida, la salud o la integridad física del paciente; supuestos en los que influye la propia patología del paciente, e incluso la complejidad de la intervención o el tratamiento que se debe aplicar influyen en la producción del resultado.

Precisamente, ante las dificultades probatorias del nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad médico sanitaria, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba. Es posible que sea una solución más equitativa, o como algún autor⁵ ha señalado, la menos mala; porque, por un lado, impide liberar al agente dañoso por dificultades probatorias y, por otro, le obliga a reparar un daño sólo en proporción a la incidencia de su actuación en el menoscabo causado.

Asimismo, se ha defendido por algunos autores⁶ que un sistema realmente estricto con la causalidad dejaría sin indemnización muchos casos de daños efectivamente causados, y con ellos no se cumpliría la función reparadora de la responsabilidad civil. Se ha argumentado a favor haciendo referencia al sentido de la justicia, criticando los resultados arbitrarios a los que conduce la regla del todo o nada, o la situación de un perjudicado que percibe que en un juicio de responsabilidad sale indemne quien ha desarrollado una conducta negligente que puede haberle causado un daño.

Indudablemente, la teoría de la pérdida de oportunidad viene a alterar el planteamiento tradicional— el peso de la incertidumbre recae en su conjunto sobre un solo sujeto—, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente (profesional) responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo.

En definitiva, nos encontramos con una doctrina que en muchas ocasiones resulta cuestionable su aplicación, ya que contradice un postulado básico del derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo. La indeterminación de la actual normativa —tanto el artículo 106 de la CE como el artículo 139 de la LRJPAC— ha llevado a la jurisprudencia a manejar muchas concepciones distintas de la causalidad, unas muy amplias y otras más restrictivas, lo que nos lleva en ocasiones a una enorme inseguridad jurídica. Así, venimos observando en responsabilidad médica como la jurisprudencia ha evolucionado desde una causa única y exclusiva, a admitir doctrinas que suponen la flexibilización de la

⁵ Luis Medina Alcoz. "Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y extracontractual); la doctrina de la pérdida de oportunidades" año 2009, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 30., p. 31.

⁶ Marina Gascón Abellán, Prueba de la Causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad. Derecho de Daños. Sepin 2011.

exigencia del nexo; como sucede con la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

En definitiva, se ha convertido en un recurso cada vez más habitual al que se acude en el ámbito de la responsabilidad médica para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. A través de ella se pretende evitar la drástica solución a que conduce el modelo causal tradicional: todo o nada.

4. Problemas en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (La causalidad probabilística)

La doctrina en general es partidaria de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, pero siempre y cuando se parta de unos criterios que permitan restringir en alguna medida su ámbito de aplicación. Así, en principio, esta doctrina se debería aplicar en los supuestos de incertidumbre causal estricta; esto es en supuestos que quede acreditado una probabilidad causal seria, no desdeñable. Evidentemente, sin alcanzar el nivel máximo que permite tener por cierto el hecho casual, pero superando un nivel mínimo de certidumbre.

Sin embargo, esto en la práctica no siempre es así, la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la pérdida de oportunidad. De hecho, el primer problema que nos encontramos al aplicar esta doctrina es la ausencia de límites, de umbrales mínimos de certeza que admitan su aplicación.

El sentido común nos lleva a pensar que no es conveniente su aplicación cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, pues podría descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal. Lo contrario supone que el agente siempre será considerado causante del daño en función de la probabilidad estadística de su causación, pese a que su incidencia casual en el daño es insignificante. En este sentido, tal y como afirma José Guerrero Zaplana⁷, *“es necesario que este criterio de indemnización de la pérdida de oportunidad se utilice con especial prudencia pues, de no hacerlo así, se podría producir la indemnización de supuestos absolutamente improcedentes”*.

Por tanto, el primer problema que plantea la causalidad estadística o probabilística es determinar qué porcentaje de pérdida de oportunidad es necesario para admitir que concurre el requisito del nexo de causalidad o si cualquier pérdida de oportunidad es indemnizable. Y es que no existe acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario ha de extenderse su aplicación a todos los casos.

La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530), en relación con la exigencia del nexo de causalidad, declara literalmente que *“basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad”* ¿Qué se entiende por certidumbre manifiesta?

⁷ José Guerrero Zaplana, Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo Audiencia Nacional. *Las Reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria*. Editorial Lex Nova 5ª Edición. Año 2006.

En el caso de España, y en concreto en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño incierto o eventual, es decir la ventaja frustrada. En derecho sanitario, se indemniza también el daño incierto, esto es la posibilidad de estar en la parte buena de la estadística.

En este sentido, es importante traer a colación como en otros países sí se exige un juicio mínimo de verosimilitud para admitir la aplicación de la pérdida de oportunidad. Por lo general, un 50% en el derecho angloamericano, y hasta un 80% en países como Inglaterra. En estos ordenamientos se admite la aplicación de la doctrina de la probabilidad estadística, pero bajo el criterio de (*more probable than not*). Dicha teoría determina que para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud material de relación de causalidad, el Tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un "grado suficiente de probabilidad" sobre todo cuando se trata de una "alta probabilidad", esto, es, de una probabilidad próxima a la certeza ("probabilidad cualificada").

De manera que cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico o la patología de base), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño.

Esta es la doctrina que se recoge en una Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido (*caso Gregg v. Scott*), relativa al diagnóstico tardío de un linfoma no *Hodgkin*. Dicha Sentencia dio lugar a un arduo debate que duró nueve meses y fue resuelta por tres votos frente a dos de los Magistrados que integraban el Tribunal. La conclusión que alcanza la Cámara de los Lores es que una pérdida de oportunidad inferior al cincuenta por ciento de probabilidad estadística no es susceptible de generar responsabilidad por ausencia del nexo causal. La opinión de la mayoría de los Magistrados (*Lord Hoffman, Lord Phillips & Baroness Hale*) se expresa en los siguientes términos literales: "*the traditional principle that a claimant must have had more than 50% chance of survival to establish causation in order to satisfy the balance of probabilities test*".

Similar criterio han seguido los Tribunales de los Estados Unidos de América. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo Kansas (*Pipe v. Hamilton*) 2002 (diagnóstico tardío de tejido estomacal gangrenado) señala que la pérdida de oportunidad del 10% es insuficiente para generar responsabilidad, ya que es necesaria una pérdida de oportunidad sustancial o apreciable.

La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad, y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente.

En conclusión, el riesgo, y uno de los problemas de la aplicación práctica de esta doctrina, es que abre la puerta a un resarcimiento cuando no se alcanza ese grado suficiente de probabilidad y, por tanto, cuando no puede tenerse por

cierto el hecho de la causalidad. La doctrina de la pérdida de oportunidad es, esencialmente, un cálculo de probabilidades, que debería quedar acotado en un nivel mínimo de seriedad de la chance, y otro máximo de certeza del hecho causal para concretar su contenido y aplicación.

Bajo este planteamiento, si las probabilidades causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y se brinda una reparación total; en cambio, si no llega a esa cifra, se niega su existencia y se libera por completo al agente. Sin embargo, en nuestro derecho se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una responsabilidad probabilística, cuando realmente la prueba practicada ha acreditado que las posibilidades de influencia de la actuación sanitaria en el daño son mínimas y, en algunos casos, altamente improbables o inexistentes.

Nuestros tribunales han aplicado la Teoría de la Probabilidad Estadística, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2005 (ponente: Sr. Martínez-Calcerrada Gómez), la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (Ponente: Sr. Cobal Fernández), donde se determina: "El resultado lesivo (parálisis cerebral) que surge el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipóxico-isquémica producido por un periodo expulsivo prolongado, y esta precisión es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena certeza procesal ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada".

En referencia a lo expuesto, resulta enormemente ilustrativa la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (RJ 200\2322) donde se determina respecto al porcentaje de éxito de la asistencia médica: "el tribunal a quo ha estimado que la relación de causalidad no existe con la muerte sino con la pérdida de expectativas, descartando para ello el recurso a las presunciones" y con ello incurre en la presunción de que el perjuicio es equivalente a la probabilidad estadística de supervivencia, esto es, que entre el porcentaje de probabilidades de éxito de la intervención omitida y el perjuicio real causado, o entre aquél y la valoración de tal perjuicio, no existe enlace preciso y directo que permita reducir mediante presunciones al 20% ni el perjuicio (la muerte, el daño moral causado a los demandantes) ni la indemnización correspondiente. El motivo se desestima".

5. El abuso en el uso y aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica por los tribunales

Existe una tendencia general en nuestros tribunales a dejar de calcular rigurosamente el valor del daño sufrido, una falta de mínima motivación justificativa de la cantidad concedida. Y en el caso de la aplicación de la pérdida de oportunidad no sólo se echa en falta criterios de razonabilidad estadística, sino que, además, en algún caso se observa una utilización abusiva de la oportunidad perdida que consiste en reparar daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables. En concreto, se observa una tendencia en nuestros tribunales a vincular la doctrina de la pérdida de oportunidad con la *lex artis*, en lugar de con el nexo causal, convirtiéndolo en un elemento de la antijuridicidad.

En este sentido, destaca la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2009, en la que se declara literalmente que *"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación"*.

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

Así, vemos como el Tribunal Supremo reconoce que la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida por la Sala 3ª, y lo vincula con la *lex artis*, de suerte que objetiva la responsabilidad patrimonial sanitaria, convirtiendo la mera pérdida de oportunidad en un daño indemnizable en concepto de daño moral —por las expectativas de curación— y, todo ello, sin analizar mínimamente la relación causal con los daños reclamados.

Sin embargo, lo correcto es vincularlo a la relación de causalidad como probabilidad altamente fundada de que un resultado determinado no es completamente ajeno a una actuación, ni es totalmente producto de su realización. Antes que a un modelo de daño, aunque indudablemente tiene repercusión en el quantum indemnizatorio.

Esta interpretación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como elemento de antijuridicidad, con independencia de su relación con el resultado, ha sido seguida por algunos Tribunales, así el Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca, de 29 de abril de 2010, aborda una reclamación de un niño que nace con una cardiopatía no diagnosticada hasta su nacimiento. Quedó acreditado que hay un error en la interpretación de la prueba, pero la realidad es que aunque se hubiera diagnosticado en la semana 27, no hubiera sido posible el aborto puesto que no se encontraba en el plazo de despenalización de nuestro Código Penal (no hay daño, ni privación de expectativas alguna).

En la misma línea, la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Asturias, de 18 de abril de 2011 (PO 425/2011), estudia en caso de un retraso de 4 meses en practicar una mamografía preferente (solicitada en marzo y se hace en julio). La sentencia considera que no quedó acreditado que la realización de las pruebas con urgencia hubiesen modificado el tratamiento y resultado, entiende que no afecta al pronóstico. Sin embargo, concede una indemnización por el

"sufrimiento y angustia al ver como nada se hacía en orden a tratar de curar el mal padecido, siendo por ello por lo que este Tribunal considera que se ha ocasionado un daño moral que, lógicamente, deberá de ser reconocido". Y cuando fija la cuantía de la indemnización el Tribunal habla de "pérdida de oportunidad".

Llamativa resulta también la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 7 de julio de 2010, en la que declara expresamente que *"Ahora bien, sentado lo anterior no cabe, sin embargo concluir que exista una relación directa entre esta deficiente asistencia sanitaria, se le da el alta el 6 de abril cuando no era lo procedente de acuerdo con la patología que presentaba, con la amputación de la pierna, pues todos los doctores informan que la intervención del aneurisma entraña riesgos que incluso pueden afectar a la vida del paciente, y no podemos tampoco estar seguros de que la integridad física del recurrente no se hubiera visto afectada si la intervención se hubiera realizado con anterioridad. Ante este hecho sólo podemos indemnizar por el daño moral sufrido por el actor que la asistencia inadecuada le causó, y que la Sala cifra a su prudente arbitrio en la cantidad de 30.000 euros, debiendo insistir que no cabe indemnizar por la pérdida de la extremidad inferior derecha, pues no podemos tener certeza de que dicha complicación no se hubiera presentado u otra incluso de mayor entidad, aunque la intervención se hubiera llevado a cabo con anterioridad"*.

Otro supuesto de aplicación incorrecta de esta doctrina son los casos de defecto de información. El ejemplo claro es aquéllos casos en los que se declara que la actuación ha sido exquisita, no es responsable del resultado la actuación sanitaria, pero no se le informó correctamente. Podemos encontrar numerosas sentencias en las que se estima responsabilidad porque *"el hecho de no informar correctamente le privó de la oportunidad de decidir. Es una interpretación errónea de la tesis, puesto que si se trata de una causación probable fundada en datos hipotéticos, no cabe aplicarlo en aquellos casos que el sujeto tiene alguna posibilidad de decisión, como son los casos de deficiencias en la información. Puesto que si depende del perjudicado que el resultado se pueda producir o no, ya no es casual"*.

De la misma forma, es importante reseñar como se viene aplicando de forma errónea la doctrina de la pérdida de oportunidad al diagnóstico prenatal y concepción no deseada. En esta cuestión, hay que distinguir, por un lado, los daños derivados de la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo en las medidas anticonceptivas (vasectomía, ligadura de trompas, e incluso, errónea implantación de DIU), o a la deficiente información del médico sobre precauciones y riesgos de recanalización (*wrongful conception*) y, por otro, aquellos supuestos en los que se produce el nacimiento de un hijo con una malformación o enfermedad genética, no causada por la negligencia del médico, pero que no fue detectada intra útero a tiempo de interrumpir la gestación. En estos casos, la omisión por parte del médico de la información relativa a la anomalía impide a la madre elegir entre dar a luz a un hijo con malformaciones o abortar.

En nuestro país, parte de la doctrina viene entendiendo que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente si abortar o no, al no haber sido informada antes de la semana 22 de gestación de las malformaciones del feto. Si tenemos en cuenta que para aplicar esta doctrina es imprescindible que la producción del "evento favorable" para la víctima quede fuera de su ámbito de actuación o decisión, es evidente que no procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad en los supuestos de *wrongful birth*, porque éstos se basan en una facultad, la de interrumpir el embarazo, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la madre, la misma que, como perjudicada, puede reclamar con posterioridad.

6. Conclusiones

La doctrina de la pérdida de oportunidad, junto con la del daño desproporcionado, son las teorías más invocadas por los reclamantes para intentar alterar las reglas ordinarias de determinación de responsabilidad por relación causal o por razón de la culpa.

En su origen, se aplicó simplemente como regla probabilística aceptando la incertidumbre en el nexo casual frente a la exigencia de una relación causal cierta, directa e inmediata, que impedía la declaración de responsabilidad en los casos en que el nexo causal no se había demostrado de forma fehaciente.

El primer problema que implica su aplicación, es que nuestros tribunales no establecen unos umbrales mínimos de certeza para estimar responsabilidad. En la práctica nuestros tribunales aplican la pérdida de oportunidad como una herramienta que permite declarar responsabilidad cuando la asistencia sanitaria no se ha ajustado a la *lex artis ad hoc* y el paciente presenta un daño cuya relación con aquella es dudosa, o incluso mínima, lo que puede ser justo o equitativo en los casos de una elevada evidencia respecto de la relación causal, pero no en aquellos casos en que la causalidad acreditada es francamente dudosa o, en algunos casos, inexistente.

En los últimos años la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sufrido una evolución, vinculándose en algunos casos con la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad, cuando lo correcto es vincularlo a la relación de causalidad como probabilidad altamente fundada de que un resultado determinado, y no como un modelo de daño, aunque indudablemente tiene repercusión en el quantum indemnizatorio.

La utilización extensiva y flexible de esta figura doctrinal y jurisprudencial está produciendo una objetivización de la responsabilidad profesional en el ámbito de la responsabilidad médica, al resultar indemnizables daños y perjuicios derivados de un acto culposo, negligente o antijurídico sin tener un grado suficiente de certeza sobre su influencia en ellos. En este sentido, y en línea con la posición de los tribunales anglosajones, so pena de desvirtuar el requisito de la causalidad establecido en nuestra legislación, se hace necesario establecer unos umbrales mínimos de certeza para estimar responsabilidad.