

A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

M^a José Santos Morón
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

-
La figura de la pérdida de oportunidad, que es reconocida y empleada por los tribunales en numerosos ordenamientos, aunque rechazada, en cambio, en otros, presenta contornos difusos y suscita numerosas dudas y controversias. La doctrina discute en torno a su naturaleza jurídica y, asimismo, en torno a las condiciones que han de darse para que proceda su aplicación. La jurisprudencia española viene acudiendo a esta figura en diversos ámbitos y uno de ellos es el de la responsabilidad sanitaria. Lo curioso es que los supuestos concretos en los que se emplea varían según que se trate de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la civil. Este trabajo pretende delimitar claramente estos supuestos para, tras pronunciarse sobre la naturaleza y presupuestos de la figura analizada, comprobar si tiene sentido resolver los problemas que se plantean acudiendo a ella o, por el contrario, sería más sensato buscar otra solución. Asimismo, pretende comprobar si, en los casos en que está justificado el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad, los tribunales hacen una aplicación correcta de la misma.

Abstract

-
The concept of loss of chance -recognized and applied by the courts in many jurisdictions, but rejected in others- is vague and gives rise to many doubts and controversies. The doctrine discusses its legal nature, as well as the conditions that must be met for its application. Spanish case law has made use of this concept in various fields, one of which is that of health liability. The curious thing is that the specific cases in which it is used vary depending on whether the jurisdiction is administrative or civil. After making a statement on the nature and requirements of the figure under analysis, the aim of this paper is to clearly delimit these cases, in order to determine whether it makes sense to solve the problems that arise by resorting to it or whether, on the contrary, it would be more sensible to seek another solution. It also aims to verify whether, in cases where recourse to the theory of loss of chance is justified, the courts apply it correctly.

Title: *Again on the Loss of Chance in Medical Liability*

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, responsabilidad, daño, incertidumbre, relación causal, error de diagnóstico, falta de información médica.

Keywords: *Loss of chance, Liability, Damage, Uncertainty, Causation, Diagnostic Error, Lack of Medical Information.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.01

2.2024

Recepción
01/02/2024

-

Aceptación
05/03/2024

-

Índice

-

1. Planteamiento: la teoría de la pérdida de oportunidad

1.1. Marco general

1.2. Pérdida de oportunidad procesal vs. pérdida de oportunidad terapéutica

1.3. La pérdida de oportunidad de «decidir»

2. La denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia»: su aplicación por los tribunales españoles

2.1. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. La jurisprudencia de la Sala Tercera del TS

2.2. La pérdida de oportunidad terapéutica en la jurisprudencia de la Sala Civil

3. La reparación del daño derivado de la falta de información médica. ¿Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

3.1. El daño moral derivado del incumplimiento del deber de información

3.2. Los daños corporales sufridos por el paciente

3.3. El recurso a la figura de la pérdida de oportunidad por parte de la jurisprudencia civil

4. Conclusiones

5. Bibliografía

6. Relación de sentencias citadas

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento: la teoría de la pérdida de oportunidad*

1.1. Marco general

La teoría (o la doctrina) de la pérdida de oportunidad, cuyos orígenes suelen situarse tanto en Francia como en el Reino Unido¹, hace referencia, como es sabido, a aquel supuesto en que el comportamiento negligente del demandado hace perder a la víctima la *posibilidad* de obtener un beneficio o de evitar un daño². En la medida que el beneficio era inicialmente tan solo posible y el daño podría haberse o no evitado de actuar el agente de manera diligente, en tal situación es difícil establecer la relación causal entre la conducta del demandado y el perjuicio final producido.

Pues bien, pese a encontrarnos en un escenario de incertidumbre causal, esta teoría permite indemnizar a la víctima -siempre y cuando, según la opinión más extendida, la «oportunidad» perdida alcance cierto grado de razonabilidad o seriedad³- otorgándole como indemnización una fracción del daño final correspondiente a la probabilidad de verificación de la oportunidad perdida.

En España, uno de los ámbitos en que la jurisprudencia viene aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad es el de la responsabilidad de abogados y procuradores, en supuestos en que, debido a la negligencia del profesional, éste no interpone (o no lo hace oportunamente) una demanda, un recurso, o deja realizar cierta actuación procesal, privando al perjudicado de la oportunidad de obtener un resultado favorable a sus intereses (“pérdida de oportunidad procesal”).

En los últimos años, se ha extendido también su aplicación en el campo de la responsabilidad médica, haciéndose uso de esta doctrina, fundamentalmente, en dos casos concretos: a) el supuesto de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, en el que la negligencia médica priva al

* Autor/a de contacto: María José Santos Morón (mjose.santos@uc3m.es). Agradezco al prof. Pedro DEL OLMO que leyera este trabajo y me hiciera observaciones. Los posibles errores son solo a mí imputables.

¹ Vid. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cívitas-Thomson, Pamplona, 2007, pp. 130 ss.

² MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 55. Así, suele decirse que implica la destrucción o la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable (OYARZÚN VARGAS, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, n.º 43, 2021-I, p. 12, 121; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, WoltersKluwer, Madrid, 2014, p. 209) o que consiste en que el agente ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida (CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, p. 366). Vid. también KADNER GRAZIANO, «Loss of a Chance in European Private Law. “All or nothing” or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation», *European Review of Private Law*, n. 16, 6-2008, p. 1033; MÜLLER, *La perte d’une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berna, 2002, pp. 47-48.

³ Aunque hay quien estima que podría ser indemnizable la pérdida de cualquier «chance», por mínima que fuera, por lo general suele entenderse que la oportunidad perdida debe ser «real» y «seria». Por todos, en una perspectiva general, MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 89; OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 2021-I, p. 127. En relación con el Derecho francés, CARDONA FERREIRA, «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis», *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 20, n. 1, 2013, p. 59.

paciente de determinadas expectativas de mejoría o curación; b) el supuesto de incumplimiento del deber de informar al paciente sobre los riesgos y consecuencias del tratamiento o intervención, supuesto este en el que - presuponiendo que para tomar una decisión correcta el enfermo debe contar con toda la información necesaria- la omisión del facultativo priva al paciente de la posibilidad de rechazar la intervención, y, por ende, de evitar las secuelas derivadas de la misma.

Con independencia de que sea cuestionable que en este último caso pueda hablarse propiamente de «pérdida de oportunidad», circunstancia a la que se aludirá con posterioridad, la doctrina viene discutiendo si esta figura debe analizarse desde la perspectiva del daño o de la causalidad ya que la misma puede ser enfocada desde dos puntos de vista: a) concibiendo la «oportunidad perdida» como un daño independiente, distinto del daño final, respecto del cual sí puede establecerse la relación causal, pues no hay duda de que el agente privó a la víctima de ciertas «expectativas»⁴; b) entendiendo que, aunque no pueda establecerse con certeza la relación causal entre el comportamiento del agente y el daño final, cabe imputar a éste una parte del mismo en proporción a la probabilidad de que lo hubiera causado (causalidad probabilística o responsabilidad proporcional)⁵.

Como ha puesto de manifiesto MARTÍN CASALS, la expansión de la primera perspectiva en muchos ordenamientos se debe probablemente a que encaja mejor en las teorías tradicionales sobre causalidad y es más «digerible» para los tribunales. Además, no plantea problemas en los ordenamientos que cuentan con una cláusula general que permite resarcir la lesión de cualquier interés. Por el contrario es difícil de admitir en países, como Alemania, en que la ley limita los intereses jurídicos protegidos por las reglas de la responsabilidad extracontractual⁶.

Ahora bien, con independencia de ello, las propias características del supuesto en que se aplica, pueden llevar, en mi opinión, a inclinarse por una u otra de las opciones enunciadas.

1.2. Pérdida de oportunidad procesal vs. pérdida de oportunidad terapéutica

Tanto en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal como en el de pérdida de oportunidad terapéutica, a la que suele aludirse también como pérdida de oportunidad de «curación» o «supervivencia», partimos de una situación de incertidumbre causal motivada por la existencia

⁴ Esta postura, que MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 349, califica como teoría «ontológica o autonomista», es la predominante en Francia y en Italia y está también bastante extendida en otros ordenamientos. Vid. CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 20, n. 1, 2013, pp 58 ss., 63 ss. BORGHETTI, «La réparation de la perte d'une chance en droit Suisse et en droit français», *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1074 ss.

⁵ Vid. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, pp. 413 ss. Conviene advertir que, como explica MARTÍN CASALS, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 245 ss., la teoría de la causalidad probabilística no es aplicable solo en el supuesto comentado de «pérdida de oportunidad», sino que se utiliza en el ámbito comparado en otros supuestos de incertidumbre causal, como sucede cuando hay varios posibles sujetos causantes del daño («causalidad alternativa con causante del daño no identificado»), hipótesis que en España se resuelve usualmente imponiéndoles responsabilidad solidaria, o en los casos de pluralidad de causantes y de víctimas cuando no puede establecerse quién ha causado el daño a quién («responsabilidad por cuota de mercado»).

⁶ MARTÍN CASALS, en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, pp. 254, 255. Vid. también CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 20, n. 1, p. 62.

de factores aleatorios que pueden incidir en la producción del resultado final⁷: En el primer caso no es posible saber con seguridad si, de haber actuado el abogado diligentemente, el perjudicado habría visto satisfecha su pretensión. En el segundo caso no puede determinarse con certeza si, de no haber mediado un comportamiento negligente por parte del facultativo, se habría evitado el resultado lesivo para el paciente (muerte, secuelas físicas, etc.)⁸. Ahora bien, mientras que en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal la propia existencia del *daño* resulta *incierto*, dado que el resultado favorable excluido por el comportamiento del demandado era inicialmente hipotético⁹, en el segundo caso estamos ante un *daño cierto* (muerte, enfermedad, daño corporal, etc. padecido por la víctima) y lo que es incierto es en qué medida la negligencia médica ha contribuido a causarlo¹⁰. Es decir, no puede saberse si el daño final se debe a la enfermedad

⁷ La situación de incertidumbre es presupuesto necesario para que pueda hablarse de «pérdida de oportunidad» (por todos MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, p. 88). Así, en el ámbito de la pérdida de oportunidad procesal, si existiera certeza acerca de la posibilidad de la víctima de ver satisfechas sus pretensiones en caso de haber actuado el demandado diligentemente no habría «pérdida de oportunidad» sino privación de la pretensión. Y si fuese totalmente improbable que la víctima hubiese obtenido un resultado estimatorio (v. gr. la acción estaba prescrita) el demandante no tendría posibilidad de obtener indemnización. Vid, CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, pp. 382-370; OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, n^o 43, 2021-I, pp. 126-127.

Del mismo modo, cuando se trata de pérdida de oportunidad terapéutica, se entiende que la misma no entra en juego si existe razonable certeza de que el demandado produjo el daño o si la probabilidad de que lo produjera es insignificante. ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, 2008, pp. 86 ss; GALLARDO CASTILLO, «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, n. 45-46, p. 38; GARCÉS-GARRO RANZ, «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: Teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2014, n^o 4, pp. 9-10; RAMOS MATEO, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 41, 2020-1, pp. 12-13; EGUSQUIZA BALMASEDA, «Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, p. 260.

⁸ Advertase que, como observa SOLÉ I FELIU, «Mecanismos de flexibilización de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 1 (enero-marzo) en el ámbito de la responsabilidad médica son frecuentes las dificultades para probar el nexo causal (p. 56) por lo que en ciertos casos se acude a mecanismos para facilitar la prueba (pp. 61 ss.).

⁹ Sobre el carácter hipotético del daño en este caso CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, Thomson-Aranzadi, en prensa, ap. IV.B.1.

La situación es similar en todos aquellos casos en que la ventaja que podría haber obtenido la víctima de no mediar el comportamiento negligente del demandado era de por sí hipotética, como sucede cuando se destruye un billete de lotería, se impide a un caballo competir en una carrera o a una persona participar en un concurso. Sin negar que existe un problema de incertidumbre causal, también es incierta la propia existencia del daño. De hecho, es esa incertidumbre la que impide vincular causalmente el «daño final» al comportamiento del demandado.

Sin embargo, cuando la «oportunidad perdida» consiste en la no evitación de un daño que ya sufre la víctima, como en los casos de pérdida de expectativas terapéuticas, parece evidente que la incertidumbre se proyecta sólo sobre la relación causal. Esto puede ocurrir también, excepcionalmente, en algunos casos de responsabilidad de abogados, por ej. si se deja pasar el plazo para impugnar una multa, supuesto en que el perjuicio que no ha sido evitado puede considerarse, igualmente, cierto.

¹⁰ Como observa OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 2021-I p. 139, en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal no existe duda acerca de quién es el responsable del acto dañoso. La pregunta se refiere a cuál es el daño resarcible, pues «nos preguntamos si ese daño posee la característica de cierto o no». En el supuesto de pérdida de oportunidad de curación la pregunta es quién es responsable del daño sufrido por el paciente, debiendo comprobarse el cúmulo de causas (situación personal del paciente, edad, condición física, etc.) que pueden explicarlo.

padecida por la víctima, que habría evolucionado en cualquier caso hacia ese resultado, o se debe al comportamiento negligente del médico que no tomó las medidas necesarias para evitarlo.

De ahí probablemente que cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal se tienda a configurar la expectativa perdida como un daño distinto al daño final, con el que puede establecerse claramente la relación causal¹¹, mientras que cuando se trata de la pérdida de oportunidad terapéutica, sea más común en la doctrina (no tanto en la jurisprudencia) situar esta figura en sede de causalidad¹², aunque lo cierto es que a la hora de desarrollarla se suelen mezclar ambas perspectivas¹³.

Otro factor que, a mi parecer, puede llevar a concebir de distinto modo las referidas situaciones es que la mera expectativa de obtener una ganancia (incluyendo aquí las que puedan ser

¹¹ SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 223 ss.; «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español», *Revista Justicia y Derecho*, Vol.2, n. 2, 2019, pp. 92 ss.; CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, pp. 364 ss. y *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. III.B y IV B.2; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal», *Actualidad Civil*, n. 9, septiembre de 2014, p. 4; OLIVA BLÁZQUEZ, «La defectuosa prestación del servicio jurídico por parte de los abogados: criterios de determinación de la indemnización por pérdida de oportunidad procesal», en *La modernización del contrato de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 306-308. En la jurisprudencia de la Sala Primera del TS configuran la pérdida de oportunidad procesal como daño, entre otras, las Sentencias 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:5866); 88/2008 de 15 de febrero (ECLI:ES:TS: 2008:2190); 462/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS: 2010:4630); 437/2012 de 26 de junio (ECLI:ES:TS: 2012:5762); 374/2013 de 5 de junio, (ECLI:ES:TS: 2013:3340); 229/2015 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1695); 50/2020 de 22 de enero, (ECLI:ES:TS:2020:99).

¹² ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, si bien reconoce que la jurisprudencia tiende a considerar la oportunidad perdida como un bien o interés autónomo cuya lesión se indemniza (pp. 75, 82) considera que la perspectiva adecuada es tratarla en clave de causalidad (p. 84). Aunque de manera algo confusa, sitúan la pérdida de oportunidad en el ámbito de la causalidad probabilística, MOURE GONZÁLEZ, «La salud cesante. O como valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Revista Derecho y Salud*, 2017, vol. 27, n.º 1, pp. 65, 70 y ss; GARCÉS-GARRO RANZ, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2014, n.º 4, pp. 10 ss.; ASENSI PALLARÉS/CID-LUNA CLARES, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO De Derecho de consumo*, n. 8/2013, pp. 234 ss.

Por el contrario, enmarca la pérdida de oportunidad en el elemento del daño, RAMOS MATEO, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 41, 2020-1, pp. 56 ss. También parece considerar la oportunidad perdida como un daño en sí mismo, diferente al daño final, GALLARDO CASTILLO, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, p. 39 y, más claramente, PÉREZ VALLEJO, «Responsabilidad médico-sanitaria y pérdida de oportunidad», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. III, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1138-1139.

¹³ Analiza la pérdida de oportunidad como un supuesto de causalidad probabilística o responsabilidad proporcional, LUNA YERGA, «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret*, 2-2005, pp. 3-4, si bien también afirma que «el daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria». La ubica en el ámbito de la causalidad y la define como un «régimen de imputación probabilística» que permite la reparación parcial del daño, GALAN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8^a ed, Cívitas-Thomson, Navarra, 2022, (p. 721) pero luego dice que «el daño lo constituye, por consiguiente, esa oportunidad o de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo» (p. 722). Asimismo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, tras señalar que el médico sólo responde en proporción a la medida de la probabilidad de que su actuación haya intervenido en el curso de la enfermedad (p. 219), observa que «se puede afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, lo que en sí mismo genera un daño» (pp. 221 ss.).

resultado de un procedimiento judicial¹⁴), tiene un valor de mercado (además de ser por lo general transmisible, piénsese, por ej. en la denominada “emptio spei”), de modo que la pérdida de tal expectativa puede ser fácilmente catalogada como un “daño” distinto del daño final. La pérdida de posibilidades de curación o supervivencia es más difícil de concebir como un daño autónomo susceptible de ser indemnizado¹⁵. Cuando se acepta su resarcimiento, es porque efectivamente se ha materializado el daño final, en cuyo caso el problema, como se ha indicado con anterioridad, es determinar si este último daño puede vincularse causalmente con la actuación del médico. Adviértase, en este sentido, que, al menos hasta la fecha, en el Derecho español no se ha planteado la indemnizabilidad de la pérdida de una posibilidad abstracta de curación o supervivencia sin consecuencia lesiva en la persona del perjudicado. Ello es lógico pues piénsese que, si, de acuerdo con datos estadísticos, un tratamiento a tiempo conlleva unas posibilidades de curación de, por ej. el 90 %, y un error o retraso en el diagnóstico y/o tratamiento conlleva que las posibilidades disminuyan al 60 %, no tiene sentido indemnizar a alguien por la pérdida de un 30 % de posibilidades de curación, cuando puede ocurrir que entre dentro del 60 % de pacientes que se recuperan¹⁶. De hecho, probablemente este es el motivo (no materialización del daño), por el que en el caso inglés *Gregg v. Scott*, se rechazó indemnizar al demandante, que adujo en el proceso suscitado cinco años después de ser tratado de cáncer, que, como

¹⁴Aunque en el ámbito de la pérdida de oportunidad procesal el TS estimó inicialmente que cabía apreciar un daño moral por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la actualidad viene entendiendo que el daño debe considerarse patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como fin la obtención de una ventaja de contenido económico, debiendo el juzgador llevar a cabo, para calcular la indemnización, «un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción» (cfr., entre otras, STS 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2006:5866); 157/2008 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:3968); 303/2009 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2680); 250/2010 de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2311); 123/2011 de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2692); 739/2013 de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5513); 583/2015 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4290); 50/2020 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2020:99). Sobre ello, CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. IV.A.

¹⁵ Es por ello que algunos autores (incluida parte de la doctrina francesa) si bien admiten la pérdida de oportunidad en otros ámbitos, consideran que no procede en materia médica porque aquí lo que realmente pierde la víctima es la vida o, en su caso, la salud. Vid. MÜLLER, *La perte d'une chance*, p. 216; CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 1, 2013, p. 61. En este sentido OLIPHANT, “Loss of Chance in English Law”, *European Review of Private Law*, 6-2008, p. 1069, sugiere que el hecho de que en el Derecho inglés se considere resarcible la pérdida de oportunidad cuando se trata de frustración de posibles ganancias o de pérdida de oportunidad procesal y se rechace cuando se trata de pérdida de oportunidad de curación puede deberse a que en el primer caso la pérdida de oportunidad puede ser considerada un perjuicio económico en sí misma, mientras que la pérdida de oportunidad de curación «no tiene existencia física». Obsérvese, en relación con ello, que, en el Derecho austriaco, si la oportunidad de ganancia o la oportunidad procesal tenía un valor de mercado antes de su frustración, pueden ser consideradas como daño positivo a efectos de indemnización. En cambio, cuando se trata de pérdida de posibilidades de curación, dado que carecen de valor en el mercado, solo cabe solventar la situación considerando que se está ante un supuesto de causalidad alternativa -entre dos posibles causas que serían la negligencia médica y las condiciones de salud de la víctima- que se resuelve con una responsabilidad proporcional a la probabilidad de causación. Vid. KOCH, “Der Verlust einer Heilungschance in Österreich”, *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1058-1059.

¹⁶ En esta línea, LUNA YERGA, *InDret*, 2/05, pp. 7, 8, opina que no cabe indemnizar la mera reducción estadística de probabilidades de curación o supervivencia, ni la pérdida de una oportunidad de curación o supervivencia, si el daño final todavía no se ha producido. La doctrina española observa, en este sentido, que la «oportunidad perdida» debe ser una posibilidad inexorablemente sacrificada de forma que no cabe aplicar esta figura en los casos en que el daño final todavía no se ha producido y la incertidumbre puede eliminarse con el transcurso del tiempo. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 96. En relación con el ámbito médico, ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, pp. 95, 97, 98.

Cuestión distinta es, en mi opinión, que pueda tenerse en cuenta, a efectos de resarcir esa «pérdida de posibilidades de curación», la desazón o inquietud que tal situación pueda causar a la víctima, en cuyo caso nos adentraríamos en el terreno del *daño moral* alejándonos de la figura de la «pérdida de oportunidad» propiamente dicha.

consecuencia del retraso en dicho diagnóstico habían disminuido sus posibilidades de vivir otros cinco años de un 42 % a un 25 %¹⁷.

Por otra parte, en los casos de muerte del paciente, la consideración de la pérdida de oportunidad de supervivencia como un daño autónomo resulta poco compatible con el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de sus familiares, que reclaman en realidad la indemnización del daño (patrimonial y/o moral) sufrido por ellos mismos como consecuencia del fallecimiento de un ser querido, y no la indemnización del daño sufrido por la víctima como consecuencia del sacrificio de su posibilidad de supervivencia.

Por las razones señaladas pienso que la perspectiva más correcta para abordar la denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia» es considerar la situación como un supuesto de causalidad alternativa en el que la duda sobre si el daño es atribuible a la negligencia médica o a la evolución de la enfermedad sufrida por el paciente puede resolverse considerando que el médico responderá en proporción a la probabilidad de haberlo causado. Es decir, aunque se hable de «pérdida de oportunidad de supervivencia o de curación», ésta no constituye un daño en sí mismo considerado. Se trata más bien de un recurso lingüístico útil para designar una situación de incertidumbre causal que puede resolverse del modo indicado¹⁸.

En definitiva, pese a que se ha intentado desarrollar una suerte de teoría de la pérdida de oportunidad que abarque los supuestos en que se pierde la posibilidad de obtener una ventaja o la de evitar un daño, a mi juicio, existen diferencias conceptuales entre ambas hipótesis. Concretamente, cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal o de pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia aleatoria con ocasión de la participación en un concurso, competición, etc., la incertidumbre causal es consecuencia del carácter hipotético o incierto de la ventaja frustrada, lo que impide que el daño consistente en la no obtención de la misma pueda ser vinculado causalmente con el comportamiento del demandado. No obstante, dado que la mera expectativa de una ganancia puede tener valor económico y constituir un activo en el patrimonio de un sujeto, no hay dificultad en concebir la pérdida de esa «esperanza de ganancia o ventaja» como un daño autónomo. Y para valorarlo se tiene en cuenta la probabilidad de que la misma hubiera podido materializarse. En el supuesto, en cambio, de pérdida de oportunidad terapéutica nos encontramos ante un daño cierto, y lo incierto es si se debe a la negligencia médica o al curso natural de la enfermedad padecida por el enfermo. Difícilmente puede considerarse la mera pérdida de posibilidades de supervivencia o curación como un daño autónomo, cuando existe un daño efectivo, que es el daño corporal, lesiones, secuelas o incluso la muerte, sufrido por el

¹⁷ Vid. OLIPHANT, *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1065-1068.

¹⁸ Aunque la jurisprudencia francesa aplica la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad médica, un sector de la doctrina lo rechaza aduciendo que la misma solo debe aplicarse en los supuestos en que el perjuicio es aleatorio, y, por tanto, hipotético (como en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal) y no en los casos de mera incertidumbre del vínculo causal (MÜLLER, *La perte d'une chance*, pp. 233 ss.) Es más, como observa BORGHETTI, *European Review of Private Law*, 6-2008, p. 1980, la mayor parte de autores considera que el recurso a la pérdida de oportunidad es en realidad un medio para que la jurisprudencia francesa acuerde una indemnización parcial en los casos en que la causalidad entre la negligencia y la lesión sufrida por el paciente no es cierta. De hecho, hay ordenamientos, como el austriaco, en que el supuesto estudiado se resuelve, sin necesidad de recurrir a la mencionada figura, haciendo compartir el daño entre médico y paciente en función de sus respectivas probabilidades de haberlo causado, con lo que el resultado práctico es el mismo. Vid. KOCH, «Medical Liability in Austria», en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, DeGruyter, Germany, 2011, pp. 14-15.

perjudicado¹⁹. En este caso la teoría de la pérdida de oportunidad permite solucionar la situación de incertidumbre causal tomando en consideración la probabilidad de que el comportamiento del demandado haya causado el daño, la cual, a su vez, puede determinarse atendiendo a las probabilidades estadísticas de curación o supervivencia del paciente en caso de haber recibido un tratamiento médico correcto²⁰.

Ahora bien, adviértase que, con independencia de que la pérdida de oportunidad terapéutica se analice desde la perspectiva del daño o de la causalidad, tanto en un caso como en otro la indemnización consiste en una fracción del daño final calculada en función del grado de probabilidad de que un comportamiento diligente lo hubiese evitado²¹. Por ello, cabe pensar que, aunque dogmáticamente es más correcta la configuración de esta hipótesis como un supuesto de causalidad probabilística, en la práctica no tiene gran relevancia la postura que se adopte²². Por otra parte, hay que tener presente que ambas perspectivas suscitan dudas similares, relativas, en particular, a la concreción del umbral de probabilidad que debe darse para que la pérdida de la posible ventaja o la materialización del daño que pudo haber sido evitado den lugar a indemnización²³. De ahí que lo relevante sea, en mi opinión, determinar con claridad en qué casos debe entrar en juego la figura de la «pérdida de oportunidad» como mecanismo para solucionar una situación de incertidumbre causal, y cuáles son sus consecuencias.

1.3. La pérdida de oportunidad de «decidir»

En el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información la situación es algo distinta. Conviene advertir, en primer lugar, que la cuestión del daño indemnizable en esta hipótesis es bastante controvertida y existen distintas posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (vid. *infra* ep. 3). Por lo que respecta a los daños corporales derivados de la materialización de los riesgos de los que el médico no informó, suele entenderse que solo cabe su indemnización (que cubre las consecuencias patrimoniales y morales de tal lesión) si la omisión de tal información puede considerarse causa del daño. Y ello solo es así si se acredita que el perjudicado, de haber contado con ella, habría rechazado la intervención²⁴. Pues bien, en casos

¹⁹ Y si ese daño no existe difícilmente puede admitirse la indemnizabilidad de la mera reducción de posibilidades de curación o supervivencia, a menos que se considere existente un daño moral, consecuencia de la inquietud, desazón, etc. que tal situación puede provocar en el perjudicado.

²⁰ Vid. LUNA YERGA, *InDret 2-2005*, p. 9.

²¹ LUNA YERGA, *InDret 2-2005*, p. 3; MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, pp. 107, 350; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 90; RAMOS MATEOS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, p. 60; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, pp. 219, 241; GALLARDO CASTILLO, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, p. 58.

²² Hay que advertir, no obstante, que algunos autores, en relación con la pérdida de oportunidad terapéutica, observan que matemáticamente puede no ser coincidente el valor de la «oportunidad perdida», entendida ésta como la probabilidad estadística de curación del enfermo en caso de tratamiento diligente, y el cálculo de la probabilidad de que el médico haya causado el daño (Vid. BIERI/MARTY, *The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System*, 2 *Journal of European Tort Law*, 2011, 2, pp. 23 ss).

²³ Así, si bien suele decirse que la probabilidad frustrada debe ser seria y fundada, no está nada claro cuál es el grado de probabilidad necesario para que se dé tal situación. Vid. ep. 2.1, notas 53-54.

²⁴ Esta regla se aplica igualmente en otros ordenamientos con distintos matices. Así, en Inglaterra, corresponde al paciente probar que habría rechazado el tratamiento o intervención para que pueda entenderse acreditada la relación causal (JONES, *Medical negligence*, 4ª ed., Swett and Maxwell, 2008, pp. 693 ss.; JACKSON, *Medical Law. Test, cases and materials*, Oxford UP, 3ª ed. 2013, pp. 193 ss.). Lo mismo parece suceder en Bélgica y en Austria

en los que no es posible saber si el paciente, de haber sido correctamente informado, se habría o no sometido al tratamiento, algunas resoluciones del TS han aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad. Ciertamente en esta hipótesis nos encontramos ante un escenario de incertidumbre causal. Pero esa situación de incertidumbre no se debe a la concurrencia de factores aleatorios que han podido influir en la producción del resultado final. Se refiere a la decisión que habría tomado la víctima de haber sido informada adecuadamente²⁵, y tal decisión no depende del azar, sino de su voluntad. Un sector de la doctrina niega, por ello, que sea aplicable en este caso (al igual que en los supuestos de *wrongful birth*²⁶) la teoría de la pérdida de oportunidad²⁷. Otros, por el contrario, se muestran a favor de su aplicación²⁸.

La teoría de la pérdida de oportunidad, como hemos visto, admite dos variantes, en función de que el comportamiento del demandado haya frustrado la consecución de una posible ventaja,

(NYSS, «Medical Liability in Belgium» en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, p. 80; KOCH, «Medical malpractice in Austria», en *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, De Gruyter, 2013, p. 22). En otros ordenamientos, como Alemania, el médico puede exonerarse si demuestra que el paciente habría consentido la operación de haber sido correctamente informado (PETRY, «Medical Liability in Germany», en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, p. 265). A esta última conclusión se llegaría, en cualquier caso, por aplicación de los criterios de imputación objetiva y, en concreto, el del comportamiento alternativo lícito (en este sentido, MACÍA MORILLO, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA, *Derecho de daños*, 2020, Lefebvre, pp. 608 ss.) No obstante, en mi opinión, para entender acreditada la relación causal -que es un paso previo a la aplicación de los criterios de imputación objetiva- debería ser necesario que el paciente demostrara que habría rechazado la intervención. Aunque suele decirse que en el ámbito de las omisiones se solapa la causalidad fáctica y la imputación objetiva (Por todos, GREGORACI FERNÁNDEZ, «La relación de causalidad», *Practicum Daños 2019*, Thomson-Aranzadi, p. 301) lo cierto es que, en este caso, de la postura que se adopte depende el que la carga de la prueba sobre la decisión que habría adoptado el paciente pese sobre el demandante (causalidad), y no sobre el demandado (imputación objetiva). Sobre la carga de la prueba cuando se aplica la doctrina de la conducta lícita alternativa, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «Comentario a la STS 7 junio 2022», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, pp. 1113-1114).

²⁵ Lo indica expresamente la STS 948/2011 de 16 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279), que alude a la «incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente».

²⁶ En relación con las acciones de *wrongful birth* (aquéllas ejercitadas por los padres de un niño nacido con malformaciones en caso de diagnóstico prenatal erróneo o inexistente) se ha discutido mucho en torno al daño indemnizable y la posibilidad de vincularlo causalmente con el comportamiento negligente del profesional, pues cabe pensar que ello solo será así cuando la madre, de haber recibido un diagnóstico correcto, hubiese interrumpido el embarazo (sobre ello vid. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 329 ss., 466 ss.). De ahí que, para solucionar la posible situación de incertidumbre causal, se haya planteado la posible aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad. En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 110. En la actualidad, sin embargo, la jurisprudencia considera indemnizable el daño moral y patrimonial (gastos asociados a la enfermedad o discapacidad) derivado de la privación de la facultad de abortar, lo que, aun siendo discutible, no parece plantear problemas de causalidad. ASÚA GONZÁLEZ, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, p. 460.

²⁷ Así MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «Comentario a la STS 7 junio 2022», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, p. 1115, en relación con la pérdida de la posibilidad de abortar. Igualmente, MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 363 y ss.; ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 77-78; RIBOT IGUALADA, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *RDP*, noviembre-diciembre, 2007, p. 40. También ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 8/2013, p. 238.

²⁸ MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, pp. 99 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 100; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, ed. BOE, 2018, pp. 354 ss.

cuya obtención depende del azar, o haya impedido evitar un daño que podría haberse producido, en cualquier caso, debido a otra causa concurrente. En el primer caso el álea afecta a la propia existencia del daño, que es puramente hipotético, lo que impide vincularlo causalmente con el comportamiento del demandado. La teoría de la pérdida de oportunidad permite resolver el problema configurando la «oportunidad perdida» como un daño autónomo e independiente, que puede ser valorado atendiendo a la probabilidad de que la ventaja frustrada se hubiese podido materializar. En el segundo caso nos encontramos ante un daño cierto, que puede obedecer a cursos causales alternativos que dependen de la suerte o el azar. En tal hipótesis el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad es en realidad una forma de eliminar la incertidumbre causal imputando responsabilidad al demandado en función de la probabilidad de que haya causado el daño (o, lo que es lo mismo, haya impedido evitarlo).

En el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información el daño, como en el segundo caso, es cierto (materialización de los riesgos del tratamiento o intervención), si bien no puede establecerse el nexo causal con la conducta del demandado. Ahora bien, ello no se debe a que existan causas alternativas y dependientes del azar que hayan podido causar el daño con mayor o menor grado de probabilidad²⁹. Se debe, simplemente a que, aunque la víctima esté segura de cuál habría sido su decisión, no hay datos o indicios adicionales a su propia declaración, que permitan convencer al juez de que habría actuado en un sentido u otro. La incertidumbre es aquí, como ha observado MARTÍN CASALS, meramente evidenciaría³⁰. No existe una dificultad intrínseca para probar el nexo causal, como sucede cuando el comportamiento del demandado priva a la víctima de la posibilidad de beneficiarse de un proceso aleatorio de resultado incierto.

En este último supuesto, y dado que es imposible «científicamente» saber cuál habría sido el resultado de ese proceso, está justificado el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad³¹ como medio para resolver, bien el carácter hipotético del daño, bien la imposibilidad objetiva o científica para probar la relación causal, pero ¿lo está también en el supuesto que analizamos?. En mi opinión en este caso la situación es la misma que en cualquier otra hipótesis en la que, por razones circunstanciales, no se considera acreditada la causalidad³². Y no parece que deba aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad en todo caso de incertidumbre causal. Fundamentalmente porque, si no se limitan los supuestos en que cabe aplicar esta figura, puede llegar a prescindirse del requisito del nexo causal para imputar responsabilidad³³.

²⁹ Podríamos explicar la situación, siguiendo a ARCOS VIEIRA (*Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente*, p. 78), diciendo que en el caso que analizamos la víctima no pierde una probabilidad de eludir el daño, que quizás habría podido evitar el comportamiento diligente del demandado, sino que simplemente se le impide ejercer una opción.

³⁰ MARTÍN CASALS, «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*, APDC, Murcia, 2011, pp. 52 y 53, aludiendo a la pérdida de oportunidad como un supuesto de “responsabilidad proporcional”, estima que debe limitarse su aplicación a los casos en que la incertidumbre causal es científica, sistémica o inherente, de modo que es objetivamente imposible probar ciertos datos, no siendo aplicable en aquellos en que la incertidumbre es evidenciaría -como sucede cuando tiene que ver con la decisión que habría tomado la víctima de haber obtenido cierta información- en los que el que no pueda probarse la causalidad se debe a que quien tiene la carga de la prueba no puede dar a conocer ciertos hechos con garantías suficientes para que tengan valor probatorio.

³¹ Así lo entiende BORGHETTI, *European Review of Private Law*, 6-2008, p. 1081, 1082.

³² BORGHETTI, *European Review of Private Law*, 6-2008, p. 1081.

³³ Como observa MARTÍN CASALS, «Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine», *European Review of Private Law*, 6-2008,

Cuestión distinta es que hable de «pérdida de oportunidad», como a veces sucede, para referirse a la pérdida de la posibilidad de decidir libre o reflexivamente³⁴. En este caso dicha expresión alude en realidad al *daño moral* consecuencia de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente o de la imposibilidad de haber rechazado la intervención -que es un daño distinto e independiente del daño corporal derivado de la materialización de los riesgos de los que no se informó- y no hace referencia a la doctrina de la «pérdida de oportunidad» como solución a una situación de incertidumbre causal (vid. infra ep. 3.1).

2. La denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia»: su aplicación por los tribunales españoles

2.1. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. La jurisprudencia de la Sala Tercera del TS

La doctrina de la pérdida de oportunidad de supervivencia o curación viene siendo aplicada con frecuencia por la Sala 3^a del TS al enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en supuestos de error o retraso en el diagnóstico y/o posterior tratamiento, consecuencia en muchos casos de la no realización o realización tardía de las pruebas necesarias para detectar la enfermedad³⁵. En todos estos casos el paciente ha sufrido un daño cierto (muerte, secuelas) pero no es posible determinar con certeza si la causa del daño es el comportamiento del demandado, pues la existencia de factores aleatorios propia de la medicina impide que pueda saberse si, de haber existido un diagnóstico y/o tratamiento correcto más temprano, el resultado habría sido el mismo.

La Jurisprudencia administrativa sitúa acertadamente la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la incertidumbre causal. Así, suele afirmarse que «existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma»³⁶ o que «la denominada pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente...»³⁷, poniendo de manifiesto alguna sentencia que, si no hay incertidumbre causal, no cabe hablar de pérdida de oportunidad³⁸.

p. 1048) debe evitarse considerar como una «oportunidad perdida» todo supuesto de incertidumbre causal. Si la figura de la pérdida de oportunidad se aplica indiscriminadamente se corre el riesgo de imputar siempre la responsabilidad, aunque no exista causalidad.

³⁴ ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad civil*, t. II, coord. por REGLERO/BUSTO LAGO, 5^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 386; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, pp. 103 ss.

³⁵ Ello determina el carácter negligente del error de diagnóstico. La jurisprudencia de la Sala 1^a viene afirmando, en este sentido, que, si bien no todo error de diagnóstico debe calificarse como culposo, sí lo son aquellos que son consecuencia de la omisión de las pruebas exigibles para llevarlo a cabo correctamente. Vid. infra, ep. 2.2.

³⁶ SSTS 8548/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2012:8548); STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096).

³⁷ SSTS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:7060); 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637); 8458/2012 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2012:8548).

³⁸ Así ocurre en la STS 4697/2012 de 3 de julio (ECLI: ES:TS: 2012:4697), que concluyó que un diagnóstico más temprano del cáncer padecido por la fallecida no habría evitado tal resultado, dada la etiología del tumor y sus características.

Sin embargo, en algunas sentencias se aprecia una cierta confusión en torno a los distintos presupuestos de la responsabilidad, concretamente, la relación causal y el criterio de imputación de la responsabilidad³⁹, que, como se sabe, cuando se trata de asistencia sanitaria pública, es la culpa o negligencia⁴⁰. Así, diversas sentencias de la Sala Tercera afirman que la pérdida de oportunidad se configura «*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*»⁴¹.

De esta afirmación parece deducirse que cuando existen dudas acerca de si la actuación médica -normalmente omisiva- ha sido causa del daño, la doctrina de la pérdida de oportunidad, no solo permite conceder indemnización pese a la situación incertidumbre causal, sino que también permite imputar responsabilidad a la administración sanitaria *aunque no haya incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia*. Así parece entenderlo la STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:352), que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en un supuesto en que se demoró el traslado de un preso a un hospital⁴², pese a mantener la conclusión de la sentencia recurrida que consideró que el retraso no supuso infracción de la *lex artis* por ser los síntomas iniciales del

³⁹ Esta confusión se aprecia también en las afirmaciones de algunos autores (GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN/SANTAMARÍA PÉREZ, «La responsabilidad patrimonial como consecuencia de la asistencia sanitaria», en *Manual de Responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2010, p. 909) recogidas además por los tribunales [cfr. STSJ Asturias 356/2015 de 11 de mayo (ECLI:ES:TSJAS:2015:1195)] que indican que: «en la asistencia sanitaria el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado de la ciencia resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente». Es decir, parece entenderse que la acreditación del nexo causal es una consecuencia de la existencia de negligencia cuando son dos elementos independientes de la responsabilidad. Que exista una asistencia médica negligente no significa que tal negligencia sea necesariamente la causa del daño sufrido por el paciente (de hecho, en caso de duda es cuando entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad). Y, si no ha habido negligencia, no tiene sentido indagar sobre la relación causal porque no debe existir responsabilidad.

⁴⁰ Aunque la responsabilidad patrimonial de la administración es, en principio, de naturaleza objetiva -pues el daño indemnizable, siempre que no deba ser soportado por el perjudicado, puede derivar del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 32 LRJSP)-, en el ámbito de la sanidad pública la jurisprudencia administrativa ha subjetivado dicha responsabilidad, de modo que solo se consideran antijurídicos, y por consiguiente, indemnizables aquellos daños que son consecuencia de un comportamiento contrario a la *lex artis*. Por todos vid. GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN/SANTAMARÍA PÉREZ, en *Manual de Responsabilidad pública*, p. 909; ASÚA GONZÁLEZ, en *Tratado de Responsabilidad civil*, t. II, pp. 391 ss.; ESPINOSA DE RUEDA JOVER, «Casuística de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria defectuosa y sus vías de reclamación», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 408-409.

⁴¹ Este párrafo aparece, a modo de «cláusula de estilo», en numerosas resoluciones, la primera de ellas la STS 7527/2009 de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7527) -que rechaza que en el caso concreto existiera pérdida de oportunidad, parece que por entender probada la relación causal- si bien lo curioso es que no se trataba de una afirmación del propio TS, sino de la sentencia recurrida, que, al estar recogida en el FJ 2º de aquélla, ha sido reiterada por posteriores sentencias del Supremo. Cfr. SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), 3/2012 de 2 enero (ECLI:ES:TS:2012:3); 8508/2012, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508); 145/2016 de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2016:145); 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096); 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096).

⁴² El demandante devino en situación de incapacidad a consecuencia de un empiema epidural que le fue detectado en el Hospital Carlos Haya alrededor de tres días después del comienzo de los primeros síntomas, que eran compatibles con la diabetes que padecía. El demandante alegaba que la demora en enviarle al hospital donde se contaba con los medios necesarios para diagnosticar su enfermedad influyó en el resultado final, que podría haber sido menos lesivo.

enfermo compatibles con la diabetes que padecía. El TS revoca la sentencia recurrida, que desestimó la demanda, y condena a la Administración sanitaria a abonar una indemnización parcial por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, con base en una argumentación enormemente confusa que parece dar a entender que puede exigirse responsabilidad a la Administración *aunque la atención médica prestada no haya sido negligente*⁴³, ante la mera posibilidad de que, *de haberse actuado de otro modo, el resultado hubiese sido distinto*⁴⁴. De hecho, esta es la interpretación que viene a hacer la STSJ Andalucía 871/2023 de 20 de abril (ECLI:ES:TSJAND:2023:3857) en un supuesto en que un menor fue sometido a una operación de hernia inguinal que le provocó atrofia testicular. La sentencia recurrida condenó a la Administración sobre la base de un informe forense que indicaba que podía haberse empleado otra técnica quirúrgica menos traumática, aunque no podía asegurarse que se hubiese evitado el daño. Recurrida la sentencia por el Servicio Andaluz de Salud, que solicitó la reducción de la indemnización por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el TS pese a estimar que *no hubo mala praxis*, afirmó que la actuación médica había provocado al paciente una pérdida de expectativas porque «*con cierta probabilidad*» otra actuación médica podría haber evitado el daño (FJ 6º). En consecuencia otorgó una indemnización de un tercio de la cantidad solicitada⁴⁵. Como fácilmente puede colegirse, con esta interpretación se corre el riesgo de considerar responsable a la Administración sanitaria simplemente por el mero hecho de que, existiendo distintas alternativas de tratamiento o distintas técnicas quirúrgicas, la empleada en el caso concreto no haya obtenido un resultado satisfactorio, pues siempre cabrá argüir que, aun no existiendo mala praxis, con otro tratamiento o técnica quirúrgica, *quizás podría* haberse obtenido otro resultado.

Las afirmaciones de la Sala Tercera del TS que venimos analizando provocan otro efecto pernicioso y es que llevan a argumentar que, si se constata una infracción de la *lex artis*, no puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad para reducir la indemnización del daño final, al encontrar ésta su campo de operatividad *en ausencia de aquélla*. Así lo planteó la recurrente en el supuesto analizado por la STS 462/2018, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096)⁴⁶

⁴³ En la resolución comentada se afirma (FJ 6º) que la Jurisprudencia «ya desde los años noventa del pasado siglo, ha venido admitiendo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de las Administraciones Públicas, la posibilidad de que se pueda acceder a la declaración de dicha responsabilidad, *no solo por el hecho que se haya omitido la "lex artis ad hoc"...* Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la "lex artis" o la concurrencia de la misma, con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización, *es el supuesto de la pérdida de oportunidad*» que se configura «*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*».

⁴⁴ Así se desprende de los párrafos siguientes, también contenidos en el FJ 6º, en los que se afirma: «ahora bien, en este supuesto el daño viene 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, *es lo cierto que de haber existido un tratamiento diferente*, que no es ajeno a la propia medicina, *existe la duda de si se habría producido el resultado lesivo*» añadiéndose que «los supuestos de pérdida de oportunidad constituye (sic.) 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*».

⁴⁵ Afirma la sentencia que «es doctrina de esta Sala que en casos de pérdida de oportunidad debe otorgarse un tercio de la cantidad solicitada». Sobre la cuestión del cálculo de la indemnización volveremos con posterioridad.

⁴⁶ Similar fue el planteamiento del recurso en los supuestos resuelto por las STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1711) -retraso en el tratamiento de la enfermedad padecida por la demandante- y la STS 665/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1546) -omisión de un TAC que habría podido constatar el hematoma cerebral del fallecido-, en las que los recurrentes impugnaron la cuantía de las indemnizaciones acordadas en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad aduciendo que, dado que había existido una clara vulneración de la *lex artis*,

Desgraciadamente, aunque el TS desestimó el recurso, confirmando la indemnización concedida en la instancia⁴⁷, no aprovechó para aclarar la confusa doctrina mantenida en sentencias anteriores pues, si bien afirma acertadamente que la doctrina de la pérdida de oportunidad «se mueve en distinto plano que el de la *lex artis*» y «se sitúa en el terreno de la incertidumbre» (FJ 9º, primer párrafo), también reitera, incomprensiblemente, que puede invocarse «incluso sin quiebra de la *lex artis*» (FJ 8º in fine).

La doctrina sentada en las sentencias mencionadas lleva a consecuencias un tanto absurdas. Supone que, cuando no se duda del nexo causal, es necesaria la existencia de negligencia para poder imputar responsabilidad a la Administración. En cambio, si existe incertidumbre causal, no es precisa una actuación contraria a la *lex artis*, lo que implica que la responsabilidad de la Administración sanitaria, en esta hipótesis concreta, se «objetiviza». Sin embargo, una cosa es solventar los problemas de incertidumbre causal mediante la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad y otra, bien distinta, prescindir del criterio de imputación de responsabilidad aplicable a los daños causados en la prestación de asistencia sanitaria pública.

Convendría por ello, que la Sala tercera del TS se cuidara de modificar o, al menos, matizar la doctrina mantenida en las referidas sentencias, pues si, de acuerdo con la postura mantenida por el Alto Tribunal, la Administración sanitaria no responde por la mera producción del daño sino solo cuando existe un funcionamiento «anómalo», la teoría de la pérdida de oportunidad no puede llevar a imponer responsabilidad a la Administración cuando la atención médica dispensada no ha sido negligente⁴⁸. En realidad esto queda claro en otras decisiones de la Sala Tercera que, con mejor criterio, estiman que no cabe condenar a la Administración sanitaria sobre la base de la existencia de una pérdida de oportunidad si no ha habido infracción de la «*lex artis*»⁴⁹, y afirman que la pérdida de oportunidad solo puede operar si existe mala praxis o

debía serle indemnizado el daño final. En el primer caso el TS desestimó el recurso limitándose a afirmar que la recurrente pretendía una revisión de la valoración probatoria no admisible en casación. En la segunda sentencia se confirmó la resolución recurrida con una confusa argumentación que viene a sugerir que la existencia de mala praxis no era una premisa concluyente.

La STS 145/2016 de 27 de enero (ECLI:ES:TS: 2016:145). en un supuesto de retraso en el tratamiento a una mujer que sufrió una hemorragia tras el parto, parece aceptar que si hay vulneración de la *lex artis* no cabe apreciar pérdida de oportunidad.

⁴⁷ La demandante sufrió ciertas lesiones neurológicas, posible consecuencia del retraso en el diagnóstico de la enfermedad padecida debido a que no se le practicaron oportunamente las pruebas necesarias. La sentencia recurrida aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad y concedió una indemnización de 40.000 euros -frente a los 572.412 solicitados-, atendiendo al grado de probabilidad de que se hubiese obtenido el mismo resultado con un diagnóstico anterior (aunque no aporta dato alguno acerca del grado de probabilidad tomado en consideración).

⁴⁸ En este sentido ASÚA GONZÁLEZ, «Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coord.), t. I, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2021, p. 466; MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Cívitas-Thomson, Navarra, 2018, p. 121.

⁴⁹ La STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES:TS: 2016:3819), niega que en el caso enjuiciado fuese aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad porque el paro cardíaco sufrido por el demandante mientras estaba ingresado en el hospital por neumonía no era previsible y la actuación médica dispensada no podía considerarse deficiente. La STS 8548/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8548), en un supuesto en que la demandante solicitó indemnización por los daños sufridos por su hijo en el parto a consecuencia de una infección, que en su opinión debía haber sido detectada a la madre, que fue quién la transmitió al menor, tras afirmar que «la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o

actuación médica incorrecta⁵⁰. Y lo cierto es que en la mayoría de sentencias del TS que aprecian la existencia de una pérdida de oportunidad -incluidas algunas que afirman que la misma es «una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*» y puede operar en su ausencia- se parte de la base de que el error o retraso en el diagnóstico en cuestión conlleva una asistencia médica negligente⁵¹.

Pues bien, presuponiendo que la figura de la pérdida de oportunidad solo debe entrar en juego cuando existe un comportamiento médico negligente, pero es dudoso que el mismo sea la causa del daño final sufrido por el paciente, la cuestión a dilucidar es ¿basta cualquier probabilidad de que la negligencia médica haya incidido en el resultado final para que exista el deber de indemnizar? O, dicho en términos propios de la postura que concibe la pérdida de oportunidad como un daño autónomo (que, dicho sea de paso, es la acogida en muchas de las sentencias analizadas) ¿es necesario que la probabilidad de supervivencia o curación perdida sea de cierta entidad?

La doctrina afirma de manera prácticamente unánime que la «oportunidad perdida» debe ser seria y contar con ciertas posibilidades de éxito, es decir, debe existir una probabilidad significativa o relevante de que el daño final no se hubiese producido de haber mediado un comportamiento diligente⁵². Sin embargo, no se concreta con qué condiciones o a partir de qué

minorado el resultado», niega igualmente que proceda aplicarla en el caso enjuiciado por entender que no hubo infracción de la *lex artis*.

⁵⁰ Así se indica en la STS 4736/2005 de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4736), una de las primeras en pronunciarse sobre la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de la Administración sanitaria, que afirma que «para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien *derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo* o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que *se actuó incorrectamente o con omisión de medios*». En este caso la demandante aducía que el retraso en diagnosticarle un tumor de ovario debía desencadenar la responsabilidad de la Administración, cosa que rechazó el TS por entender que no existió mala praxis por ser sus síntomas iniciales compatibles con el estreñimiento que le fue diagnosticado y precisarse, como regla, una media de unos dos meses en diagnosticar el tipo de tumor padecido. La mencionada afirmación es reiterada en la STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3463), que consideró que la Administración había actuado incorrectamente al no informar sobre la necesidad de revacunar de la meningitis a cierto grupo de menores (una de las cuales contrajo la enfermedad).

⁵¹ Es el caso, por ejemplo, de la STS 3/2012 de 2 de enero (ECLI:ES:TS:2012:3), en la que, pese a afirmarse que la doctrina de la pérdida de oportunidad es una «figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*», se consideró que existía evidencia de una clara infracción de la *lex artis ad hoc*. Se había diagnosticado al enfermo un cólico renal cuando padecía un aneurisma, sin que, pese al empeoramiento de su situación, se le realizaran las pruebas necesarias para detectar la afección padecida, que fue diagnosticada demasiado tarde, si bien era dudoso que un diagnóstico más temprano pudiera haber evitado la muerte. Lo mismo sucede en el supuesto de la STS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), en el que, pese a habersele detectado al paciente un nódulo pulmonar, no se adoptaron las medidas necesarias para diagnosticar el carcinoma pulmonar que le provocó la muerte. Aunque la sentencia recoge también la referencia a la pérdida de oportunidad como «una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*», lo cierto es que TS afirma que en este caso el retraso en el diagnóstico y la realización tardía de las pruebas que habrían permitido su confirmación implicaron una mala praxis, generadora de una pérdida de oportunidad. Se estima igualmente que el retraso en el diagnóstico y posterior tratamiento supuso un comportamiento contrario a la *lex artis* en las STS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:4867); 7060/2011 de 19 octubre (ECLI:ES:TS:2011:7060) y 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450). La STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230), consideró asimismo como un evidente supuesto de mala praxis el error de diagnóstico que llevó a confundir un infarto con dolores propios de una úlcera.

⁵² Vid. LUNA YERGA, *InDret*, 2/2005, p. 15; RAMOS MATEO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 2020, n. 41, pp. 58-59; EGUZZQUIZA BALMASEDA, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, t. II, p. 260; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 724-725; GALLARDO CASTILLO, *Revista de la Administración Pública*, 2015, n. 45-46,

umbral cabe entender que así es. Entre los pocos autores que se detienen en establecer un porcentaje de probabilidad por debajo del cual no habrá lugar a indemnización, algunos opinan que debe situarse en el 20 %⁵³, mientras que otros lo elevan al 45 o 50 %⁵⁴.

La jurisprudencia administrativa ha afirmado en alguna sentencia que «la posibilidad frustrada» no puede ser una «expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional»⁵⁵, siendo necesario que exista «una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto»⁵⁶. Sin embargo, muchas otras sentencias se limitan a afirmar que “*basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño*, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda una indemnización ...”⁵⁷. Ello hace surgir la duda acerca de la probabilidad que sería relevante para considerar que existe deber de indemnizar.

Ninguna de las resoluciones analizadas se pronuncia sobre el grado de probabilidad necesario para que pueda imputarse responsabilidad a la Administración, quizás porque, como ahora se verá, en los supuestos enjuiciados no suelen analizarse las probabilidades concretas de curación o supervivencia que tenía el enfermo en caso de que la atención médica hubiese sido correcta, lo que, por otra parte, dificulta el cálculo de la indemnización.

pp. 36-38; ASENSI PALLARÉS/CID-LUNA CLARES, *Revista Cesco*, 8/2013, p. 234; VICANDI MARTÍNEZ, *Revista Derecho y salud*, 25-2, 2015, p. 20; GARCÉS-GARRO RANZ, *Revista de Responsabilidad civil circulación y seguro*, 2014-4, pp. 8-10.

⁵³ En relación con la pérdida de oportunidad de supervivencia o curación, MOURE GONZÁLEZ, *Revista Derecho y Salud*, 27-1, 2017, p. 70, fija un umbral mínimo del 20 % y otro máximo del 80 % (a partir del cual se consideraría probado el nexo causal) dentro del cual debe operar esta figura. Lo mismo opina GIL MEMBRADO, «Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, p.1081. Desde una perspectiva general, MEDINA ALCOZ, *La doctrina de la pérdida de oportunidad*, pp. 316-317, estima que no ha lugar a indemnización si la probabilidad es inferior al 15%, y XIOL RÍOS, «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, p. 20, alude a un umbral mínimo de entre el 15 y el 20%.

⁵⁴ Así lo hace SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, p. 234, si bien se refiere a la pérdida de oportunidad procesal. En el ámbito sanitario, PÉREZ VALLEJO, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, t. III, p. 1142, considera que el margen de probabilidad en el que entra en juego la pérdida de oportunidad oscila entre el 55% y el 45% y CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. III.B, también parece considerar que la oportunidad perdida es seria cuando pueda acreditarse que, de haberse seguido un tratamiento adecuado, la probabilidad de supervivencia era superior al 50%. En el mismo sentido, en relación con la pérdida de oportunidad procesal, III.B.1 y B.2.

⁵⁵ Así lo indica STS 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI: ES:TS: 2016:2289), en un supuesto en que un menor sufrió daños a consecuencia del sufrimiento fetal producido en el parto debido al retraso en la realización de la cesárea. El TS entendió que se cumplía el mencionado requisito porque podía afirmarse que la cesárea «con un porcentaje de probabilidad muy alto, habría evitado o aminorado la situación de asfisia perinatal y, por ende, las severas complicaciones neurológicas».

⁵⁶ STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES: TS: 2016:3819), aunque esta sentencia consideró que no cabía hablar de pérdida de oportunidad porque la actuación médica no podía considerarse deficiente ni había dato alguno que permitiera afirmar que las secuelas del accidente cardiovascular que sufrió el enfermo mientras era tratado de neumonía en el hospital, se habrían evitado por el hecho de haber estado ingresado en la UCI.

⁵⁷ Así se afirma en las SSTS 4867/2010 de 23 de septiembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4867); 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450); 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530).

Al respecto conviene recordar que en los casos de pérdida de oportunidad la indemnización no cubre el daño corporal final sino una fracción de éste que debe ser calculada atendiendo al grado de probabilidad de que el mismo se hubiese evitado de haber mediado un comportamiento diligente. Así, muchas de las sentencias de la Sala Tercera que han aplicado esta figura afirman que en tal caso «no es posible atender al principio de la reparación integral del daño»⁵⁸ ya que no se indemniza «el fallecimiento» ni el daño o las secuelas padecidas por el enfermo, sino la «pérdida de expectativas o posibilidades»⁵⁹.

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para valorar tal daño, en numerosas sentencias afirma el TS que en el supuesto que analizamos han de tenerse en cuenta dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste último⁶⁰. Se dice también que la indemnización debe guardar relación con las oportunidades de curación⁶¹ o que debe reducirse su montante en razón de la probabilidad de que el daño se hubiese producido igualmente, de haberse actuado diligentemente⁶².

Sin embargo, pese a declaraciones de principio en este sentido, no parece que esta regla se aplique con rigor en la práctica. Como se ha anticipado, lo cierto es que en las sentencias analizadas no se suele entrar a realizar ese cálculo de probabilidades. A pesar de que en el ámbito médico suelen existir datos estadísticos suficientes acerca del pronóstico y evolución de las distintas enfermedades que podrían ser tomados en consideración por los tribunales para aplicar

⁵⁸ Así lo indica la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096), que añade que «con la doctrina de la pérdida de oportunidad dicha indemnización es solo parcial por falta de probabilidad suficiente para tener por cierto el nexo causal» (FJ 11º). Afirman también que no se indemniza «por la totalidad de los daños sufridos» las SSTS 4867/2010 de 23 septiembre (ECLI:ES:TS:2010:4867); 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2289).

⁵⁹ Cfr. STS 407/2020 de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1062) -que adopta claramente la perspectiva de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo al indicar que «no es el fallecimiento en sí mismo, sino la pérdida de expectativas, en este caso, de supervivencia, el daño causalmente imputable al servicio público sanitario»- y SSTS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3890); 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230); 3160/2008 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3160); 3/2012 de 2 de enero (ECLI:ES:TS:2012:3), que parecen igualmente considerar la pérdida de oportunidad como un daño distinto del daño final.

⁶⁰ Son numerosas las sentencias que afirman que en la pérdida de oportunidad entran en juego, a la hora de valorar el daño, «dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, *el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*» SSTS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:760:2011); 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637); 8508/2012 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508); 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5640); 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2289).

⁶¹ Así se indica en las SSTS 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878); 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5640) y en la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096,) que afirman que «la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye elemento sustancial en la doctrina denominada pérdida de oportunidad por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no». Asimismo, diversas sentencias observan también que la indemnización se ha de reconocer «en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad» [SSTS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:4867); 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878)].

⁶² SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922); 3/2012 de 2 de enero 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878).

el correspondiente porcentaje sobre el perjuicio final⁶³ (que suele calcularse conforme al baremo de indemnizaciones en accidentes de circulación), salvo en contadas excepciones⁶⁴, la mayoría de las sentencias se limitan a hacer una valoración discrecional del daño, tomando en consideración datos como la edad del perjudicado o la entidad de las lesiones sufridas⁶⁵, o bien dicen atender a las probabilidades, más o menos altas, de que el resultado se hubiese podido evitar de haberse detectado y/o tratado correcta y oportunamente la enfermedad, pero sin cuantificarlas expresamente ni tener en cuenta datos estadísticos.

Así, mientras que la STS 1177/2016 de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2289) parece considerar que un *porcentaje de probabilidad «muy alto»* de haber evitado o aminorado las secuelas padecidas por el menor como consecuencia del retraso en la práctica de la cesárea, equivale a un 50 %⁶⁶, la STS 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530) aplica ese mismo porcentaje del 50 % para

⁶³ A diferencia de lo que sucede cuando se trata de la «pérdida de oportunidad procesal», en la que el grado de probabilidad de obtención del resultado favorable de no haber mediado el comportamiento negligente del demandado se valora mediante el método del denominado «juicio dentro del juicio», que, como indica la STS 50/2020 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2020:99), obliga al juez a «urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción» (SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, pp. 310 ss.; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *Actualidad Civil*, n. 9, septiembre 2014, p. 4; OLIVA BLÁZQUEZ, en *La modernización del contrato de servicios*, p. 313; CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. IV.B.1 y B.3) en el ámbito médico bastaría con contar con informes médicos o forenses que reflejaran la probabilidad estadísticamente acreditada.

⁶⁴ La STS 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878), confirmó la sentencia recurrida, que redujo en un 50 % la indemnización solicitada por la madre de un recién nacido que sufrió secuelas al nacer, atendiendo a lo establecido en el informe pericial que mantenía que un tratamiento oportuno de la preeclampsia padecida por la demandante durante el embarazo habría reducido el riesgo de secuelas para su hijo recién nacido en un 50 %. Por su parte, la STS 3935/2015 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3935), en relación con la demora en el traslado de un preso que había sufrido un ictus a un hospital, tuvo en cuenta un informe que establecía que las probabilidades de merma de las secuelas con un tratamiento más rápido eran de aproximadamente un 33 % por lo que redujo la indemnización a 1/3 de lo calculado conforme al baremo.

⁶⁵ Así, la STS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), en un supuesto de retraso en el diagnóstico de un carcinoma de pulmón que provocó el fallecimiento del paciente, otorgó a la viuda una indemnización de 30.000 euros atendiendo a la edad de la víctima y la indemnización solicitada por la demandante (de 160.000 euros). La STS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:7060), también relativa a un retraso en el diagnóstico, confirma la indemnización acordada por la resolución recurrida (de 12.000 euros) teniendo en cuenta la edad del paciente y las secuelas padecidas. La sentencia incide en la dificultad en la que se encontraba el juzgador de instancia, que no contaba con datos concretos que sirvieran de base para el cálculo de la indemnización, estimando suficiente la motivación aportada. La STS 3160/2008 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3160), otorgó al recurrente (al que se le pautó una terapia sin suministrarle la medicación indicada para minimizar los posibles efectos secundarios) una indemnización de 30.000 euros -frente a los 150.253 solicitados- atendiendo a la «edad y profesión del actor». La STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230), en relación con un error de diagnóstico, que no detectó el infarto que sufría la víctima, fija la indemnización otorgada a la esposa e hijas tomando en consideración, curiosamente, no las circunstancias del fallecido, sino la edad de la recurrente y sus responsabilidades familiares (les otorga una indemnización de 120.202,42 euros frente a los 300.506,05 reclamados). Alguna otra decisión, como la STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3463), relativa a la falta de información sobre la necesidad de vacunar a una menor que contrajo la meningitis, dice atender a la valoración de la prueba en su conjunto y las circunstancias referidas a la perjudicada, como su corta edad, para fijar una indemnización de 800.000 euros (que equivale aproximadamente a la mitad de lo solicitado, que fue 1.617.266 euros).

⁶⁶ La indemnización acordada por el TS es algo inferior a la mitad de la solicitada por la actora, pero ello parece deberse a que el TS consideró ciertos conceptos (adaptación del vehículo y la vivienda) como no indemnizables.

También alude a una «alta probabilidad» de que el resultado de gran invalidez padecido por el demandante -un preso que no fue trasladado oportunamente al hospital- no hubiese llegado a producirse, la STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:352). Sin embargo, en este caso se fija una indemnización de 500.000 euros, que se corresponde con un 38% de lo solicitado (1.314.393,40).

rebajar la indemnización otorgada a la esposa del fallecido –a quien no se detectó el agravamiento de la enfermedad cardiovascular que padecía- aduciendo que las *posibilidades de curación de la víctima eran «pocas»*. Más coherente es el criterio empleado en la STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1711) que, teniendo en cuenta la «limitada aportación causal» de la actuación médica -lo que presupone, igualmente *pocas* posibilidades de curación- confirma la indemnización acordada en la sentencia recurrida, que ascendió a algo más del 10 % de lo solicitado⁶⁷. Sin embargo, contrasta en cierta medida con el criterio mantenido en la STS 5714/2007 de 4 de julio (ECLI:ES:TS: 2007:5174), que confirma la indemnización acordada por la sentencia recurrida, que, pese a estimar que los porcentajes de éxito de la operación omitida eran «*muy bajos*», acordó una cuantía de aproximadamente 1/3 de lo que habría correspondido⁶⁸. En otros casos, teniendo en cuenta que las posibilidades *no eran escasas* -de lo que hay que deducir que tampoco eran altas y estaban, por tanto, *en un rango intermedio*- se han otorgado indemnizaciones de un 16,6 % de lo solicitado –STS 5640/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5640)⁶⁹- o incluso de un 8,7 % -STS 3637/2012 de 22 mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637)⁷⁰- .

Como puede apreciarse, la situación resulta ser bastante contradictoria, pues, a falta de datos estadísticos⁷¹ (lo que puede deberse a que, por lo general no es el demandante quien invoca la doctrina de la pérdida de oportunidad, sino el juzgador cuando, una vez analizadas las pruebas, no considera acreditada la relación causal entre la atención médica dispensada y los perjuicios sufridos por la víctima) lo que los tribunales consideran en cada caso como un grado de probabilidad escaso, medio o elevado, fluctúa considerablemente. Además, a tenor de alguno de los porcentajes señalados, resulta evidente que se indemniza al paciente incluso en supuestos en que parece entenderse que las probabilidades de mejoría o curación, de haberse actuado diligentemente, no llegan siquiera al 20 %. Así, además de las resoluciones ya señaladas, cabe

⁶⁷ La sentencia recurrida había otorgado una indemnización de 100.000 euros frente a los 920.511,12 euros solicitados conforme al baremo.

⁶⁸ Se otorgó al demandante una indemnización de 50.000 euros cuando, de acuerdo con el baremo, le habría correspondido 155.904 euros.

⁶⁹ La resolución impugnada, en un supuesto de retraso en el diagnóstico y tratamiento de la afección padecida por el enfermo, le otorgó una indemnización de 35.000 euros frente a los 900.000 solicitados. El TS consideró que la indemnización era insuficiente, y tras observar que la sentencia recurrida no decía nada sobre el grado de probabilidad tenido en cuenta, afirma que *no era razonable entender que fuera escaso, ni mucho menos nimio, el grado de probabilidad* de que la actuación omitida hubiese producido un efecto beneficioso, ni tampoco el alcance de tal efecto beneficioso (FJ 4), por lo que aumentó la indemnización a 150.000 euros.

⁷⁰ En este caso, en el que al paciente no se le diagnosticó oportunamente el tumor en la columna que padecía y que le provocó paraplejía, la sentencia recurrida le había otorgado una indemnización de 30.000 euros en concepto de daño moral. El TS entendió que, dado que no existía certeza de que una actuación médica correcta hubiese evitado el daño, debía aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad. Aumentó la indemnización a 150.000 euros, argumentando, simplemente, que no parece que «fueran escasos, ni el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable». Sin embargo, si se tiene en cuenta que la indemnización solicitada por el recurrente ascendía a 1.716.890,73 euros, es evidente que el porcentaje aplicado es bastante bajo.

⁷¹ No obstante, también hay algún caso en el que, pese aludirse a las probabilidades estadísticas que habría tenido el paciente de haber sido tratado oportunamente, se obvia tal porcentaje a la hora de calcular la indemnización. Así, la STS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3890) -relativa a un supuesto en que se dilató el traslado del paciente, que había sufrido un accidente de buceo, a una cámara hiperbárica- pese a afirmar que se había hurtado al paciente «la eventualidad de pertenecer al 71,5 % de los lesionados que, tratados en plazo idóneo, se recuperan globalmente», prescinde de ese porcentaje y cifra la indemnización en 90.000 euros (frente a los 621.133,21 euros solicitados), aduciendo que tal cantidad resultaba adecuada atendiendo a la edad del paciente, su profesión y las lesiones padecidas.

citar la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096), que, al rechazar el recurso de la demandante impugnando la indemnización concedida -que ascendió a solo un 5 % de lo establecido en el informe de daños⁷²-, pone de manifiesto que la Sala debió situar «en términos remotos» (vid. FJ 9) el grado de probabilidad de que una actuación médica más temprana hubiese mejorado su situación.

Frente a ello, encontramos también alguna sentencia que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en supuestos en que posiblemente debería tenerse por cierto el nexo causal⁷³. Así ocurre en la STS 1100/2020, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1062), que, en un supuesto de retraso en la práctica de una intervención quirúrgica (el enfermo falleció antes de ser intervenido), tiene en cuenta que la probabilidad de supervivencia de haberse llevado a cabo a tiempo la intervención era de un 85 %, y aplica ese porcentaje para reducir la indemnización⁷⁴. Bien es cierto que, en este caso, a diferencia de lo que sucede habitualmente, fue la propia demandante la que invocó la doctrina de la pérdida de oportunidad. Pero parece evidente que con planteamientos de este tipo se corre el riesgo de aplicar las reglas de la «responsabilidad proporcional» a supuestos en que realmente no existe incertidumbre causal, con el fin de disminuir el montante de la posible indemnización.

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia administrativa, además de realizar una aplicación poco rigurosa de la figura de la pérdida de oportunidad en lo que respecta a la cuantificación del perjuicio resarcible, considera indemnizable el daño en supuestos en que la incidencia causal del error o retraso en el diagnóstico/tratamiento en la salud del paciente es muy escasa, casi nimia, lo que parece contrario a la opinión de la doctrina dominante.

A mi juicio, una correcta aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad (entendida aquí como un supuesto de responsabilidad proporcional) exigiría concretar claramente por los tribunales, en cada caso, en qué porcentaje de probabilidad se estima que la conducta del demandado ha podido causar el daño para, a continuación, aplicar ese porcentaje a la indemnización, cosa que, como se ha visto, se hace en pocas ocasiones. Por lo que respecta al establecimiento de un umbral mínimo de probabilidad para declarar responsable al médico negligente, creo que la naturaleza los daños sufridos por la víctima –que afectan a su integridad corporal y su salud- puede justificar que exista en este caso deber de indemnizar, aunque la probabilidad de que el comportamiento negligente lo haya causado sea escasa⁷⁵. Creo, en este sentido, que difícilmente puede fijarse un límite mínimo adecuado para los distintos tipos de

⁷² La paciente aducía que el retraso en el diagnóstico de la patología cerebral que padecía era la causa de las secuelas resultantes. La resolución impugnada le otorgó una indemnización de 40.000 euros -frente a los 838.866,72 euros en que se valoraban los perjuicios en el informe de daños- atendiendo al grado de probabilidad (que no concretó) de que se hubiese obtenido el mismo resultado con una actuación médica más temprana.

⁷³ Téngase en cuenta que en el Derecho continental el nivel de probabilidad necesario para considerar probada la relación causal se sitúa en torno al 80%. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, pp. 283-285; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 27; MARTÍN CASALS, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*, pp. 45-46.

⁷⁴ Vid. ASÚA GONZÁLEZ, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, pp. 451, 465.

⁷⁵ Siguiendo lo establecido en los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil (arts. 2:102) cabe pensar que la vida y la integridad física y psíquica gozan de la más amplia protección, mientras que la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. Vid. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la REDPEC, coord. por MARTÍN CASALS, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 63 ss.

casos en los que puede operar la figura de «pérdida de oportunidad». En la hipótesis de pérdida de oportunidad procesal o de pérdida de la posibilidad de obtener ciertas ganancias aleatorias, tiene sentido establecer un umbral relativamente alto (v. gr. 40 o 50 %) para que la pérdida de esa expectativa se considere un «activo» patrimonial que dé derecho a indemnización. Pero posiblemente no debe llegarse a la misma conclusión cuando se trata de daños corporales o de la muerte de un individuo que han sido causados *probablemente*, pero sin que exista grado suficiente de certeza, por el profesional demandado. En tal caso parece más fácil aceptar que exista deber de indemnizar, aunque sea escasa la probabilidad de que la negligencia médica haya sido la causa del daño⁷⁶.

La naturaleza de los bienes e intereses lesionados hace además que sea extremadamente complicado fijar un umbral mínimo de probabilidad a partir del cual la víctima tenga derecho a obtener indemnización. Quizás lo más conveniente –al menos en términos de justicia material– sea determinar, caso por caso, lo que en función de las circunstancias se considera una «probabilidad seria», apreciación judicial en la que seguramente influye, a tenor de la jurisprudencia analizada, la entidad de las lesiones padecidas por la víctima en relación con sus circunstancias personales.

2.2. La pérdida de oportunidad terapéutica en la jurisprudencia de la Sala Civil

La doctrina de la pérdida de oportunidad fue mencionada por primera vez por la Sala Civil del TS en la conocida STS 5788/1998 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:5788), relativa al fracaso de un implante de mano debido al descuido de la enfermera que debía vigilar la conservación del miembro amputado⁷⁷. Más recientemente ha sido examinada con mayor detenimiento por la STS 105/2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:576) en un supuesto que no es propiamente de responsabilidad médica⁷⁸. No es frecuente, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa, que los tribunales civiles recurran a esta figura en los casos de error o retraso en el diagnóstico. La mayoría de las sentencias de la Sala Primera sobre

⁷⁶ No obstante, también podría argüirse que en los casos en que la probabilidad de curación o mejoría del enfermo frustrada por la negligencia médica era muy escasa, lo que indemnizan en realidad los tribunales bajo la cobertura de la «pérdida de oportunidad» no es más que un daño moral.

⁷⁷ Un trabajador sufrió un accidente laboral que le ocasionó la amputación de una mano. La mano fue introducida en una caja con hielo sintético en lugar de hielo natural por un compañero, sin que la enfermera que atendió a la víctima comprobara que el hielo era el adecuado. Ello ocasionó la frustración del implante, pero, dado que el éxito de la operación no estaba en ningún caso asegurado, el TS afirmó que lo que se podía imputar al comportamiento negligente de la enfermera era solo la «pérdida de una expectativa». El TS no entró a valorar en esta sentencia qué consecuencias tenía tal planteamiento ni cómo debía calcularse la indemnización. Se limitó a fijar una indemnización de 1.500.000 pts. en lugar de los 20 millones solicitados por el demandante.

⁷⁸ Un bebé se atragantó al ser alimentado en una guardería. El personal de la misma le practicó maniobras de reanimación en lugar de llevarlo directamente al hospital como exigía el protocolo en casos similares, protocolo con el que no contaba el centro en cuestión. El TS, que casó la sentencia recurrida, consideró que la ausencia de protocolos para abordar una situación como la suscitada constituía un comportamiento claramente negligente por parte de la directora del centro –que fue demandado junto con aquella y su compañía de seguros-. No obstante, al no existir certeza acerca de que el traslado al hospital hubiera salvado la vida del bebé, acude a la figura de la pérdida de oportunidad, que, según dice, «se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de (sic.) la incertidumbre sobre ella y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización». Pese a que la resolución comentada afirma que la indemnización «debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada», al no constar en el supuesto analizado prueba del grado concreto de probabilidad de que el bebé hubiera podido salvarse si hubiera sido llevado inmediatamente al centro hospitalario, fija la indemnización en 60.000 euros por ser la suma asegurada.

esta cuestión se ocupan de determinar cuándo tal comportamiento puede ser considerado negligente –pues no todo error de diagnóstico debe calificarse como tal⁷⁹- pero no suelen entrar a analizar el problema del nexo causal, dando por sentado, por lo general, en los casos en que se aprecia negligencia, que también hay relación causal⁸⁰. Como ejemplos de la aplicación de esta doctrina se mencionan las STS 463/2007 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:463) y 423/2007 de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2561). La primera de ellas se limita a confirmar la sentencia recurrida, que, en relación con la falta de detección de la lesión que obligó a amputar la pierna al paciente, condenó al médico demandado y al servicio gallego de salud por entender que la no realización de la arteriografía médicamente indicada había «privado al paciente de las posibilidades que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda». El médico demandado interpuso recurso de casación aduciendo que no había habido negligencia ni se había probado la relación causal. El TS se limitó a afirmar que en el asunto enjuiciado existía culpa y nexo causal «entre la acción y omisión y el quebranto ocasionado»⁸¹. Por lo que respecta a la segunda decisión, relativa también a la omisión de una arteriografía que habría podido detectar la disección de la aorta sufrida por el paciente, el TS confirma la sentencia recurrida que, si bien afirmó que tal omisión privó al paciente de una expectativa (la de que una posible intervención quirúrgica tuviese éxito, cifrándose tales posibilidades en un porcentaje no superior al 20 %), la valoró como *daño moral* (vid. FJ 1, *in fine*). Es dudoso, por tanto, que dichas resoluciones puedan considerarse realmente representativas del acogimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad en este ámbito.

Entre las resoluciones de Audiencias Provinciales sí encontramos algunas que aplican la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de error o retraso en el diagnóstico. Significativa resulta la SAP Tarragona 502/2021 de 28 octubre (ECLI:ES:APT:2021:1696), relativa a una infección bacteriana que se diagnosticó y trató errónea y negligentemente como vírica, dando lugar a una sepsis que provocó la muerte de la paciente. En este caso fue el demandante, hijo de la fallecida, quien adujo que la actuación negligente de las facultativas supuso una «pérdida de oportunidad terapéutica» para su madre. La AP, aceptando que con un tratamiento antibiótico la paciente habría tenido una posibilidad razonable de salvar la vida, se remite a doctrina vertida por la Sala Tercera del TS para indicar que el «cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente». Dado que se consideró probado que la tasa de mortalidad en pacientes con sepsis no severa era del 16 % redujo en ese porcentaje (esto es, al 84 %) la indemnización fijada según el baremo. También relevante es la SAP Madrid 99/2018 de 5 de marzo (ECLI:ES:APM:2018:6072). En este caso se diagnosticó erróneamente gastroenteritis a una mujer que padecía un ictus. La sentencia estima que el error fue negligente pero considera no acreditado que un adecuado diagnóstico hubiese podido evitar las secuelas padecidas por la víctima. Ante tal situación recurre a la figura de la pérdida de oportunidad, y, tomando en consideración,

⁷⁹ El TS viene afirmando que solo el diagnóstico incorrecto consecuencia de la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad pueden servir de base para declarar la responsabilidad. Vid., entre otras, STS 680/2023 de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:50); 112/2018 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:724); 33/2015 de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:434); 679/2010 de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690); 415/2007 de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2007:4237), etc.

⁸⁰ Vid., por ejemplo, SSTS 679/2010, Civil, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690) y 33/2015, Civil, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:434) que parecen dar por sentada la existencia de relación causal entre el error médico y el daño.

⁸¹ Y añade que «para la presencia de la relación causal, basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de las circunstancias antes reseñadas ha repercutido en el daño sufrido».

nuevamente, la doctrina de la Sala Tercera, afirma que para valorar el daño hay que tener en cuenta el *grado de probabilidad* de que la actuación médica hubiese producido un efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de éste. A la vista de ello, y teniendo en cuenta los datos de mortalidad y secuelas del ictus calcula que el porcentaje aplicable es del 25 % reduciendo, por tanto, a la cuarta parte el montante de la indemnización reclamada⁸².

Estas dos sentencias se basan en la jurisprudencia de la Sala Tercera y realizan, desde mi punto de vista, una correcta aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, pues en ambos supuestos, en los que se considera acreditada la negligencia del demandado, se parte de un supuesto de incertidumbre causal. Para resolverlo se hace responder al facultativo teniendo en cuenta la probabilidad de que el comportamiento del demandado haya causado el daño y para ello se basan en datos estadísticos sobre el pronóstico y evolución de la enfermedad en cuestión. Ahora bien, mientras que en el primer caso la probabilidad de curación del enfermo en caso de no haber existido negligencia era bastante alta⁸³, en el segundo caso era más bien escasa, lo que no impidió, sin embargo, que se otorgara la correspondiente indemnización.

3. La reparación del daño derivado de la falta de información médica. ¿Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

Como se sabe, toda intervención médica requiere el previo consentimiento «informado» del paciente (art. 2,2 y 8,1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), consentimiento que constituye una manifestación del derecho de autodeterminación de aquél y que, por su relación con los arts. 15 y 10,1 CE, suele ser considerado como un derecho fundamental⁸⁴. Para que el paciente pueda valorar «las opciones propias del caso» (art. 8.1 Ley 41/2002), y, por tanto, decidir si acepta o rechaza el tratamiento o intervención, es necesario que sea informado previamente, al menos, sobre su naturaleza, riesgos y consecuencias (art. 4,1 Ley 41/2002). La información relativa a los riesgos del tratamiento recae sobre los denominados «riesgos típicos», que son aquellos inherentes al tratamiento o intervención⁸⁵, y que son, por tanto, previsibles, con independencia de su mayor o menor frecuencia estadística. La finalidad de esta información es clara, pues, dado que casi toda actuación sanitaria conlleva riesgos que forman parte de la esfera de actividad médica, debe darse al paciente la opción de rechazar la intervención si no quiere asumirlos voluntariamente⁸⁶.

⁸² Se dice en la sentencia que, según el informe pericial, el 12% de los pacientes fallecen antes de llegar al hospital, el 45% de los pacientes fallece en los primeros 30 días y el 50% de los supervivientes queda con algún tipo de secuela irreversible.

⁸³ En realidad, si el porcentaje de curación era del 84 % quizás podría haberse considerado probado el nexo causal. Adviértase, no obstante, que fue el demandante el que invocó la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

⁸⁴ Cfr. STS, Civil, 3/2001 de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2001:7412); STC 37/2011 de 28 de marzo. Por todos, vid. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8^a ed, Cívitas-Thomson, 2022, pp. 825 ss.

⁸⁵ Por riesgos inherentes al tratamiento se entiende aquéllos que, conforme a la experiencia y el estado de la ciencia, están directamente relacionados con el tratamiento o intervención de que se trate. Cfr. art. 10 Ley 41/2002. Sobre ello vid. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 906 ss.; MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños 2020*, pp. 549, 550.

⁸⁶ Por ello cabe entender, como observa MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños 2020*, p. 547, que dicha información tiene como fin proteger la salud e integridad física del paciente, que puede adoptar la decisión que le permita protegerla de la manera que le resulte más aceptable o menos gravosa.

La cuestión es ¿qué sucede cuando el médico no informa o no informa adecuadamente al paciente sobre los riesgos del tratamiento? No hay duda de que este comportamiento constituye una infracción de la *lex artis*. Más dudas ofrece, sin embargo, la determinación del daño resarcible. De un lado, nos encontramos con lesiones corporales consecuencia de la materialización del riesgo del que no se informó. La reparación de este daño, como ya se avanzó, presenta algunos problemas ligados a la causalidad. De otro, cabe pensar en la existencia de un daño moral provocado por el incumplimiento del deber de información, independiente del daño corporal referido. La Sala 3^a del TS viene entendiendo que en el supuesto que analizamos procede indemnizar el daño moral derivado de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente. La Sala civil, sin embargo, no mantiene un criterio uniforme al respecto y existen resoluciones de todo tipo, algunas de las cuales aluden a la figura de la «pérdida de oportunidad». Veámoslo a continuación.

3.1. El daño moral derivado del incumplimiento del deber de información

Parte de la doctrina⁸⁷ y, fundamentalmente, la Sala 3^a del TS, estima que el incumplimiento de deberes de información o (según una expresión usual aunque, desde mi punto de vista, inexacta) la falta de «consentimiento informado»⁸⁸ lesiona del derecho de autodeterminación del paciente «al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias,

⁸⁷ Vid. RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado*, 2007, pp. 51 ss. PARRA SEPÚLVEDA, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis doctoral Uc3m, 2014 (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>), pp. 198 ss., 377 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n. 8/2013, pp. 147 ss. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, pp. 346 ss. MACÍA MORILLO, en *Derecho de Daños 2020*, pp. 581 ss.

⁸⁸ Conviene advertir que en muchos casos la Sala Tercera del TS habla de «falta de consentimiento informado» no porque no haya habido consentimiento al tratamiento o intervención -que sí lo ha habido, aunque sea tácito o verbal- sino porque no existe «documento de consentimiento informado» describiendo los riesgos relativos al acto médico (recuérdese que el art. 8,2 de la Ley 41/2002 exige que el consentimiento se preste por escrito en los casos de operaciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos invasivos). Aunque la falta de documentación no determina la invalidez del consentimiento, la carga de la prueba de que se ha informado correctamente al paciente le corresponde al demandado [cfr., SSTS, Sala contencioso-administrativa, 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2000:2750); 2506/2005 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2005:506); 6460/2007 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6360); 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049); 27401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7401); 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545)]. En similar sentido se pronuncia la Sala civil del TS, SS. 416/2001 de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2001:3429); 5424/2003 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424); 721/2005 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5675); 759/2007 de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4472); 4767/2008 de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4767); 2/2009 de 21 de enero, ECLI:ES:TS:2009:68). Es por ello que, en tales casos, si no puede probarse de otro modo que se informó al paciente de los riesgos del tratamiento, se entiende incumplido el deber de información.

En mi opinión la expresión «falta de consentimiento informado» debería reservarse para los supuestos en los que no hay consentimiento, pues no es lo mismo prescindir del consentimiento del paciente que obtener su consentimiento pero sobre la base de información insuficiente o incompleta. Vid. la distinción que realiza, RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado*, 2007, pp. 55 ss. También distingue ambos supuestos PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil (1)», *Diario La Ley*, 2018, n^o 9277, p. 4 ss. (versión smarteca).

entre las diversas opciones vitales que se le presentan» lo que ocasiona un daño moral⁸⁹, pues supone privar al paciente de la capacidad de decidir fundamentado⁹⁰.

La mayoría de las sentencias de la Sala 3^a consideran indemnizable solo el daño moral, excluyendo el daño corporal provocado por la actuación médica⁹¹, aunque algunas resoluciones, para calcular el valor de ese daño moral, tienen en cuenta las secuelas padecidas por el paciente⁹².

En cualquier caso, concebido el daño resarcible como el perjuicio moral consecuencia de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, es claro que no se plantean problemas en materia de nexo causal. El problema que presenta esta postura, a mi juicio, es que, en teoría, en la medida en que la lesión del derecho de autodeterminación del paciente es consecuencia de su imposibilidad para decidir adecuada y reflexivamente al no contar con toda la información relevante, puede generar un daño moral en todo caso, incluso en los supuestos en que los riesgos

⁸⁹ Esta afirmación aparece como cláusula de estilo en diversas sentencias de la Sala Tercera. Así: SSTS 2316/2015 de 26 mayo (ECLI:ES:TS:2015:2316); 6816/2012 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6186); 7401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7401); 6394/2011 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394); 6944/2011 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:6944). En otras de la misma Sala Tercera se indica que la falta de información supone privar al paciente de la «oportunidad de optar por el sometimiento o no a la intervención, y en su caso, aquella modalidad que entienda asumible» lo que ocasiona igualmente un daño moral [STS 140/2021 de 4 de febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:550)], que le impide «decidir libremente» [STS 7734/2009, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7734)], o que supone la sustracción de su capacidad para decidir [STS 5928/2010 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5928)]. En este sentido, la STS 6159/2012, Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6519) afirma que el incumplimiento del deber de información implica la «pérdida de oportunidad del paciente para decidir». Adviértase que se alude aquí a la pérdida de oportunidad en sentido impropio, pues lo que se resarce es el daño moral derivado de la imposibilidad de decidir con conocimiento de causa. De hecho, siguiendo con las sentencias de la Sala Tercera, la STS 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254), en un supuesto en que la resolución recurrida fundó la indemnización en la «pérdida de oportunidad» derivada de la falta de advertencia de los riesgos de la operación, advierte que no se está, propiamente, ante un caso de pérdida de oportunidad, sino ante un daño moral, consecuencia de haber impedido al paciente «tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna». La STS 2506/2005, Contencioso-Administrativo, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2506), alude simplemente al daño moral derivado de la falta de información, al igual que la STS 664/2018, Contencioso-Administrativo, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545), que sostiene que sólo es resarcible el daño moral ocasionado por el incumplimiento del deber de informar.

⁹⁰ STS, Contencioso-Administrativo, 140/2021 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS 2021:550).

⁹¹ Entre las sentencias de la Sala Tercera, observan expresamente que lo indemnizable es exclusivamente el daño moral y no el relativo a las secuelas provocadas por el tratamiento o intervención, las STSS, 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545); 2/2012 de 2 de enero (ECLI:ES:TS:2012:2); 6186/2012 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:6186). Constituyen, sin embargo, una excepción, las SSTS 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049) y la STS 6847/2005 de 9 noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6847), pues en ellas se indemniza el daño corporal final. La primera parece entender que la falta de información trasladó los riesgos de la operación al médico. La segunda, pese a afirmar que la falta de consentimiento informado causó un daño a la recurrente porque «le privó de adoptar en uso de su derecho a decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieron la más conveniente para sí» condena a indemnizar, conforme al baremo, el daño causado por las secuelas padecidas por la perjudicada.

⁹² Entienden que para la valoración de la indemnización deben tenerse en cuenta las secuelas padecidas por el paciente junto con las circunstancias concurrentes las SSTS, 2316/2015, Contencioso-Administrativo, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2316) y 6159/2012 de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6519). También alude a la edad y las secuelas padecidas por la actora la STS 6394/2011, Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394). Por el contrario, la STS 1083/2016, Contencioso-Administrativo, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1083), en un supuesto en que se impugnó la cuantía de la indemnización concedida (18.000 euros) afirma que, dado que lo que se resarce es «la falta de consentimiento informado», para calcular la indemnización hay que hacer abstracción de la gravedad de la lesión.

posibles finalmente no se materializan⁹⁵. Y esto es contrario a la propia doctrina del TS, que viene afirmando –y así lo sostiene tanto la Sala Tercera⁹⁴ como la Sala Primera⁹⁵– que el incumplimiento del deber de información no genera por sí mismo responsabilidad, siendo necesario que se haya producido un daño corporal como consecuencia de la materialización del riesgo del que no se informó.

Por eso a mi parecer sería más lógico configurar el daño moral derivado de la falta de información como el resultante de la imposibilidad de eludir la producción del daño final rechazando el tratamiento o intervención. Concebido de este modo tal perjuicio, es claro que solo puede apreciarse si efectivamente el paciente sufre lesiones o secuelas debido a la cristalización del riesgo omitido. Además, no resulta del todo incompatible con la posibilidad de indemnizar a los familiares en caso de muerte del paciente. Porque si el daño resarcible consiste en la «lesión del derecho de autodeterminación del paciente» no se ve cómo puede indemnizarse el perjuicio moral que sufren los familiares a consecuencia de su muerte⁹⁶, como sucede, por ejemplo, en la STS, Sala 3^a, 140/2021 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:550)⁹⁷.

Por otra parte, también cabría interpretar que la falta de información provoca un perjuicio moral resultante de la imposibilidad del enfermo de haberse preparado psicológicamente para aceptar las posibles consecuencias lesivas de la intervención⁹⁸. A este tipo de daño parece aludir la STS,

⁹⁵ Así lo entiende, por ej., PARRA SEPÚLVEDA, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis doctoral Uc3m, 2014, (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>), pp. 198 ss. y 377-379; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, p. 366. RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado*, 2007, p. 55 opina que, en teoría, dado que el derecho a la autonomía del paciente es un interés tutelado con independencia de que su lesión comporte o no la de otros intereses, sería admisible su resarcimiento en todo caso. No obstante, concluye que en el supuesto de ausencia de daño corporal no debería existir responsabilidad porque la conducta negligente del demandado no coloca al actor en peor situación que aquella a la que aspiraba cuando aceptó someterse al tratamiento o intervención (p. 57).

⁹⁴ Cfr., entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera del TS, 2229/2002 de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2229); 1287/2004 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:1287); 8258/2005 de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:8258); 1094/2007 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1094); 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254); 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049); 782/2017 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1280).

⁹⁵ Cfr. Sentencias de la Sala Primera del TS, 865/2001 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:72533); 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027); 943/2008 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5371); 478/2009 de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412); 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804); 483/2015 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:371).

⁹⁶ Como observa ASÚA GONZÁLEZ, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n. 8/2013, p. 160, si el daño se refiere a la lesión del derecho a la autonomía, los parientes no pueden pretender verse indemnizados por la muerte del titular del derecho.

⁹⁷ El paciente se sometió a una operación de hernia discal que le provocó una infección por la que tuvo que ser intervenido dos veces más, aunque acabó falleciendo. El TS consideró que se había incumplido el deber de informar de los riesgos del tratamiento, lo que implicaba una lesión de su derecho de autodeterminación. Sin embargo, condenó a indemnizar el daño moral sufrido por la esposa e hijo del fallecido en la cantidad de 2.000 y 1.000 euros respectivamente. Una situación similar se da en la STS 2988/2013, Contencioso-Administrativo, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2013:2988), si bien aquí el TS se limitó a desestimar el recurso contra la sentencia recurrida, que había condenado a indemnizar, por el daño moral derivado del incumplimiento del deber de informar, a la esposa e hijos del fallecido (10.000 euros a cada uno de ellos).

⁹⁸ RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado*, pp. 54-60, observa que «la falta de información coloca al paciente en la tesitura de soportar su situación nueva sin estar preparado en el terreno personal y familiar, e incluso en el patrimonial» por lo que el responsable debe indemnizar «al paciente o sus causahabientes en una cuantía estimada para minimizar ese efecto». También alude al daño moral consistente en la falta de preparación psicológica del enfermo, MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños*, 2020, pp. 581-583.

de la Sala 3^a, 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2000:2750) que, si bien indica que la inadecuada información privó a los representantes del menor⁹⁹ de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación, también afirma que «*esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información* imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente...supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención»¹⁰⁰. Un planteamiento similar se aprecia, si bien en el ámbito civil, en la SAP Cantabria 442/2004 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APS:2004:2135)¹⁰¹, que, tras indicar que el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su capacidad de autodeterminación, observa asimismo que, de haber conocido éste el riesgo omitido, al menos podría haber asumido «*con la necesaria preparación psicológica, unas secuelas que, a falta de la preceptiva información previa, se han percibido como un daño sorpresivo*». En cualquier caso, este perjuicio moral sería, en mi opinión, concurrente con el que deriva de la imposibilidad de haber evitado el resultado lesivo rechazando la intervención, por lo que solo tendrá relevancia si se tiene en cuenta para aumentar la cuantía de la indemnización.

3.2. Los daños corporales sufridos por el paciente

Con independencia de lo expresado con anterioridad en torno a la existencia de un daño moral derivado del incumplimiento del deber de información, otra posibilidad es considerar resarcible, no tal daño, sino las lesiones físicas resultantes de la intervención. En relación con ellas cabría entender que, cuando el médico no informa al paciente de alguno de los riesgos típicos del tratamiento, en la medida que dichos riesgos no han podido ser trasladados a éste, deben ser asumidos por el médico, que responderá, por tanto, del daño corporal sufrido por el perjudicado

En relación con ello cabe señalar que, en el derecho anglosajón, donde se considera resarcible el daño corporal derivado del incumplimiento del deber de información solo si se prueba que el paciente no se habría sometido a la intervención, algunas sentencias han reconocido indemnización al paciente que no ha conseguido acreditar tal cosa, como consecuencia del shock y la depresión causadas por el descubrimiento de las secuelas sin previa advertencia de que podrían tener lugar. JONES, *Medical negligence*, p. 711.

⁹⁹ Un menor fue sometido a una operación quirúrgica para remediar una coartación aórtica que le provocó secuelas permanentes de hemiplejía en sus extremidades inferiores. No se demostró que se hubiera informado a los padres del enfermo ni a este último sobre el riesgo que corría con la intervención. La resolución recurrida desestimó la demanda por entender que en las circunstancias concurrentes cualquier persona se habría sometido a la intervención. El TS consideró, sin embargo, que existía un daño moral susceptible de reparación.

¹⁰⁰ La sentencia condenó a indemnizar al actor con una cantidad de 11.170.000 pts. basándose en la cuantía prevista en la tabla II del baremo para los «daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad».

¹⁰¹ Una mujer fue sometida a una operación de bocio que le provocó disfonía como consecuencia de la parálisis de una cuerda vocal, riesgo típico del que no fue informada.

como consecuencia de su materialización¹⁰². De hecho, en el ámbito civil algunas resoluciones judiciales parecen adoptar esta solución¹⁰³.

Un buen sector de la doctrina, considera, sin embargo, que para que el médico que incumplió sus deberes de información deba responder de las lesiones corporales padecidas por la víctima es necesario que su comportamiento pueda ser considerado *causa* del daño. Esto exige comprobar si el paciente, de haber sido correctamente informado, se habría sometido o no a la intervención¹⁰⁴. Así, si el juez llega al convencimiento de que el paciente habría aceptado en cualquier caso la intervención, no habrá lugar a responsabilidad, y si llega a convencerse de que la víctima no se hubiese sometido a ella de haber contado con la necesaria información debería

¹⁰² En este sentido GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 823-824. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 260 ss., 314; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 109-112; MACÍA MORILLO, *Derecho de daños 2020*, p. 584. A similar conclusión llega SANTOS MORÓN, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 2018-1, p. 33, al analizar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Según esta autora el deber de informar sobre los riesgos del tratamiento incide también en la configuración de la prestación del deudor. Si bien se entiende que el médico asume una obligación de medios, con ello se hace referencia a que no garantiza al paciente su curación. Es decir, el interés primario consistente en la curación no está cubierto en principio por el contrato de prestación de servicios médicos. Ahora bien, para que pueda entenderse que tampoco forma parte del interés cubierto por el contrato el hecho de no sufrir daños o consecuencias lesivas adicionales (el denominado «interés de integridad»), es necesario que se informe al paciente de que existe el riesgo de que se produzcan determinados daños, aunque el deudor actúe diligentemente. De otro modo dichos riesgos permanecerán en la esfera de actuación del deudor, que deberá responder de los mismos en caso de que se materialicen. Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO, «Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario de la STS 8 abril de 2016», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 102, 2016 (ap. III del documento electrónico) considera que en el ámbito de la medicina satisfactiva la solución adecuada es que la infracción de deberes de información traslada el riesgo al profesional sanitario.

¹⁰³ Esta parece ser la postura adoptada en las SSTs, de la Sala Civil, 849/2000 de 26 septiembre (ECLI:ES:TS:2000:6772) aunque aquí se ejercitó una acción de responsabilidad contractual; 667/2002 de 2 julio (ECLI:ES:TS:2002:4911); 6400/2005 de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6400) –también parece considerarse que la responsabilidad era contractual-. También en la SSTSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 22/2001 de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJNA:2001:1649). En la jurisprudencia de la Sala 3^a, la STS, 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049) considera indemnizable el daño final sufrido por el paciente, al no haber podido asumir los riesgos inherentes a la intervención.

¹⁰⁴ Hay que advertir, no obstante, como ya se adelantó, que algunos autores analizan la cuestión desde la perspectiva de la causalidad y otros desde la perspectiva de la imputación objetiva. Aunque suele decirse que en el ámbito de las omisiones no cabe hablar de causalidad propiamente dicha y que el análisis de la causalidad se refiere más bien a la imputación objetiva del daño, lo cierto es que la perspectiva que se adopte influye en la carga de la prueba. Si entendemos que se trata de una cuestión de causalidad fáctica correspondería al demandante convencer al juez de que habría rechazado la intervención si hubiera sido correctamente informado. Si presuponemos que se está ante un juicio de imputación objetiva, habría que dar por sentada la relación causal, correspondiendo al demandado invocar en su favor la excepción del «comportamiento lícito alternativo» y demostrar que un comportamiento diligente habría provocado igual resultado dado que el paciente habría aceptado en cualquier caso el tratamiento o intervención. RIBOT IGUALADA, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado*, 2007, Noviembre-Diciembre, pp. 40 ss. y 44 ss., parece situar la cuestión en sede de causalidad, si bien considera que debe presumirse *iuris tantum* que el daño no se habría producido de no haberse omitido la información. ASÚA GONZÁLEZ, en *Tratado de Responsabilidad civil*, t. II, p. 383, nota 124; *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n. 8/2013, p. 151, habla de causalidad en una «acepción amplia» como capacidad del comportamiento omitido para evitar el daño causado, pero no se pronuncia sobre la carga de la prueba. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, pp. 380 ss., enmarca la cuestión en el ámbito de la causalidad fáctica indicando que sería aplicable una versión adaptada de la «condicio sine qua non». Otros autores, en cambio, sitúan el análisis de la decisión que habría adoptado la víctima dentro del juicio de imputación objetiva. ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, pp. 88 ss. MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños, 2020*, pp. 608 ss. Aunque no demasiado claramente, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 1180 ss.

condenar al médico a indemnizar el daño final¹⁰⁵. De acuerdo con esta premisa, en la jurisprudencia civil hay sentencias que absuelven al demandado por entender que el paciente habría aceptado en todo caso la intervención¹⁰⁶, mientras que otras, por llegar a la conclusión contraria, le condenan a reparar todos los daños sufridos por la víctima¹⁰⁷, aunque alguna resolución, curiosamente, reduce el importe de la indemnización por aplicación del art. 1103 C.c.¹⁰⁸

El problema en la práctica es cómo llegar a una u otra conclusión, pues la mera declaración de la víctima no parece suficiente para dar por probada la relación causal. Cabe pensar que para ello han de tenerse en cuenta la gravedad de la situación del enfermo y la mayor necesidad o no de la intervención junto con la probabilidad y gravedad del riesgo no informado¹⁰⁹. Es lógico asumir que, cuanto más precaria sea la situación del enfermo y mayor la necesidad y urgencia de una intervención, y cuanto menor sea la probabilidad y gravedad del riesgo, más factible es, conforme al estándar de comportamiento del paciente medio, que éste se hubiese sometido a la intervención de haber sido adecuadamente informado. Ahora bien, es posible que las circunstancias anteriores no permitan concluir que, conforme a lo previsible en una situación de esas características, el paciente se habría decantado por una u otra opción (por ej. porque la intervención era la única alternativa para mejorar la salud del paciente, pero no era urgente y, sin embargo, conllevaba graves riesgos, aunque poco frecuentes). En tal situación, en principio, no sería posible condenar al médico demandado a indemnizar los daños corporales sufridos por

¹⁰⁵ ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 99; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, p. 355 (aunque esta última autora no limita esta situación al daño corporal).

¹⁰⁶ La STS 985/97, Civil, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6695) se limita a afirmar que no hay relación causal entre la ausencia de información y el daño. La STS 759/2007, Civil, de 29 junio (ECLI: ES:TS:2007:4472) en un supuesto de ligadura de trompas realizada durante cesárea, con posterior embarazo ectópico, estima que la paciente se habría sometido igualmente a la esterilización de haber contado con toda la información.

¹⁰⁷ Estiman que la paciente no se habría sometido a la operación si hubiera sido correctamente informado las SSTS, Civil, 416/2001 de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2001:3429), relativa a una ligadura de trompas fallida realizada a una mujer con familia numerosa (el TS desestima el recurso contra la sentencia de la AP que concedió una indemnización por daño moral y material que no se detalla), y la S. 560/2004 de 22 de junio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4333) sobre una operación de reducción de mamas que provocó la pérdida de la zona aureola-pezones. La STS, 483/2015, Civil, de 8 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:371), tras afirmar que «la relación de causalidad ha de establecerse entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica», parece entender que la víctima no se habría sometido a la operación de reducción de estómago si hubiera sido informado de que existía un alto porcentaje de fracaso, pues condena al médico a indemnizar el daño final derivado del hecho de tener que someterse a una nueva operación.

¹⁰⁸ La STS 478/2009, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412) se refiere a un supuesto en que no se informó a la paciente de la posibilidad de sufrir una lesión del nervio ciático como consecuencia de la realización de una operación de cadera. El juzgado estimó la demanda, pero redujo el importe de la indemnización solicitada para reparar las secuelas por aplicación del art. 1103 C.c. La AP revocó esta sentencia por entender que no existía deber de informar sobre tal riesgo. El TS, confirmando la sentencia del Juzgado, afirma que «la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico» y considera que efectivamente procede moderar la indemnización porque no debe equipararse «la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico». No obstante, aumenta de 10 a 20 millones de pts. la indemnización acordada por la instancia, dejándola en la mitad de lo solicitado.

¹⁰⁹ Sobre las circunstancias a tener en cuenta para determinar la posible decisión del enfermo, RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado*, p. 45; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 1206-1207.

la víctima por falta de certeza del nexo causal, pero sí cabría la posibilidad, como ya se ha mencionado, de concederle una indemnización por daño moral¹¹⁰.

3.3. El recurso a la figura de la pérdida de oportunidad por parte de la jurisprudencia civil

En atención –en teoría- al supuesto en que no se sabe cuál habría sido la decisión de la víctima, algunas sentencias de la Sala Primera del TS han recurrido a la figura de la pérdida de oportunidad para reparar el daño corporal (con sus consecuencias patrimoniales y morales) resultante de la materialización del riesgo que no se informó. Con todo, la primera sentencia que suele citarse como exponente de esta tendencia –la STS 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027)- no parece resolver un supuesto de incertidumbre causal sino, más bien, de ausencia de nexo causal, ya que tanto el Juzgado como la AP desestimaron la demanda por entender que la operación era necesaria, no había otra alternativa y, por consiguiente, no había relación de causalidad entre la omisión del deber de información y la posterior lesión sufrida por el paciente¹¹¹. En la sentencia mencionada el TS, sin embargo, tras indicar que la información pretende que el paciente «pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, contrastar el pronóstico con otros facultativos», o elegir otro centro o especialista, afirma que la falta de información no puede ser irrelevante. Y condena a una indemnización «derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente». Parece que en esta Sentencia el TS recurre a la pérdida de oportunidad para evitar la imposibilidad de obtener cualquier resarcimiento – dado que, según se deduce de las circunstancias concurrentes, el menor tendría que haberse sometido en todo caso a la operación-, pero, al mismo tiempo, la utiliza para reducir la indemnización a una cuarta parte de lo solicitado¹¹². Lo que no queda nada claro es qué criterios utiliza para calcularla, pues en realidad la resolución comentada no desarrolla la figura de la pérdida de oportunidad ni explica cómo la aplica en este caso. De hecho hay quien entiende que en esta sentencia la idea de «pérdida de oportunidad» hace referencia más bien a la pérdida de la posibilidad de autodeterminarse¹¹³, de modo que lo que se indemnizaría sería, en realidad, el daño moral¹¹⁴.

¹¹⁰ Esto es lo que hizo la STS 5424/2003 de 8 septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424), una de las pocas, en la jurisprudencia civil, que considera indemnizable el daño moral derivado de la falta de información. La actora se había sometido a una operación de bocio nodular que le produjo disfonía, riesgo del cual no se acreditó que hubiese sido informada. La sentencia recurrida consideró que la falta de información sobre los riesgos del tratamiento era irrelevante porque la operación era la única alternativa posible. El TS, sin embargo, sostuvo que, si bien no era indemnizable el daño corporal, debía indemnizarse el daño correspondiente a la «privación del derecho del paciente a obtener información esclarecedora» (que cifró en 6.500 euros), daño que, aunque no lo indica expresamente la sentencia, debe considerarse de carácter no patrimonial.

¹¹¹ Un menor fue sometido a una operación de extirpación de un tumor en la pierna izquierda que le produjo la afectación del nervio ciático, riesgo del que no habían sido informado sus familiares. La madre presentó una demanda en nombre propio y del menor.

¹¹² Condenó a indemnizar 5 millones de pts. frente a los 20 millones, por daños materiales, solicitados por la demandante.

¹¹³ ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 104.

¹¹⁴ MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños 2020*, p. 568. Hay que advertir, no obstante, que la sentencia parece indemnizar una fracción del daño corporal.

La STS 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279), en un supuesto en que se practicó al actor una disectomía cervical a consecuencia de lo cual quedó afectado de tetraplejía (riesgo del que no fue informado), es la primera que establece claramente el recurso a la figura de la pérdida de oportunidad como un instrumento que permite indemnizar una «fracción del daño corporal» en supuestos de incertidumbre causal. La sentencia recurrida –que al parecer no entró a valorar la cuestión de la causalidad- condenó a indemnizar el daño final, calculado conforme al baremo, frente al criterio del Juzgado que otorgó una indemnización por daño moral. Por tal motivo el demandado recurrió la sentencia alegando que lo que debía haberse indemnizado era exclusivamente tal daño moral (Vid. FJ 3^o). En esta tesitura el TS observa que la identificación y cuantificación del daño puede hacerse de distintas formas, bien por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral, o por la pérdida de «oportunidades o de expectativas» en la que el daño se identifica «con una fracción del daño corporal considerado en su integridad *en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final*»¹¹⁵. Y se decanta por esta tercera opción. Tras indicar que «la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica» concluye que en el supuesto enjuiciado existía «una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente». Así las cosas, afirma la sentencia que esa «pérdida de oportunidad» debe valorarse atendiendo a la «probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos» hubiera aceptado o rechazado la intervención, y concede una indemnización de la mitad de lo que habría correspondido conforme al baremo.

¿Significa esto que, según el TS, la probabilidad de que el paciente hubiese optado por aceptar o rechazar la intervención era del 50 %? Si se tiene en cuenta, que el Alto Tribunal dice tomar en consideración circunstancias que se concretan en «una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente-medico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma» cabe pensar que lo más probable era que la víctima se hubiese sometido en cualquier caso a la intervención, lo que, en realidad, excluiría la existencia de relación causal. Por eso la solución adoptada por el TS parece ser más bien de carácter «salomónico», dirigida a garantizar el resarcimiento de la víctima, pero minorando el importe de la indemnización correspondiente al daño total sufrido por aquella.

Algo similar sucede en la STS 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427), relativa a un paciente tetrapléjico pero con cierto grado de movilidad en las extremidades superiores a quien el médico que lo trataba le propuso una novedosa operación para mejorar su estado, sin informarle de los riesgos que conllevaba. Desgraciadamente la operación empeoró el estado del enfermo que perdió la poca movilidad que conservaba. Presentada la correspondiente demanda de responsabilidad, el Juzgado la estimó parcialmente, otorgando una indemnización inferior a la solicitada porque solo consideró resarcible el daño consistente en el agravamiento de la

¹¹⁵ Estas afirmaciones en torno a las distintas formas de indemnizar el daño en caso de falta de información sobre los riesgos del tratamiento aparecen ya en la STS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804), -relativa a una operación de fístula anal que provocó a la paciente incontinencia- si bien esta resolución confirma la sentencia recurrida que, en realidad, había acordado una indemnización en concepto de daño moral (el TS observa, no obstante, que lo cuantificó de forma que parecía indemnizar más bien una fracción del daño corporal). Es decir, realmente no utiliza la figura de la pérdida de oportunidad para fundar la condena a indemnizar, pues desestima el recurso limitándose a afirmar que la recurrente no había aportado argumentos de los que pudiera deducirse que le correspondía una indemnización superior a la acordada en la sentencia de la AP.

situación del paciente¹¹⁶. La AP, por su parte, desestimó el recurso presentado por el actor, que cuestionaba el importe de la indemnización concedida, aduciendo que la reparación del daño no podía coincidir con la que derivaría de existir mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada.

El TS desestimó el recurso de casación, sobre la base de la existencia de una «pérdida de oportunidad»¹¹⁷. Lo llamativo de esta resolución es que, si bien el TS afirma que en el supuesto analizado existía «incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente», al mismo tiempo sostiene 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*» (vid. FJ 2º). Si lo razonable era entender que el paciente hubiese sometido de todos modos a la operación (porque como consecuencia de su enfermedad, según observa el TS, habría llegado en cualquier caso a la misma situación de invalidez) lo lógico sería concluir que no se había probado la relación causal. De hecho, no se comprende cómo puede afirmar la mencionada sentencia que «*ante la verosimilitud de que (el actor) hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes*» nos encontramos «en esa franja intermedia de incertidumbre causal» que da lugar a la pérdida de oportunidad (FJ 2º).

Ciertamente, aunque el TS hubiese llegado a la conclusión de que no había relación causal (parece que las instancias inferiores no se plantearon esta cuestión o dieron, sin más, por probada la causalidad) el hecho de que el recurso fuera presentado exclusivamente por el actor, que consideraba insuficiente el importe de la indemnización, impedía absolver al demandado. Por eso parece que, en realidad, el Alto Tribunal acude en esta sentencia a la figura de la pérdida de oportunidad, no porque realmente existiera incertidumbre causal, sino más bien para justificar que no procedía aumentar la indemnización acordada en la instancia. Cosa que, por otra parte, podía haber argumentado sin necesidad de acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad pues si bien dicha indemnización fue inferior a la solicitada, resarcía el daño “final” derivado del agravamiento de la enfermedad. En realidad la sentencia comentada en ningún caso utiliza la probabilidad de que el paciente hubiese rechazado la intervención –criterio a emplear para cuantificar el daño derivado de la «pérdida de oportunidad» según la mencionada STS 948/2011- para calcular la indemnización, que en realidad se correspondió con el daño corporal provocado por la intervención¹¹⁸.

Las resoluciones comentadas ponen de manifiesto, en mi opinión, una utilización poco rigurosa de la figura de la pérdida de oportunidad, con el fin de garantizar al demandante una

¹¹⁶ El paciente sostenía que debía concedérsele la indemnización correspondiente a la categoría de Gran Inválido de la Tabla 4ª del Baremo del año 2009 (cuando los hechos se produjeron en 1999), pero, dado que con carácter previo a la operación ya se encontraba en situación de invalidez (aunque de menor entidad), y los hechos se produjeron en 1999, tanto la sentencia del Juzgado como la de la AP estimaron que no procedía calcular la indemnización conforme a tal parámetro.

¹¹⁷ La sentencia reitera el contenido de la citada STS 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:279) en cuanto a las distintas formas de indemnizar el daño derivado del incumplimiento de deberes médicos de información (por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral o por la pérdida de oportunidades o de expectativas), concluyendo que se apoya, «a la hora de identificar y cuantificar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad».

¹¹⁸ En este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 102, 2016 (ap. V del documento electrónico).

indemnización en casos en los que, más que incertidumbre causal, parece haber ausencia de causalidad¹¹⁹. Eso sí, minorando, las dos primera sentencias citadas, el importe del daño resarcible, que se entiende no debe alcanzar el valor del daño total sufrido como consecuencia de la materialización del riesgo no informado¹²⁰. Ahora bien, si lo que se pretende es garantizar que la víctima, sea cual sea la decisión que hubiese adoptado en caso de haber sido correctamente informada, obtenga una indemnización cuyo importe no debe alcanzar el valor del daño total sufrido como consecuencia de la materialización del riesgo no informado, sería más sensato, en mi opinión, considerar resarcible el daño moral derivado de la imposibilidad de haberse sustraído a la operación¹²¹, para cuya valoración podría tenerse en cuenta la entidad del daño corporal sufrido.

Creo en definitiva que las sentencias analizadas hacen una aplicación indebida de la figura de la pérdida de oportunidad:

- a) En primer lugar, porque, como ya se avanzó, a mi juicio no debe acudir a esta teoría para resolver la incertidumbre motivada por la duda acerca de cuál habría sido la decisión de la víctima en caso de haber sido adecuadamente informada. A las razones anteriormente explicadas, relativas a la conveniencia de no aplicar la figura de la pérdida de oportunidad para resolver cualquier supuesto de causalidad incierta, cabe añadir aquí que, si no existen datos o circunstancias que, partiendo del previsible comportamiento del paciente medio, permitan al juez llegar a la convicción de que el perjudicado se habría sometido o no a la intervención, no veo cómo puede el juez colocarse en el lugar de la víctima para calcular, al menos seriamente, la probabilidad (¿del 30 %? ¿del 45 %?...)

¹¹⁹ Buen ejemplo de ello es también la SAP Barcelona, Sección 14^a, 528/2021 de 9 de noviembre, (ECLI:ES:APB:2021:14688), relativa a un paciente que sufrió secuelas estéticas (riesgo ligado a su tabaquismo del cual no fue informado) a consecuencia de una abdominoplastia. A pesar de entender que el actor se habría sometido en cualquier caso a la operación, tras invocar la doctrina sentada por el TS en la mencionada S. 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427), la AP le concede una indemnización «por pérdida de oportunidad» de 2000 euros -frente a los 83.427,89 reclamados- si bien no hace alusión alguna a los criterios tenidos en cuenta para calcularla.

¹²⁰ Pese a que, como se indicó con anterioridad, cabe pensar que, si el médico no informa adecuadamente al enfermo de los riesgos del tratamiento, no puede trasladarlos al paciente y, por tanto, los asume, se aprecia en la doctrina (cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, p. 1164) y en a jurisprudencia cierta reticencia a hacer responder al médico del daño corporal final. La STS 227/2016, Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427) afirma, en este sentido, que no merece el mismo tratamiento los supuestos «en que el cuadro secular tiene su origen en una mala práctica médica» y aquellos otros en que «la complicación no tiene relación con una práctica médica sino simplemente en no ser informado el paciente de que ello podía ocurrir». Recuérdese, en relación con ello, que la citada STS 478/2009, Civil, de 30 junio (ECLI:ES:TS:2009:4412), que moderó la indemnización del daño corporal por aplicación del art. 1103 C.c., ya afirmó que la «indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión... cristalización del riesgo típico». Y también en otras sentencias de la Sala Primera- SSTS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804); 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279)- ha afirmado el TS que «el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa» sino el que es consecuencia de haberse omitido la información de que se trate, lo que pone de manifiesto cierto reparo a hacer responder al médico que incumple su deber de información de la totalidad del daño derivado de la materialización del riesgo del que no se informó.

¹²¹ Recordemos que eso fue lo que hizo el Juzgado en el supuesto resuelto por la repetida STS 948/2011 de 16 de enero de 2012. Y no se entiende por qué, el TS, en lugar de confirmar la sentencia de primera instancia que había condenado a indemnizar el daño moral, recurre a la figura de la pérdida de oportunidad para sortear la ausencia de causalidad (pues realmente no parece que existiera incertidumbre acerca de cuál habría sido la decisión de la víctima) cuando podría haber declarado indemnizable el daño moral (¿salvo que, quizás, considerara que una indemnización por daño moral, por muy elevada que fuera, resultaría insuficiente?).

que se hubiese inclinado por una u otra opción (a menos, quizás, que se entienda que la probabilidad es, simplemente, del 50 %¹²²).

- b) En segundo lugar, porque no puede perderse de vista que los tribunales utilizan esta doctrina en supuestos en que realmente no existe incertidumbre causal ya que las circunstancias apuntan, en realidad, a la ausencia de causalidad. Y lo hacen con el fin de otorgar a la víctima una indemnización, si bien de una cuantía inferior a la correspondiente al daño final provocado por la cristalización del riesgo no informado.

Ahora bien, si el juez no puede alcanzar un grado de convicción suficiente acerca de la probable decisión de la víctima, lo procedente sería considerar no probada la relación causal entre la falta de información y el daño corporal, que no sería, por tanto, resarcible. Pero, dado que ello no impide reparar el daño moral derivado de la imposibilidad de haberse sustraído a la intervención, si se quiere ofrecer a la víctima la correspondiente compensación, en lugar de hacer una aplicación espuria de la figura de la pérdida de oportunidad, lo más sensato sería, a mi parecer, declarar indemnizable tal daño no patrimonial.

4. Conclusiones

La jurisprudencia contencioso-administrativa viene aplicando la figura de la pérdida de oportunidad en los casos de error o retraso en el diagnóstico y o tratamiento. En este caso el enfermo sufre un daño cierto (lesiones, secuelas, muerte, etc.) pero no es posible saber si el mismo se habría evitado de haber actuado el médico diligentemente, o, por el contrario, se habría producido igualmente como consecuencia del curso de la enfermedad. Nos encontrarnos, pues, ante una situación de incertidumbre causal motivada por la concurrencia de factores aleatorios (enfermedad, estado previo del paciente..) que conllevan que sea imposible «científicamente» determinar cuál habría sido el resultado si no hubiera mediado un comportamiento médico negligente.

En tal hipótesis está justificado el recurso a la teoría de la «pérdida de oportunidad» con el fin de solventar la imposibilidad de probar la causalidad. Pero en el bien entendido de que no estamos ante un daño autónomo y distinto al daño corporal final (recordemos que la mera reducción de expectativas de curación o supervivencia no es objeto de indemnización), sino ante una fórmula que permite imputar responsabilidad al demandado en proporción a la probabilidad de que haya causado tal daño.

La jurisprudencia administrativa, cuando aplica esta teoría, exige acertadamente que existan dudas en torno al nexo causal. Sin embargo no es particularmente rigurosa en cuanto a sus

¹²² Algunas sentencias de Audiencias Provinciales, en aplicación de la doctrina del TS en este ámbito, otorgan justamente una indemnización del 50 % del valor correspondiente al daño corporal. Así, SAP León, Sección 2^a, 347/2017 de 27 de noviembre (ECLI: ES:APLE:2013:1488); SAP Burgos, Sección 2^a, 424/2017 de 21 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2017:1109). Otras, en cambio, parecen esforzarse en calcular la «probabilidad» de que la víctima se hubiese sometido a la intervención. La SAP Barcelona, Sección 1^a, 635/2018 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APB:2018:11473), en relación con ciertas secuelas de una operación de hernia discal, fija la indemnización en un 40 % del daño corporal atendiendo a la falta de alternativas de la dolencia y la escasez estadística de la complicación producida. La SAP Barcelona, sección 1^a, 481/2015 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2015:12801), en un supuesto en que la actora se sometió a una intervención para paliar su rubor facial excesivo lo que le provocó una hiperhidrosis que empeoró su situación, estima que la probabilidad de que la paciente se hubiese sometido a la operación era bastante alta. Y cifra la indemnización en un 25 % del daño sufrido por ser éste «el porcentaje de incertidumbre causal sobre el resultado final» que puede atribuírsele.

consecuencias. Es poco frecuente que en la práctica se analicen las probabilidades de que el demandado haya causado el resultado lesivo tomando en consideración datos estadísticos acerca del pronóstico y evolución de la enfermedad o dolencia de que se trate. Si bien en algunos casos se alude a las probabilidades -altas, medias o bajas- de que el perjuicio se hubiese evitado en caso de existir una correcta asistencia sanitaria, el porcentaje concreto que se asigna a tales probabilidades es fluctuante y se calcula con escaso rigor. Por otra parte, aunque suele afirmarse que la probabilidad debe ser «seria» para que exista deber de indemnizar, en la práctica se declara la responsabilidad de la Administración sanitaria en casos en que el grado de probabilidad de que el comportamiento médico sea la causa del daño es bastante escaso. Cosa que, como se ha dicho, quizás puede estar justificada ante la relevancia de los bienes jurídicos lesionados (la vida y/o la salud).

La jurisprudencia civil no suele aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en los casos de error o retraso en el diagnóstico (si bien hay sentencias de Audiencias Provinciales que se hacen eco de la doctrina sentada por la Sala Tercera del TS), pero la ha aplicado, en cambio, en el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información, si –en teoría- existen dudas acerca de la decisión que habría tomado la víctima en caso de haber sido correctamente informada. A diferencia de lo que sucede en la hipótesis anterior, en este caso no está justificado el recurso a la figura de la pérdida de oportunidad. No existe una imposibilidad «objetiva» o «científica» que impida saber cuál habría sido el resultado de un proceso aleatorio del que deriva el daño sufrido por la víctima. Se trata de una imposibilidad meramente circunstancial para probar el nexo causal. Ocurre además que en los casos analizados no parece existir incertidumbre en torno a la decisión de la víctima ya que se presupone, más bien, que se habría sometido en cualquier caso a la intervención. Parece por ello que la figura de la pérdida de oportunidad se utiliza para garantizar al demandante una indemnización, si bien de una cuantía inferior a la correspondiente al daño corporal final. Lo cierto es, sin embargo, que para este «viaje» no hacen falta tales «alforjas». Bastaría con indemnizar el daño moral derivado de la imposibilidad de haber eludido el resultado lesivo rechazando el tratamiento o intervención.

5. Bibliografía

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal», *Actualidad Civil*, n. 9, septiembre de 2014, pp. 1-5.

ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente*, Navarra, Aranzadi, 2007.

ASENSI PALLARÉS Eduardo/CID-LUNA CLARES Íñigo, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 8/2013, pp. 228-239.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara, «Aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria: coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 441-468.

--, «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad civil*, t. II, coord. por REGLERO/BUSTO LAGO, 5^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 331-438.

--, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n. 8/2013, pp. 147-161.

--, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cicur menor, Aranzadi, 2008.

BIERI Laurent/MARTY Pierre, The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System, 2 *Journal of European Tort Law*, 2011, 2, pp. 23-28

BORGHETTI, Jean-Sébastien, “La réparation de la perte d’une chance en droit Suisse et en droit français”, *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1072-1082.

CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, ed. BOE, 2018.

CARDONA FERREIRA, Rui, «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 1, 2013, pp.56-74

CRESPO MORA, Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005

--, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, Thomson-Aranzadi, en prensa.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, «Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 255-281.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, «Casuística de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria defectuosa y sus vías de reclamación», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 407-425.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil*, traducción a cargo de la REDPEC, coord. por MARTÍN CASALS, Thomson-Aranzadi, 2008.

GALAN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 8^a ed, Cívitas-Thomson, Navarra, 2022.

GALLARDO CASTILLO, M^a Jesús, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, n. 45-46, pp. 35-66.

GARCÉS GARRO RANZ, Montserrat, “La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: Teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2014, n^o 4, p.6-24.

GIL MEMBRADO, Cristina, «Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ

LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1057-1109.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario de la STS 8 abril de 2016», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 102, 2016 (documento electrónico, 7 pp.).

GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN Pedro/SANTAMARÍA PÉREZ, Florencio, «La responsabilidad patrimonial como consecuencia de la asistencia sanitaria», en *Manual de Responsabilidad pública*, 2^a ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2010, pp. 901-918.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «La relación de causalidad», *Practicum Daños 2019*, Aranzadi-Thomson, pp. 287-204.

JACKSON, Emily, *Medical Law. Test, cases and materials*, Oxford U.P., 3^a ed. 2013.

JONES, Michael, *Medical negligence*, 4^a ed., Swett and Maxwell, 2008.

KADNER GRAZIANO, Thomas, «Loss of a Chance in European Private Law. “All or nothing” or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation», *European Review of Private Law*, n. 16, 6-2008, pp. 1009-1042.

KOCH, Bernhard A., «Medical malpractice in Austria», en OLIPHANT/WRIGHT (eds.) *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, De Gruyter, 2013.

--, «Medical Liability in Austria», en KOCH, (ed.) *Medical Liability i Europe A Comparison of Selected Jurisdictions*, DeGruyter, Germany, 2011, pp. 1-59.

--, “Der Verlust einer Heilungschance in Österreich”, *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1051-1060.

LUNA YERGA, Álvaro, «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret*, 2-2005, 18 pp.

MACÍA MORILLO, Andrea, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños, 2020*, Lefebvre, pp. 531-622.

--, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

--, «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil*, APDC, Murcia, 2011, pp. 11-111.

--, «Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine», *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1043-1050.

MARTÍN CASALS Miquel/SOLÉ FELIU, Josep «Comentario a la STS 7 junio 2022» *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, pp. 1097-1121.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, dir. por Llamas Pombo, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 206-249.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Cívitas-Thomson, Navarra, 2018.

--, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Pamplona, Cívitas-Thomson, 2007.

MOURE GONZÁLEZ, Eugenio, “La salud cesante. O como valorar la pérdida de oportunidad terapéutica”, *Revista Derecho y Salud*, 2017, vol. 27, n^o 1. pp. 57-75.

MÜLLER, Christoph, *La perte d'une chance. Etude comparative en vuye de son idemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berna, 2002.

NYSS, Hermann, «Medical Liability in Belgium» en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, pp. 61-95.

OLIPHANT, Ken, «Loss of Chance in English Law», *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1061-1071.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «La defectuosa prestación del servicio jurídico por parte de los abogados: criterios de determinación de la indemnización por pérdida de oportunidad procesal», en *La modernización del contrato de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 303-320.

OYARZÚN VARGAS, Felipe, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *RJUA*, n^o 43, 2021-I, pp. 119-147.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil (1)», *Diario La Ley*, 2018, n^o 9277, (versión smarteca).

PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis doctoral Uc3m, 2014, (<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232>).

PÉREZ VALLEJO, Ana, «Responsabilidad médico-sanitaria y pérdida de oportunidad», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón*, ATAZ

LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. III, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1131-1164.

PETRY, Franz Michael, «Medical Liability in Germany en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, 2011, pp. 233-289.

RAMOS MATEOS, Almudena, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 41, 2020-1, pp. 53-68.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado*, 2007, Noviembre-Diciembre, pp. 29-62.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español», *Revista Justicia y Derecho*, Vol.2, n. 2, 2019, pp. 81-100.

--, *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

SANTOS MORÓN, M. José, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 2018-1.

SOLÉ I FELIU, Josep, «Mecanismos de flexibilización de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 1 (enero-marzo), pp. 55-97.

VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?», *Revista Derecho y salud*, 25-2, 2015, pp. 9-66.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, pp. 9-38.

6. Relación de sentencias citadas

Sentencias del TS, Sala CIVIL

STS 985/97 de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6695)

STS 5788/1998 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:5788),

SSTS 849/2000 de 26 septiembre (ECLI:ES:TS:2000:6772)

STS 3/2001 de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2001:7412)

STS 865/2001 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:72533)

STS 416/2001 de 27 de abril 2001 (ECLI:ES:TS:2001:3429)

STS 667/2002 de 2 julio (ECLI:ES:TS:2002:4911)

STS 5424/2003 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424)

STS 560/2004 de 22 de junio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4333)

STS 721/2005 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5675)

STS 6400/2005 de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6400)

STS 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027)

STS 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:58669)

STS 463/2007 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS: 2007:463)

STS 415/2007 de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2007:4237)

STS 423/2007 de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2561)

STS 759/2007 de 29 junio (ECLI: ES:TS:2007:4472)
STS 157/2008 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:3968)
STS 88/2008 de 15 de febrero (ECLI:ES:TS: 2008:2190)
STS 4767/2008 de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4767)
STS 943/2008 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5371)
STS 2/2009 de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2009:68)
STS 303/2009 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2680)
STS 478/2009 de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412)
STS 250/2010 de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2311)
STS 462/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4630)
STS 679/2010 de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690)
STS 948/2011 de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2012:279)
STS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804)
STS 123/2011 de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2692)
STS 437/2012 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5762)
STS 374/2013 de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3340)
STS 739/2013 de 19 de noviembre (ECLI: ES:TS: 2013:5513)
STS 33/2015 de 18 de febrero (ECLI:ES:TS 2015:434)
STS 229/2015 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1695)
STS 483/2015 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:371)
STS 583/2015 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4290)
STS 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427)
STS 112/2018 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:724)
STS 105/2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:576)
STS 50/2020 de 22 de enero (ECLI:2020:99)
STS 680/2023 de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:50)

Sentencias del TS, Sala contencioso-administrativo

STS 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS: 2000:2750)

STS 2229/2002 de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2229)

STS 1287/2004 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:1287)

STS 2506/2005 de 25 de abril (ECLI:ES:TS: 2004:2506)

STS 4736/2005 de 13 de julio (ECLI:ES:TS: 2005:4736)

STS 6847/2005 de 9 noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6847)

STS 58/2005 de 14 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2005:8258)

STS 1094/2007 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS: 2007:1094)

STS 5714/2007 de 4 de julio (ECLI:ES:TS: 2007:5174)

STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230)

STS 6460/2007 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6360)

STS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI: ES: TS:2008:3890)

STS 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254)

STS 7527/2009 de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7527)

STS 7734/2009, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7734)

STS 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049)

STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3463)

STS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI: ES: TS:2010:4867)

STS 5928/2010 de 12 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:5928)

SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES: TS:2011:5922)

STS 6394/2011 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394)

STS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:2011:7060)

STS 6944/2011 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:6944)

STS 2/2012 de 2 de enero (ECLI: ES:TS:2012:2)

STS 3/2012 de 2 de enero (ECLI: ES: TS: 2012:3)

STS 6816/2012 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6186)

STS 6159/2012 de 9 de octubre (ECLI:ES:TS: 2012:6519)

STS 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450).
STS 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES: TS:2012:3637)
STS 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530)
STS 4697/2012 de 3 de julio (ECLI: ES: TS: 2012:4697)
STS 7401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2012/7401)
STS 7878/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878)
STS 8508/2012, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508)
STS 8458/2012 de 21 de diciembre (ECLI: ES: TS: 2012:8548)
STS 2988/2013 de 4 de junio (ECLI:ES: TS: 2013:2988)
STS 2316/2015 de 26 mayo (ECLI:ES:TS:2015:2316)
STS 3935/2015 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3935)
STS 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2015:5640)
STS 145/2016 de 27 de enero (ECLI: ES:TS:2016:145)
STS1083/2016 de 15 de marzo (ECLI :ES:TS:2016:1083)
STS 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI: ES:TS:2016:2289)
STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3819)
STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI: ES:TS:2019:1711)
STS 782/2017 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1280)
STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:352)
STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096)
STS 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545).
STS 665/2018 de 24 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1546)
STS 407/2020 de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1062)
STS 140/2021 de 4 de febrero 2021 (ECLI:ES:TS 2021:550)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 22/2001 de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJNA:2001:1649).
STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 356/2015 de 11 de mayo, ECLI:ES:TSJAS:2015:1195)
STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 871/2023 de 20 de abril (ECLI:TSJAND:2023:3857)

Sentencias de Audiencias Provinciales

la SAP Cantabria 442/2004 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APS:2004:2135)

SAP Barcelona, sección 1^a, 481/2015 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2015:12801)

SAP León, Sección 2^a, 347/2017 de 27 de noviembre (ECLI: ES:APLE:2013:1488)

SAP Burgos, Sección 2^a, 424/2017 de 21 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2017:1109)

la SAP Madrid 99/2018 de 5 de marzo (ECLI:ES:APT:2018:6072)

SAP Barcelona, Sección 1^a, 635/2018 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APB:2018:11473)

SAP Tarragona 502/2021 de 28 octubre (ECLI:ES:APT:2021:1696)

SAP Barcelona, Sección 14^a, 528/2021 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:14688)

Sentencias del TC

STC 37/2011 de 28 de marzo