



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2015/2017

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS EN EL ÁMBITO
SANITARIO. LA DOCTRINA DE LA
PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.**

Marcos Anta Valverde

Dirigido por Raquel Hermela Reyes Martínez

Diciembre de 2016

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS EN EL ÁMBITO
SANITARIO. LA DOCTRINA DE LA
PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.**

**THE PATRIMONIAL
RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION IN THE
SANITARY SECTOR. THE LOSS OF A
CHANCE DOCTRINE.**

Marcos Anta Valverde
u136886@usal.es

Tutora: Raquel Hermela Reyes Martínez

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad relacionada con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario.

Se expondrá de manera general la regulación de la responsabilidad patrimonial y se examinarán sus especialidades en el ámbito sanitario. En concreto, la aplicación de la *lex artis*.

Posteriormente, se estudiará la aplicación de dicha doctrina por nuestros tribunales aplica en supuestos en los que no existe certidumbre del resultado final.

Para ello, se pondrán de manifiesto sus características más relevantes, sus orígenes y su evolución en los últimos años.

Asimismo, se plantean los problemas más frecuentes a la hora de su empleo en la práctica.

Por último, se estudiarán los casos más habituales a los que se aplica.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial - Ámbito sanitario - Pérdida de oportunidad.

ABSTRACT

The current study analyses the application of the doctrine of loss of opportunity with relation to the patrimonial responsibility of the Public Authorities in the health sector. It will present the regulation of patrimonial responsibility in a comprehensive way and then examine its effect within the health sector, with particular reference to the application of Lex Artis.

Subsequently, we will look at our courts' application of the said doctrine and see what criteria are applied in cases when there is no certainty about final outcome.

An in depth examination of Lex Artis will cast light on its relevant traits, background, and progress in recent years. A study of common problems associated with its application will follow.

The study will conclude with a look at common case studies where the doctrine has been applied.

KEYWORDS: Patrimonial Responsibility - Sanitary Sector - Loss of a chance

ÍNDICE

1.- Introducción.	3
2.- La responsabilidad patrimonial de la Administración	4
2.1.- Concepto y características.	4
2.2.- Requisitos.	6
2.2.1.- Lesión resarcible.	6
2.2.1.1.- <i>Antijuricidad.</i>	6
2.2.1.2.- <i>Daño efectivo</i>	7
2.2.1.3.- <i>Daño evaluable económicamente.</i>	8
2.2.1.4.- <i>Daño individualizado.</i>	8
2.2.2.- Imputación a la Administración.	8
2.2.2.1.- <i>Funcionamiento normal.</i>	10
2.2.2.2.- <i>Funcionamiento anormal.</i>	10
2.2.2.3.- <i>Creación del riesgo por la Administración.</i>	10
2.2.2.4.- <i>Enriquecimiento injusto.</i>	10
2.2.3.- Relación de causalidad.	11
2.2.3.1.- <i>Teoría amplia o de la equivalencia.</i>	11
2.2.3.2.- <i>Teoría restrictiva o de la causalidad adecuada.</i>	12
2.2.4.- Ausencia de fuerza mayor.	13
2.2.4.1.- <i>Concepto y distinción del caso fortuito.</i>	13
2.2.4.2.- <i>Especial referencia a la intervención de la víctima o de un tercero.</i>	15
3.- Aplicación de la <i>lex artis</i> en el ámbito sanitario.	16
3.1.- Fundamento.	16
3.2.- Concepto.	17
3.3.- Exclusión de los riesgos del proceso.	19
4.- La teoría de la pérdida de oportunidad.	22
4.1.- Nociones básicas.	22
4.2.- Características.	23
4.2.1.- Incertidumbre causal.	23
4.2.1.1.- <i>Estricta.</i>	23
4.2.1.2.- <i>Irreversible.</i>	24
4.2.1.3.- <i>Intrínseca.</i>	24

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

4.2.2.- <i>Daño indemnizable.</i>	24
4.2.3.- <i>Indemnización inferior al daño final.</i>	25
4.3.- Orígenes, regulación y evolución.	25
4.4.- Requisitos para su aplicación en el ámbito sanitario.	27
4.5.- Problemas prácticos.	29
4.5.1.- <i>Grado de certeza.</i>	29
4.5.2.- <i>Quantum indemnizatorio.</i>	30
4.6.- Supuestos más habituales.	33
4.6.1.- <i>Wrongful birth.</i>	33
4.6.2.- <i>Error o retraso en el diagnóstico.</i>	36
4.6.3.- <i>Ausencia o error del consentimiento informado.</i>	39
5.- Conclusiones.	43
6.- Bibliografía.	45

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

1.- Introducción.

Actualmente, es notorio el enorme incremento de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En concreto, uno de los sectores en el que se ha manifestado con mayor fuerza este aumento es el sanitario; fenómeno que, asimismo, se hace notar de igual forma en los demás órdenes jurisdiccionales en los litigios en materia sanitaria.

Es esencial tener en cuenta desde el principio que la medicina no es una ciencia exacta. Es decir, partimos de la base de que nos encontramos ante una obligación de medios y no de resultados (dejando a un lado la medicina voluntaria o satisfactiva) y, por lo tanto, lo realmente exigible es la adecuación de las técnicas empleadas al estado de la ciencia en un momento concreto.

Consecuencia de esto, los Juzgados y Tribunales han ido elaborando una serie de criterios o modulaciones respecto de la responsabilidad patrimonial *stricto sensu* (que actualmente se caracteriza por ser objetiva y directa) buscando la adecuación de la regulación legal a la realidad ante la que nos encontramos en materia sanitaria.

Por todo ello, las fuentes principales de este trabajo se encuentran tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que están siendo los verdaderos artífices del progresivo perfeccionamiento de este tipo de responsabilidad.

El objetivo de este trabajo es el estudio de la actual configuración de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, incidiendo de manera especial en los aspectos más relevantes para el ejercicio de la abogacía.

Para ello, partiré de una descripción de los requisitos comunes de la responsabilidad patrimonial de la Administración; asimismo, se analizarán las particularidades con las que nos encontraremos en el ámbito sanitario y, más concretamente, la *lex artis*, criterio que ha ido incrementando su importancia hasta convertirse en uno de los elementos esenciales en este tipo de reclamaciones.

Posteriormente, desde un punto de vista práctico, se analizará la doctrina de la pérdida de oportunidad, un tema cada vez más frecuente en los litigios en materia sanitaria y sobre el que aún no existe un criterio unánime y consolidado, poniendo de manifiesto las diferentes posturas al respecto y su transcendencia, cada vez mayor, en este tipo de litigios.

Por último, se cerrará el trabajo con una serie de conclusiones personales.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

2.- La responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1.- Concepto y características.

Los dos pilares básicos que sustentan nuestro derecho administrativo actual, tras una larga evolución, los encontramos en el principio de legalidad y en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El primero de ellos se encuentra recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978.¹

La responsabilidad patrimonial adquiere reconocimiento constitucional con la promulgación de nuestra Constitución, en concreto, en su artículo 106.2 que establece que: *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*, encontrando su desarrollo actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regula esta materia en sus artículos 32 y siguientes.²

La responsabilidad patrimonial de la Administración puede enunciarse, tal y como establece el magistrado GUERRERO ZAPLANA³, a través de dos principios: “Debe exigirse de la Administración que actúe, pero debe exigirse que dicha actuación se produzca siempre con arreglo a la Ley. En segundo lugar, si bien la Administración debe actuar con arreglo a la Ley, debe exigirse, también, que indemnice los daños que resulten de dicha actuación”. Nos encontramos, como establece PITA BRONCANO⁴, ante la responsabilidad extracontractual de la Administración.

En definitiva, se trata de una garantía de los particulares que sufran daños de forma injustificada a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Dos son las notas definitorias de esta institución jurídica.

¹ Establece el artículo 9.3 de la CE: *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

² El artículo 32.1 de la Ley 40/2015 define la responsabilidad patrimonial afirmando que: *1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

³ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Guía Práctica de Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, 2013.

⁴ PITA BRONCANO, CARMEN PIEDAD, “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº24, 2006, págs. 119 ss.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

- Carácter objetivo.

Esta característica se refiere a que resulta innecesario demostrar la existencia de dolo o culpa en la actividad administrativa, bastando con la demostración de la relación de causalidad entre la actuación y el daño finalmente producido. Es decir, en principio si un servicio público ha provocado un concreto daño es indiferente si su funcionamiento ha sido correcto o no.

Sin embargo, ya a primera vista destaca que la aplicación estricta de este carácter objetivo desembocaría en un número excesivo de casos en los que existiría una obligación de indemnizar.

Por ello, jurisprudencialmente se han ido estableciendo una serie de límites que consigan modular una aplicación desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración.⁵

- Carácter directo.

La Administración Pública siempre responde en primer lugar y no de forma subsidiaria. Es decir, como afirma la profesora CALVO SÁNCHEZ⁶, “los ciudadanos tienen derecho a ser indemnizados sin fijar el agente causante (autoridad, empleado públicos, servicios, instalaciones...), por las Administraciones Públicas.”

Así se establece en el artículo 36.1 de la Ley 40/2015: *Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.*

Ha de ponerse de manifiesto en este punto la existencia de una acción de regreso regulada en el artículo 36.2 del mismo texto legal: *La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran*

⁵ Un claro ejemplo, entre otros muchos, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008: *Tampoco este motivo puede prosperar, pues el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1171), sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración. (Ss. 14-10-2003 (RJ 2003, 8236), 13-11-1997 (RJ 1997, 7952)).*

⁶ CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DOLORES, “Responsabilidad de la administración sanitaria por la actuación de profesionales de la Medicina” *Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria*, La Ley, 2014.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Sin embargo, actualmente esta acción de repetición no se ejerce por parte de ninguna Administración Pública.⁷

2.2.- Requisitos.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, existe práctica unanimidad respecto a los cuatro requisitos comunes de la responsabilidad patrimonial de la Administración son:

- 1) Existencia de lesión resarcible.
- 2) Dicha lesión sea imputable a la Administración
- 3) Relación de causalidad.
- 4) Ausencia de fuerza mayor.

2.2.1.- Lesión resarcible.

Al encontrarnos ante un sistema de responsabilidad objetiva hemos de darnos cuenta en este punto, como hace la profesora MONTAÑÉS CASTILLO⁸, que su fundamento se encuentra en el perjuicio patrimonial sufrido por los particulares y no en la actividad administrativa que lo provoca.

Asimismo, hay que resaltar que no todo daño constituye una lesión resarcible, sino que ha de presentar unas concretas características para considerarlo como tal y pasan a describirse a continuación.⁹

2.2.1.1.- Antijuricidad.

Uno de los aspectos esenciales que ha de valorarse a la hora de estudiar la posible existencia de responsabilidad patrimonial es la antijuricidad del daño, la cual viene regulada en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015: *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de*

⁷ Para una mayor profundización sobre la falta de ejercicio de esta acción de regreso, véase DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *Indret*, 2008.

⁸ MONTAÑÉS CASTILLO, LOURDES YOLANDA, “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, 2011.

⁹ Así lo establece de forma muy clara la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2000: *La lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión.*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Es decir, nos encontramos ante un daño antijurídico y por lo tanto susceptible de convertirse en lesión resarcible cuando el perjudicado que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Es esencial tener presente que esta característica lo es respecto del resultado, del daño causado, al ser irrelevante el proceder de la Administración.; es decir, nos encontramos ante una antijuridicidad objetiva.¹⁰

Una vez constatada la existencia de un daño antijurídico, ha de analizarse si reúne las características necesarias para ser objeto de indemnización y que se recogen en el artículo 32.2 de la Ley 40/2015: 2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*

2.2.1.2.- Daño efectivo

La efectividad del daño se refiere, a modo de resumen, en que la actividad administrativa “debe ocasionar un daño que debe ser real, y no simplemente hipotético, en la esfera patrimonial de intereses del perjudicado; quiere esto decir que no puede pretenderse la indemnización de daños futuros ni hipotéticos ni relacionados con ganancias futuras dejadas de percibir o que, simplemente, tuvieran la condición de posibles o esperadas.”¹¹; de igual forma se considera por nuestra jurisprudencia.¹²

¹⁰ No deja lugar a dudas la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007: *Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, cuya concurrencia la Sala de instancia niega en el caso de autos.*

Y en el mismo sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009: *No es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, o dicho en otros términos cuando la ley -o el reglamento de acuerdo con la ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño.*

¹¹ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Guía Práctica...*, op., cit.

¹² Uno de los muchos ejemplos lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012: *Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o restitutivo in integrum -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

2.2.1.3.- Daño evaluable económicamente.

Como establece COBO OLIVERA, “el requisito del carácter evaluable del daño concurre cuando se ha producido un auténtico quebranto patrimonial, no cuando solo ha habido simples molestias o perjuicios subjetivos sin trascendencia económica objetiva”.¹³

Hay que reseñar en este punto que serán objeto de reparación todos los daños probados por la parte reclamante teniéndose en cuenta, además de los perjuicios patrimoniales, todos aquellos daños que sean valorables económicamente, sirviendo como ejemplo la inclusión de los daños morales.

2.2.1.4.- Daño individualizado.

Este requisito se refiere a que afecte a una persona o grupo de personas y no a la generalidad de los ciudadanos; es decir, que no se trate de cargas generales sino que perjudiquen de forma especial a la parte reclamante en atención a sus concretas circunstancias o características.¹⁴

2.2.2.- Imputación a la Administración.

El título de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 32.1 de la Ley 40/2015 cuando establece: (...) *siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...)*

obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008). No otra cosa que la expuesta es lo que encubre la petición de la parte de obtener una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad, debiendo por tal motivo rechazarse.

¹³ COBO OLIVERA, TOMÁS, “Artículo 139. Principios de responsabilidad.”, *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008, p. 818.

¹⁴ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2008 establece: *En cualquier caso, lo que importa señalar es que el eventual perjuicio sufrido por la actora en el supuesto enjuiciado no sería antijurídico al carecer del requisito de la individualización por no derivar de una carga singular impuesta por el Real Decreto 1318/2004, sino de la actualización de un riesgo que ha de ponderarse por los agentes del sector al ser previsible, debiendo subrayarse que el meritado Real Decreto establece una medida de alcance general y tiene una pluralidad de destinatarios dentro de la comunidad educativa, afectando, en su caso, a la actora y a las demás empresas del sector solo de forma indirecta como efecto reflejo de aquella medida general, y sin que el eventual perjuicio que una u otras puedan padecer sea en modo alguno consecuencia de cargas singulares impuestas por aquella disposición reglamentaria.*

Resulta interesante en este punto la reflexión que realiza BELLO JANEIRO: “¿Cómo determinamos el punto en que termina la singularidad y comienza la generalidad? Podemos solucionar esto acudiendo a criterios que permitan fijar el ámbito subjetivo del grupo, tales como la distinta naturaleza de los daños que puedan sufrir los afectados o, por centrarnos en nuestro ámbito concreto, pacientes, el número de afectados o pacientes en relación con un marco territorial, el número de afectados o pacientes con referencia a un determinado sector”. BELLO JANEIRO, DOMINGO, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ASISA, Madrid, 2009, pp. 238 y 239

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Como hacen GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, podemos definir la imputación como el “fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre este y aquel”.¹⁵

Hay que destacar que encontramos ante un concepto muy amplio de “servicio público” desde hace décadas, y que abarca toda actuación administrativa incluyendo tanto las acciones como las omisiones.¹⁶

Asimismo, hay que resaltar en este punto que el agente causante de la lesión ha de formar parte de la organización administrativa y debe ejercer las funciones inherentes a su cargo.

Para establecer la existencia de responsabilidad patrimonial, tal y como establece GUERRERO ZAPLANA¹⁷ encontramos tres cauces para imputar una actuación administrativa a la organización administrativa de la cual es dependiente: funcionamiento del servicio público (normal o anormal), creación del riesgo por la Administración y enriquecimiento injusto.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1993, p. 378.

Se trata de una definición usada incluso por la jurisprudencia. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de julio de 2013 sobre el tema referente a los controladores aéreos.

¹⁶ Una de las primeras resoluciones que analizó el concepto de servicio público fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989: *Se sigue de ello que el problema que en esta ocasión se suscita radica en concretar lo que, a tales efectos, quepa entender por servicio público y por su funcionamiento, y, en trance tal, ante cualquier supuesto dudoso o tan excepcional como el que es objeto del proceso, dado ese designio de las normas, hay que decidir atribuyendo a expresados conceptos el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, a fin de que el acto u omisión, determinante del perjuicio que dimana de un Órgano de la Administración pueda incardinarse en el primero de dichos conceptos, con tal de que sea inherente al natural quehacer de aquél y tenga un destinatario plural o individualizado llamado a servirse de él, lo que supone identificar al servicio público con toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo.*

En la actualidad se sigue manteniendo el carácter general de dicho concepto:

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007: *Con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante.*

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014: *Con base en doctrina anterior, la sentencia de 5 de junio de 2001 rechazó la incompetencia de la Administración para entender de la reclamación formulada y consideró la decisión administrativa conforme a derecho porque en el caso concurrían los presupuestos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas -incluida la imputación del daño a la Administración, ya que el concepto de servicios públicos había de entenderse en su más amplio sentido-, la cual había sido debidamente declarada, en aquél caso a cargo de la concesionaria por no haber conservado la vía en perfectas condiciones de utilización.*

¹⁷ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p.115 ss.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

2.2.2.1.- Funcionamiento normal.

La existencia de este criterio de imputación reitera la consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración como objetiva, ya que es indiferente la ilicitud del acto que origina el daño ocasionado.

En definitiva, lo prioritario es la producción de una lesión resarcible con las características analizadas anteriormente siendo irrelevante, en principio, la actividad que lo ha ocasionado. Por lo tanto, no ha de demostrarse ninguna irregularidad en la prestación de un servicio público.¹⁸

2.2.2.2.- Funcionamiento anormal.

Nos encontramos ante el supuesto de la existencia de alguna anomalía en la prestación de un servicio público, tanto si se produce a causa de una infracción subjetiva (dolo, culpa o negligencia) como si existe una infracción objetiva en la propia prestación del servicio.¹⁹

2.2.2.3.- Creación del riesgo por la Administración.

Como veremos más adelante, la única causa legal de exoneración es la fuerza mayor; quiero esto decir que la Administración responderá en caso de existir caso fortuito y cuyas características se analizarán al tratar el tema de la fuerza mayor.

2.2.2.4.- Enriquecimiento injusto.

“Supone que una parte registra un enriquecimiento de sus bienes y otra un empobrecimiento de los mismos estando ambas en relación de causa a efecto y sin que exista razón legal que lo justifique.”²⁰

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 así lo fija: *la responsabilidad patrimonial de la Administración (...) se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, por lo cual no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.*

¹⁹ De este modo se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000: *En efecto, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada (...).*

²⁰ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Las reclamaciones...*, op., cit., p. 116.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

2.2.3.- Relación de causalidad.

Nos encontramos ante otro requisito esencial en un sistema de responsabilidad objetiva ya que, sin perjuicio de algunas matizaciones en los diferentes ámbitos de la responsabilidad patrimonial, el perjudicado solo tendría que demostrar el nexo causal entre el funcionamiento de un servicio público y la lesión resarcible producida.

De acuerdo a reiterada jurisprudencia, ha de darse un vínculo directo, inmediato y exclusivo de causa a efecto entre el hecho imputado a la Administración y la lesión producida.²¹

Sin embargo, como admite la jurisprudencia, estos requisitos han de ser moderados ya que existe la posibilidad de que la relación de causalidad aparezca *bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad.*²²

Esta moderación de la rigidez del nexo causal se debe a que lo más frecuente es la concurrencia de varias causas en la producción del daño final y ello conduce a establecer una serie de criterios que ayuden a valorar la multitud de antecedentes causales.

Siguiendo la clasificación realizada por MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES²³, nos encontramos ante dos grandes teorías sobre este tema:

2.2.3.1.- Teoría amplia o de la equivalencia.

Han de tenerse en cuenta de igual forma todos los hechos causales que han producido el daño; es decir, todos los antecedentes tienen la consideración de “causa” de la lesión resarcible sin valorar su contribución al resultado final.

Actualmente, la jurisprudencia ya no emplea esta teoría ya que nos llevaría a “considerar que siempre que intervenga una competencia administrativa sobre cualquier materia, la administración ha de ser la responsable de todo daño que se produzca en dicho ámbito.”²⁴

²¹ Como ejemplos encontramos las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 17 de febrero de 1989, 28 de octubre de 1998, 12 de febrero de 2009 o 18 de julio de 2016, entre otras muchas.

²² Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001. Y en este mismo sentido encontramos otras Sentencias del mismo Tribunal: 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997, 6 de octubre de 1998, etc.

²³ SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRÍES, SANTIAGO, “Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial”, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 141 y ss.

²⁴ SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRÍES, SANTIAGO, “Reflexiones...”, op., cit. p. 141.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Sirve de claro ejemplo de todo lo expuesto hasta el momento sobre la relación de causalidad la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de Valladolid de 24 de julio de 1998:

Las dificultades nacen con el propio concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones agrupadas en una o varias series que, a su vez, pueden ser autónomas entre sí o dependientes unas de otras, dotados en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. Esto ha dado lugar a que en este campo haya surgido la llamada «teoría de la equivalencia de las condiciones» según la cual cualquiera de esos hechos o condiciones deben ser calificados como causas, en la medida en que todos ellos contribuyen a producir el resultado final. Frente a ella la «teoría de la causalidad adecuada» mantiene que para que un hecho -o actuación- merezca ser considerado como causa de un daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo, según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Este criterio es el que ha terminado por imponerse tanto en la esfera penal, como en la administrativa, cuando en esta última el Tribunal Supremo abandonó el criterio largamente mantenido, de que la responsabilidad de las Administraciones Públicas sólo era exigible cuando el actuar u omisión administrativos fueran causa exclusiva de la lesión.

2.2.3.2.- Teoría restrictiva o de la causalidad adecuada.

Esta doctrina entiende que no todas las condiciones que han participado en la producción del daño final han de tenerse en cuenta sino únicamente aquellas que, en la esfera del curso normal de los acontecimientos, sean las más idóneas para producir dicho resultado.

En otras palabras, *esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una «conditio sine qua non», esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

*eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.*²⁵

Es la tesis predominante desde hace tiempo en nuestra jurisprudencia y que, en definitiva, exige una valoración de todas las circunstancias que han contribuido a la producción de la lesión resarcible.

2.2.4.- Ausencia de fuerza mayor.

2.2.4.1.- Concepto y distinción del caso fortuito.

Se trata de la única circunstancia de exclusión legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración recogida tanto en el art. 106.2 CE como en el art. 32.1 de la Ley 40/2015. Como establece GUERRERO ZAPLANA²⁶ nos encontramos ante “un requisito negativo para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y ello por cuanto que junto a la concurrencia del resto de requisitos que ya hemos citado (actividad administrativa, lesión de bienes indemnizables, etcétera) resulta necesario para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración que no concurra fuerza mayor en la producción del daño.”

Se trata de un concepto definido en el artículo 1105 del Código Civil: *Fuera de los casos mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*, y que lo que realmente supone es la interrupción de la relación de causalidad.

A efectos prácticos, es conveniente mencionar que la carga de la prueba de esta circunstancia recae sobre la Administración Pública y así lo establece numerosa jurisprudencia.²⁷

²⁵ Así lo dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1998. Y en esta dirección se pronuncian otras Sentencias del mismo Tribunal por ej. 5 de diciembre de 1995, 28 de octubre de 1998, 15 de junio de 2011, 8 de marzo de 2016, etc.

²⁶ GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Guía Práctica...*, op., cit.

²⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010 afirma que: *Tras lo expuesto resulta relevante recordar lo manifestado en la Sentencia de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2643), recurso 67/2006 recordando lo dicho en sentencia de 9 de abril de 2.002 (RJ 2002, 3461) sobre "que es doctrina de esta Sala la que constata que el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima, suficientes para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia. En análogo sentido se expresa la sentencia de 15 de marzo de 1.999 (RJ 1999, 4440) , y las que en ellas se citan, así como la de 6 de abril de 1.999, conforme a las cuales, en caso de alegación de culpa de la víctima, la carga de la prueba pesa sobre la Administración."*

Para un mayor análisis del tema de la carga de la prueba véase ALBI NUEVO, JULIO, “La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Nos encontramos ante una institución jurídica muy similar al caso fortuito. Sin embargo, en el ámbito de una responsabilidad objetiva es esencial delimitar cada concepto ya que la Administración sí responderá en el supuesto de caso fortuito, como ya se manifestó a la hora de estudiar la imputación.

La distinción básica entre ambas figuras queda resumida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974\5132): «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida».

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado».

A mi juicio, y en el mismo sentido que PARADA VÁZQUEZ²⁸, encuentro dos diferencias principales entre ambas unidades jurídicas:

- La exterioridad de la fuerza mayor frente a la interioridad del caso fortuito.
- La irresistibilidad de la fuerza mayor frente a la mera indeterminación del caso fortuito. Es decir, la fuerza mayor se aplica incluso en casos en los que la causa que provoca el daño final hubiera podido preverse pero no evitarse; sin embargo, en el caso fortuito es necesario que aquella sea desconocida, imprevisible.

²⁸ PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 434.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

2.2.4.2.- Especial referencia a la intervención de la víctima o de un tercero.

A pesar de que la fuerza mayor, como ya se ha mencionado, es la única causa legal de exoneración de responsabilidad patrimonial por la ruptura del nexo causal, numerosa jurisprudencia considera la inexistencia de la relación de causalidad cuando ha existido una intervención esencial en la producción del daño, ya sea por parte del propio perjudicado o de un tercero.

Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, estudiada anteriormente, se considerará roto el nexo causal cuando la intervención de la víctima o de un tercero sea la causa idónea para producir la lesión resarcible.²⁹

En caso contrario, es decir, sino queda acreditado que la intervención de la víctima o de un tercero fuera la única causa eficiente a tener en cuenta, la solución la encontramos en la moderación o modulación del *quantum* indemnizatorio; nos encontraríamos ante una situación de concurrencia de causas en la que habría que valorar la intervención de cada uno de los agentes causantes.

Esta última situación será la más habitual en la práctica ya que, como establece MONTAÑÉS CASTILLO³⁰, “la responsabilidad y la protección de la víctima es, pues, la regla general, y la irresponsabilidad la excepción, por lo que cualquier supuesto dudoso o de falta o inexistencia de prueba solamente puede favorecer a aquella.

²⁹ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2007 establece que: *No puede, por tanto, ignorarse ni negarse que la conducta de esos terceros influyera en el nexo causal. El siguiente paso consiste en dilucidar la importancia de esa influencia, a saber, si posee la entidad suficiente para romper la relación causal o para interferir en ella, con la consecuencia, en este último caso, de que, ante la concurrencia de conductas, se minore ponderadamente la indemnización. Pues bien, analizando las circunstancias expuestas por en la sentencia apelada, la Sección llega a la conclusión de que la intervención de los terceros ha roto el nexo causal, siendo atribuibles a ellos exclusivamente los daños que se pretenden reparar*

De igual forma se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006: *En estas circunstancias ha de entenderse que el Tribunal a quo efectuó una correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial indicada, en contra de lo que se sostiene por el recurrente, pues la invocación de la deficiente señalización y vigilancia del Campo de Tiro carece de toda relevancia e incidencia, cuando quien la alega conoce perfectamente la naturaleza de la instalación militar, los riesgos que comporta, sus límites espaciales, la prohibición de acceso a la misma, con expresa indicación del Guarda reiterada el día anterior a los hechos, y a pesar de ello, infringe la prohibición de entrada y recogida de efectos y penetrando en el recinto procede a recoger restos de la actividad militar y a manipularlos, produciéndose el lamentable suceso con las graves consecuencias para su integridad que describe, que sólo son imputables a su propia conducta, adoptada con pleno conocimiento de la prohibición que infringía y asumiendo unos riesgos de los que solamente él resulta responsable, quebrando el nexo causal con el servicio público, dado que aun cuando las medidas de vigilancia y control pudieran considerarse objetivamente insuficientes, en modo alguno pueden calificarse como tales respecto de quien conoce perfectamente la situación y eludiendo la prohibición expresamente reiterada al mismo, penetra en las instalaciones y manipula los restos propios de la actividad militar desarrollada, siendo esa imprudente conducta tan determinante de los hechos que supone la ruptura del nexo causal y la exoneración de la responsabilidad de la Administración, según criterio mantenido en la jurisprudencia antes indicada.*

³⁰ MONTAÑÉS CASTILLO, LOURDES YOLANDA, “Los requisitos...”, op., cit.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

3.- Aplicación de la *lex artis* en el ámbito sanitario.

3.1.- Fundamento.

La primera premisa de la que hemos de partir es que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva. Si aplicamos un rigor exhaustivo a la hora de analizar los requisitos necesarios para que nazca dicha responsabilidad, nos encontraríamos con que la Administración debería responder de forma inadecuada en un elevado número de casos; en otras palabras, “el régimen de dicha responsabilidad no deba equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal.”³¹

En segundo lugar, y como establece BORREL MESTRE³², “la medicina es una ciencia inexacta e incompleta por la propia naturaleza del ser humano, y por ello la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas según el estado de la ciencia.”. Se ha de matizar en este punto que se dejan al margen los casos de medicina voluntaria o satisfactiva.

La conclusión de todo ello es la existencia de una necesidad de utilizar algún criterio de normalidad en el ámbito sanitario que permita delimitar los supuestos en los que razonablemente deba existir responsabilidad patrimonial de la Administración.

Dicho de otra forma, resultaría incoherente imponer una responsabilidad totalmente objetiva en todos los supuestos cuando existe una imposibilidad de asegurar un resultado (la salud del paciente) en todos ellos.³³

En efecto, esta idea ha terminado imponiéndose en nuestra sociedad de forma que actualmente para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración se exige que, junto a los requisitos previamente estudiados, la actuación en el ámbito sanitario se haya producido infringiendo el criterio de la *lex artis*.

³¹ Así lo establece MARTÍN REBOLLO, LUIS, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 2000, p.315.

³² BORREL MESTRE, JOAQUÍN, “El derecho a la salud. Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos médicos”, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 33, 2014, p. 5.

³³ Así lo pone de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado 1349/2000 de 11 de mayo: *Como ha señalado este Consejo de Estado en numerosos dictámenes, el paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la "lex artis ad hoc", y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta.*

Y en el mismo sentido el Dictamen del Consejo de Estado 71/2002 de 14 de febrero: *Finalmente la propuesta pone de manifiesto que los pacientes no tienen derecho a la curación, sino exclusivamente a que se les dispense un tratamiento adecuado de acuerdo con la lex artis ad hoc. Esto es, que la sanidad pública tiene una obligación de medios y no de resultados (...)*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Este criterio normativo se ha convertido en uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario, actuando como parámetro de corrección de una actuación médica concreta.³⁴

Y así se pone de manifiesto en el ejemplificativo Dictamen del Consejo de Estado 989/1999 de 3 de junio:

*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y también de la sanitaria, es una responsabilidad de carácter objetivo, es decir, debe apreciarse con independencia de la concurrencia de culpa en el actuar administrativo. Sin embargo, este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de modo que tan solo en caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la *lex artis*, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización.*

3.2.- Concepto.

Partiendo de un criterio general para definir la *lex artis*, podemos acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2001 la cual establece *que es como*

³⁴ A modo de resumen de todo lo expuesto hasta el momento sobre la *lex artis* encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2007: *Es doctrina consolidada de nuestra Sala que es imprescindible que exista un daño antijurídico que no debe ser soportado para que pueda prosperar la acción de responsabilidad patrimonial; en efecto, según señalamos en nuestra sentencia de 21 de noviembre de 2006 –recurso de casación 6380/2006–, tratándose de la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizarlo en todo caso.*”

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

actualmente se denomina a lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión.

De forma más concreta, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 desglosa la *lex artis* como obligación de medios en el ámbito sanitario en los siguientes deberes:

1. Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento de manera que la actuación de aquel se rija por la denominada *lex artis ad hoc*.
2. Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.
3. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono.
4. En los supuestos de enfermedades o dolencias recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

En definitiva, podemos diferenciar, siguiendo a GALLARDO CASTILLO³⁵, dos niveles a la hora de estudiar la *lex artis*:

- La *lex artis* genéricamente considerada, es decir, el estado de la ciencia en un momento determinado.

- La *lex artis ad hoc*, esto es, la valoración de todas las circunstancias concurrentes en un supuesto de actuación médica concreto.

De forma mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencialmente³⁶, se entiende que este requisito se encuentra ligado al carácter antijurídico de la lesión resarcible. Es

³⁵ GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 17.

³⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, entre muchas otras, afirma que: *Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) redactado por Ley*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

decir, una adecuada actuación médica conforme a la *lex artis* daría lugar a que el daño final no fuera considerado como antijurídico debiendo ser soportado por el perjudicado.

3.3.- Exclusión de los riesgos del proceso.

Muy relacionado con todo lo expuesto sobre la *lex artis*, encontramos el actual artículo 34.1 de la Ley 40/2015: *1. (...) No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

La inclusión de este apartado (originalmente en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992) se produjo a través de la Ley 4/1999 de 13 de enero y surge a raíz del contagio de una serie de enfermedades a consecuencia de la realización de transfusiones sanguíneas.

Antes de la promulgación de la reforma, la jurisprudencia de las diferentes Salas del Tribunal Supremo era, cuanto menos, confusa.³⁷ El legislador, en mi opinión, buscó eliminar cualquier opción de responsabilizar a la Administración por estos casos.

El punto más problemático se hallaba en la pretensión de incluir estos sucesos en el ámbito de la fuerza mayor. Así se establecía en el punto VI de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999: *En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad (...).*

De igual forma ya se había pronunciado anteriormente el Consejo de Estado a la hora de emitir Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Modificación de la Ley 30/1992, en concreto, el 22 de enero de 1998:

Artículo 141. Indemnización.

4/1999 (RCL 1999, 114, 329) , no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos.

En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/1997[RJ 2002, 1817]) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.

Como ejemplo de autores que abogan por esto encontramos, por ejemplo:

³⁷ Para un estudio más detallado sobre este tema, véase BLÁS ORBÁN, CARMEN, “Contagio transfusional de VHC. Reflexiones sobre la previsibilidad del daño.”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2008.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

El artículo 139.1 de la Ley 30/1992 prevé la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración (también el 106.2 de la Constitución, como antes el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957). Constituye una causa extraña al objeto dañoso, excepcional e imprevisible o que de haberse podido prever fuera inevitable (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988, de 14 de febrero de 1994, de 3 de mayo de 1995). A esta idea responde el supuesto que se introduce en este artículo: los "hechos o circunstancias" con eficacia exonerante han de ser imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento en que acaecen y su prueba corresponderá a la Administración. Se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor, cuya especificación cumple una función orientadora de eventuales interpretaciones que, desde cierta perplejidad, pudieran conducir a resultados desviados por el legítimo deseo de no dejar en desamparo situaciones capaces de conmover los más nobles sentimientos humanos. En atención a ello y al mismo tiempo, el anteproyecto apela expresamente a las "prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer" para atender a reparar tales daños; pero no con fundamento en la institución de la responsabilidad de la Administración en la que el principio de indemnidad pudiera requerir una reparación integral del daño, sino por motivos de solidaridad. Es el caso del Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de ciertas actuaciones realizadas en el sistema sanitario público antes de que el virus fuera detectado y conocidas sus vías de contagio.

A pesar de esto, una de las características de la fuerza mayor radica en la exterioridad, algo que en estos supuestos no sucede; a mi juicio y de acuerdo con un importante sector doctrinal³⁸, se trataba de enmascarar una serie de incidentes que realmente se trataban de casos fortuitos y que, en consecuencia, debían de ser indemnizados. No obstante, podemos encontrar algún pronunciamiento anterior a la reforma que ya consideraba estos casos como supuestos de fuerza mayor.³⁹

³⁸ Sirvan como ejemplos: LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO, "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del proceso. Un paso adelante en la definición del sistema", *Derecho y Salud*, núm. 2, 2000 y DESDENTADO DAROCA, EVA, "Reflexiones sobre el art. 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.108, 2000.

³⁹ Un ejemplo lo hallamos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997: *Pero en esta distinción, como decimos de creación doctrinal y jurisprudencial, no se pueden olvidar los requisitos que*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Sin embargo, la evolución jurisprudencial posterior ha acabado por establecer que la consecuencia de aplicar el artículo 141.1 supone apreciar la falta de antijuricidad del daño. El objetivo de esta apreciación es evitar cualquier discusión sobre la posible caracterización de estos supuestos como casos fortuitos.⁴⁰

se derivan de la definición del artículo 1105 del Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos. En la doctrina objetiva cuanto pasa en el círculo interno, que es el calificado como supuesto de caso fortuito, lo es en tanto constituye un hecho previsible o evitable. Las doctrinas de referencia establecen criterios de diferenciación entre ambos supuestos, el caso fortuito y la fuerza mayor, pero no pueden imponer criterios de definición ya que éstos los estableció el legislador en el artículo 1105 del Código Civil. (...) Estamos ante un suceso extraordinario que no puede comprenderse dentro del proceso ordinario de un tratamiento, salvo que se califique como de procedencia interna y se atienda exclusivamente al mecanismo material de la transfusión sin comprender todo el proceso en el que se descubre en la humanidad una nueva dolencia, o como señalan las sentencias anteriormente citadas «siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña al sujeto obligado» lo que es evidente cuando el conocimiento humano ignora la existencia de un virus descubierto con posterioridad al acto. Pero aun partiendo de esa procedencia interna, a efectos dialécticos, si estamos ante un hecho extraordinario y externo en la segunda fórmula de la alternativa, pues, la prevención era imposible y externa a la actuación del demandado recurrido, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, indudablemente no se le podía exigir que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba dentro de todo el Estado. Avanzando un paso más se podría afirmar que se llegaría a una situación absurda, conociendo la enfermedad y no el medio de detección, que por el consentimiento informado podría llegarse a la exoneración de responsabilidad, y ésta no se alcanzase en el supuesto litigioso en el que se desconocía la propia existencia del virus. (...) Por todo lo expuesto hay que concluir que el producirse el daño por un hecho externo a la actuación del INSALUD estamos ante la causa de exoneración que prevé la norma y ello lleva a la desestimación del motivo y del recurso en cuanto a la sentencia recurrida no infringe la Ley, ni produce quebranto en la unidad de doctrina. Sin costas.

⁴⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, en relación al art. 141.1 LRJPAC, establece que: *Esto se trasladó a los frecuentes casos de transmisión de enfermedades como consecuencia de transfusiones de sangre o de hemoderivados, en el sentido de considerar que la Administración no viene obligada a responder del daño cuando ha empleado los medios de control a su alcance sobre las donaciones y productos y el contagio se ha producido al no existir métodos o técnicas que permitan apreciar la presencia del virus en las donaciones, pues en tal caso corresponde al interesado asumir el riesgo de la transfusión, faltando así el requisito de la antijuricidad del daño, exigible para la responsabilidad de la Administración. Así se declara respecto de la hepatitis C en numerosas sentencias de esta Sala, como las de 14 de marzo de 2007 (Rec.6417/02 [RJ 2007, 2289]), 20 de abril de 2007 (Rec.2519/03 [RJ 2007, 4294]), 29 de junio de 2005 [RJ 2005, 5198] y 21 de octubre de 2002 [RJ 2003, 1113] , que recogen la doctrina sentada en las de 25 de noviembre de 2000 [RJ 2001, 91] , 10 de febrero [RJ 2001, 2629] , 19 de abril [RJ 2001, 4172] , 11 de mayo, 19, 21 de junio, 1 [RJ 2002, 5180] y 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 6283] y 7 de octubre de 2002 [RJ 2002, 8733] , según las cuales, si el contagio del virus de la hepatitis C se hubiese producido con anterioridad a su aislamiento y a la identificación de los marcadores para detectarlo, lo que sucedió a finales del año 1989, no concurre el requisito del daño antijurídico por ser el contagio un riesgo a soportar por el paciente. Las mismas sentencias precisan que, tanto si se considera, como hace la Sala Cuarta, un hecho externo a la Administración sanitaria como si se estima un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajeneidad al servicio, que esta Sala ha requerido para apreciar la fuerza mayor, el posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, por lo que el contagio no constituía un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo.*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

4.- La teoría de la pérdida de oportunidad.

4.1.- Nociones básicas.

Para comenzar el análisis de esta figura jurídica sobre una sólida base, encuentro muy ilustrativa la definición realizada por MEDINA ALCOZ⁴¹ que la describe como: “un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento”.

En otras palabras, como establece GALLARDO CASTILLO⁴², “se trata de un mecanismo de facilitación probatoria, en donde existiendo incertidumbre causal y pese a no existir una conexión directa entre la acción u omisión y la producción del daño se atribuye a la actuación de un tercero la privación a la víctima de las expectativas con que contaba.”

Por lo tanto, nos encontramos ante la posibilidad de indemnización en supuestos en los que la existencia de la relación de causalidad no es segura pero si razonable. Es decir, existe “una incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de probabilidad”⁴³.

Esta doctrina surge como método para flexibilizar la comúnmente denominada “tesis del todo o nada”. Resumidamente, esta teoría solo admite dos posibles soluciones a la incertidumbre causal: existencia o inexistencia de la relación de causalidad, indemnizando la totalidad del daño o negando la indemnización, respectivamente. Sin embargo, en muchos ámbitos - entre los cuales se incluye el sanitario - es notoria la dificultad de acreditar unos determinados hechos con absoluta certeza, por lo que han de otorgarse otras soluciones acordes con la efectiva realidad.⁴⁴

También encontramos un concepto general de esta doctrina en la jurisprudencia. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012, a la hora de aplicar esta teoría en el ámbito sanitario:

⁴¹ MEDINA ALCOZ, LUIS, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009, p.47.

⁴² GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, núm. 45-46, 2015, p. 36.

⁴³ GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Responsabilidad Civil. Aspectos Fundamentales*, Sepín, Madrid, 2007, p. 284

⁴⁴ De esta forma se pronuncia MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: “Y es que los hechos difícilmente pueden acreditarse con absoluta certeza al ser imposible alcanzar un conocimiento incontrovertible de los hechos. Por eso, la aproximación a la verdad de los mismos, no puede hacerse desde la seguridad total, sino sólo en términos de probabilidad. La prueba entonces se limita a demostrar que se ha alcanzado un «grado de probabilidad suficiente». Y si la probabilidad alcanza un determinado umbral de certidumbre”. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, La Ley, 2014.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente.

4.2.- Características.

De todo lo expuesto hasta ahora podemos extraer los elementos esenciales de esta teoría:

- Se aplica en situaciones en las que existe una falta de certeza sobre el nexo causal entre una actividad y el resultado final.
- El daño que se indemniza es la pérdida de unas expectativas de obtener un determinado resultado.
- La indemnización siempre será menor que el daño final.

4.2.1.- Incertidumbre causal.

Esta incertidumbre ha de ser estricta, irreversible e intrínseca⁴⁵.

4.2.1.1.- Estricta.

Este requisito se refiere a que el grado de certeza de la existencia de la relación de causalidad sea razonable. Dicho de otra forma, que la probabilidad de que el suceso fuera causado por un agente determinado se encuentra en el umbral máximo (donde existiría

⁴⁵ MEDINA ALCOZ, LUIS, “Hacia una nueva teoría...”, op., cit., p. 42.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

un nexo causal acreditado) y el mínimo (donde nos encontraríamos ante la inexistencia de la relación de causalidad).

Como se analizará posteriormente, este es uno de los grandes problemas en la aplicación de esta teoría.

4.2.1.2.- Irreversible.

La pérdida de las expectativas es definitiva; es decir, no existe posibilidad alguna de determinar si las oportunidades de las que gozaba el perjudicado hubieran dado lugar a un resultado determinado.

En palabras de DE FUENTES BARDAJÍ⁴⁶: “En términos generales, al hablar de pérdida de posibilidades se hace referencia a todos aquellos casos en que la conducta origen de la responsabilidad realizada por el agente priva a la víctima de obtener una ganancia o evitar una pérdida, de una posibilidad de actuar, lo que presenta la peculiaridad de no poderse conocer, a ciencia cierta, cuál hubiera sido el resultado o daño final en función de una actuación que no ha tenido lugar.”

4.2.1.3.- Intrínseca.

Muy relacionado con la facilitación probatoria. Partiendo de la imposibilidad de probar el nexo causal, basta con demostrar que la intervención de un tercero ha eliminado las posibilidades de las que en un principio disfrutaba la víctima.

4.2.2.- Daño indemnizable.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, existe un criterio consolidado de que el concepto indemnizable se encuentra en la privación de unas determinadas expectativas y no en el daño final que se ha producido.⁴⁷

⁴⁶ DE FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Navarra, 2009, p.395

⁴⁷ Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, entre otras muchas, establece que: *La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846), como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera.*

De igual forma se pronuncian: STSJ de Galicia de 23 de enero de 2008, STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2013, STSJ de Castilla y León de Valladolid de 8 de julio de 2016, etc.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Sin embargo, hay un sector doctrinal que no está de acuerdo con esta consideración del daño por pérdida de expectativas.⁴⁸

4.2.3.- Indemnización inferior al daño final.

Al encontrarnos en un ámbito probabilístico, la indemnización por las oportunidades perdidas ha de ser proporcional al daño final al no existir una certeza total en torno al nexo causal sino únicamente una probabilidad determinada.⁴⁹

De nuevo estamos ante otro de los aspectos más controvertidos de esta figura y que será abordado ulteriormente.

4.3.- Orígenes, regulación y evolución.

El nacimiento de esta figura jurídica de origen judicial se encuentra en los ordenamientos jurídicos francés (*perte d' une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*) a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, extendiéndose de forma posterior a muchos otros sistemas de todo el mundo.

En el entorno que nos interesa, únicamente en el ámbito de la normativa de la Unión Europea encontramos una posible referencia a esta teoría en los Principios del Europeo de la Responsabilidad Civil, concretamente, en su artículo 3:106 “Causas inciertas en la esfera de la víctima”: *La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.*⁵⁰

⁴⁸ Resulta a mi juicio interesante la reflexión realizada por LLAMAS POMBO: “¿Para qué casos dejamos entonces el daño por pérdida de oportunidad? Para aquellos en que no tenemos ni idea de lo que hubiera sucedido, de manera que estamos indemnizando por la no producción de un suceso que, en realidad, no sabemos en absoluto si se hubiera verificado, lo que no se compadece bien con el requisito de la necesaria existencia de un daño para el nacimiento de la obligación de indemnizar. Dicho de otro modo: no se puede perder la oportunidad que no se tiene.” LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, 2012.

⁴⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 afirma que: *Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco (RJ 2005, 8846), veintiséis de junio de dos mil ocho (RJ 2008, 6525) y veinticinco de junio de dos mil diez (RJ 2010, 5886), recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/200 -se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla 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, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.*

⁵⁰ Hablo en este punto de “posible referencia” debido al comentario realizada por MEDINA ALCOZ sobre este precepto: “Este artículo viene acompañado de un comentario del Director del Proyecto, el profesor

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, la pérdida de oportunidad se regulaba en el artículo 112 de la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales en cuyo apartado 2 se indicaba que: “*Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción*”. Sin embargo, este precepto fue derogado por la Ley 34/2010 de 5 de agosto.⁵¹

En definitiva, la regulación principal de esta teoría se encuentra actualmente en la doctrina y jurisprudencia. A pesar de esto, cabe destacar que su utilización por parte de los Tribunales no es ni mucho menos residual, siendo un recurso cada vez más utilizado.

Esta doctrina se aplica, de forma primordial, en dos ámbitos: en el sanitario (en el cual nos centraremos al ser el objeto de este trabajo) y en la responsabilidad civil de Abogados y Procuradores.⁵²

En el ámbito sanitario, la primera sentencia de nuestro Tribunal Supremo que admitió la aplicación de esta doctrina en el ámbito sanitario fue dictada en el orden jurisdiccional civil en fecha 10 de octubre de 1998, consolidando numerosa jurisprudencia de Juzgados y Audiencias Provinciales que ya aplicaban esta teoría.⁵³

holandés Jaap SPIER, que aclara que su tenor tiene que ver con causas potenciales pertenecientes a la esfera de la víctima; y se basa, en parte, en el concepto de pérdida de oportunidad (*perte d' une chance*) (...). Advierte, además, que el Grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la doctrina de la *chance* porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto.”, en MEDINA ALCOZ, LUIS, “Hacia una nueva teoría...”, op., cit., p. 34.

⁵¹ Para un estudio detallado sobre los orígenes y expansión de esta doctrina, véase MEDINA ALCOZ, LUIS, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 127 ss.

⁵² Sirva como ejemplo de aplicación de esta teoría en la responsabilidad civil de Abogados y Procuradores la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2013: *El daño sufrido por el recurrente se ha traducido, en la pérdida de su condición de acreedor de dominio, pues no pudo hacer valer tal condición porque a pesar de obtener una segunda sentencia favorable a sus intereses, tal sentencia era inejecutable, pues el inmueble había sido vendido con anterioridad por el liquidador de la CLEA a un tercero y, en consecuencia, la pérdida de la oportunidad procesal se ha traducido finalmente en la disminución de su patrimonio en la parte del precio de la compraventa no percibido que ascendía a 23 000 000 ptas. Partiendo de la base de que esta Sala no ha apreciado la concurrencia de culpas en cuanto a la indemnización por la pérdida de la oportunidad procesal padecida por el recurrente, debe tenerse en cuenta que como el daño consistió en la frustración de una acción judicial debe realizarse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales) y esta Sala considera que es acertada la cuantía de la indemnización concedida por la AP.*

⁵³ Dicha sentencia afirma que: *En suma, pues, a la demandada doña Nuria M. G. no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de replante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas.*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

En el orden contencioso-administrativo, que es el que interesa en este trabajo, el primer reconocimiento se produjo por la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2002.⁵⁴

A partir de esta resolución, las sentencias que aplican esta doctrina están aumentando de manera progresiva en los distintos Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo.

4.4.- Requisitos para su aplicación en el ámbito sanitario.

Siguiendo la enumeración realizada por GALLARDO CASTILLO⁵⁵, podemos extraer de jurisprudencia cuatro requisitos principales para la aplicación de esta doctrina en el ámbito sanitario:

- Que existan unas expectativas suficientes de mejoría o curación de la víctima.

En este sentido establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012:

Y añada la STS de esta Sala y Sección de 23 de setiembre de 2010, Rec. casación 863/2008 que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla 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 (...)

- Que el daño, la privación de unas determinadas posibilidades, se haya producido de manera cierta.

Al encontrarnos en la esfera de la estadística y de la probabilidad, este requisito puede chocar con el concepto de daño efectivo que hemos analizado anteriormente y que, resumidamente, se refiere a que el daño ha de ser real y no hipotético.

⁵⁴ La sentencia establece que: *Todo lo anterior, puesto en relación con las limitaciones físicas y psíquicas que presenta el paciente y los criterios que en cuantificación de lesiones vienen manteniendo esta Sala, hace que frente a los 525.087,99 euros que reclama la parte en sus conclusiones se considere como cifra razonable de indemnización al paciente y a su madre, ambos recurrentes, la cantidad de 150.000 euros, por la pérdida de oportunidad de haber obtenido una mejor evolución del tumor (...).*

⁵⁵ GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, “Causalidad probabilística...”, op., cit., p.45.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 es muy clarificadora a este respecto, afirmando de manera rotunda a la hora de aplicar esta teoría:

El segundo, consecuencia del anterior, radica en que no se le repara por un detrimento hipotético, en contradicción con el artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que habla de daño «efectivo, evaluable económicamente e individualizado», sino por uno actual y real, efectivo, consistente en habersele privado de la ocasión para eludir las secuelas físicas que afronta en la actualidad.

- Que haya existido una *mala praxis* que, si bien no ha producido el daño final, ha privado al paciente de unas determinadas oportunidades de supervivencia o mejoría.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de julio de 2016 así lo afirma:

Con la declaración anterior sobre la mala praxis médica al no diagnosticarse ni tratarse a tiempo la dolencia que sufría madre de los recurrentes, se le generó la pérdida de la oportunidad al agravarse su estado de salud y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual no se acreditado que se hubiese podido evitarse de instaurarse a tiempo las medidas terapéuticas adecuadas, sino esa pérdida de la oportunidad, entendiendo la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

- Exista una incertidumbre causal en el sentido de que, a pesar de que existen unas expectativas de mejoría o curación, nunca se sabrá si se hubieran llegado a hacer realidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 establece que:

Es evidente que el retraso en el diagnóstico correcto ha determinado que en el presente caso no se aplicara un tratamiento adecuado pero ello no determina sin más la indemnización de todo el daño material acontecido. A pesar de que se hubiera producido un diagnóstico del aneurisma más temprano, no podemos llegar a saber cual hubiera sido el resultado final de la intervención practicada. Pero hubiera tenido más posibilidades de obtenerse un éxito, por lo que existe una

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

privación de expectativas o posibilidades, en el tratamiento del aneurisma.

4.5.- Problemas prácticos.

La falta de regulación de esta doctrina provoca la falta de existencia de criterios unánimes sobre algunos de sus elementos.

Entre ellos, los más importantes son:

4.5.1.- Grado de certeza.

Ya se ha mencionado que para la aplicación de esta teoría es necesaria la existencia de una probabilidad en relación a la existencia de la relación de causalidad; sin embargo, ¿cuál es el porcentaje necesario de pérdida de oportunidad para considerar la existencia del nexo causal?

En primer lugar, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en considerar que cuando existe una certeza elevada ha de tenerse por cierta la relación de causalidad.⁵⁶

En segundo lugar, de igual modo se considera que cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante puede descartarse la existencia del nexo causal.⁵⁷

Por lo tanto, la cuestión esencial se encuentra en determinar qué probabilidad ha de reputarse suficiente para considerar la realidad de la relación de causalidad.

A pesar de esto, nuestros Tribunales no han establecido aún un grado de certeza mínimo a partir del cual se pueda apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.⁵⁸

⁵⁶ Sirve como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012: *Pero es que, además, en este supuesto no estaríamos en presencia de la jurisprudencia que se cita, y que se refiere a la conocida como pérdida de la oportunidad, y que estima que existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma. No es este el caso. Lejos de ello en este supuesto si existía, como afirmó la Sala de instancia, relación de causalidad, puesto que de haberse adoptado las medidas que la buena praxis exigía, y que se han puesto de relieve más arriba, era altamente probable que el daño no se hubiera producido, y las consecuencias que nos son conocidas se hubieran podido evitar*

⁵⁷ MEDINA ALCOZ, LUIS, “Hacia una nueva teoría...”, op., cit., p. 45.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 establece que: *La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética. Pero en este caso se cumple todos los criterios para juzgar que es una pérdida de oportunidad concreta y muy relevante.*

⁵⁸ Muy clara me resulta la exposición que realiza LUNA YERGA en este punto: “No obstante, es necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba (...). Asimismo, cuando la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza habrán de indemnizarse los totales perjuicios sufridos por el paciente y no la mera pérdida de oportunidad. Por último, ha de negarse especialmente la indemnización de probabilidades estadísticas muy reducidas, por cuanto la disolución del elementos causal conduce a condenas basadas exclusivamente en el incremento del riesgo de sufrir un daño por el paciente.”

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Doctrinalmente se han planteado diversas alternativas. La más acertada, en mi opinión, es la propuesta por MEDINA ALCOZ⁵⁹ que considera que el umbral mínimo y el máximo se encuentran en el 15% y el 80% de probabilidad causal, respectivamente. Por lo que atendiendo al porcentaje de la probabilidad se pueden distinguir tres situaciones:

- Oportunidad genérica: Probabilidad inferior al 15%⁶⁰. Nos encontraríamos por debajo del umbral mínimo de certeza, por lo que estaríamos ante una probabilidad insignificante dando lugar a considerar que no existe la relación de causalidad.
- Oportunidad específica: Probabilidad entre el 15% y el 80%. En estos casos estaríamos propiamente ante una incertidumbre causal. Existen posibilidades razonables pero insuficientes de la existencia del nexo causal.
- Oportunidad superespecífica: Probabilidad superior al 80%. Se tendría por cierta el nexo de causalidad y, en consecuencia, no existiría pérdida de oportunidad sino que habría que indemnizar la totalidad del daño.

A modo de conclusión, estoy de acuerdo con lo establecido por ASENSI PALLRÉS y CID-LUNA CLARES: “En este sentido, y en línea con la posición de los tribunales anglosajones, so pena de desvirtuar el requisito de la causalidad establecido en nuestra legislación, se hace necesario establecer unos umbrales mínimos de certeza para estimar responsabilidad.”⁶¹

4.5.2.- *Quantum indemnizatorio.*

Ya se ha mencionado anteriormente que no existe discusión alguna acerca de que la indemnización que ha de otorgarse en los casos en los que se aprecia la pérdida de oportunidad ha de ser inferior a la que correspondería por la totalidad del daño final, ya que lo que realmente se pretende resarcir es la pérdida de unas determinadas oportunidades o expectativas y no dicho daño final.

Más problemática es la cuestión referida a qué criterios utilizar para calcular la indemnización procedente, lo que en gran parte se debe a dos dificultades que ya se han expuesto a lo largo de este trabajo:

LUNA YERGA, ÁLVARO, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria”, *Indret*, 2005, p.15

⁵⁹ MEDINA ALCOZ, LUIS, *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, op., cit., pp. 316 ss.

⁶⁰ Una posible referencia al umbral mínimo de certeza en la jurisprudencia la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, que confirma la indemnización otorgada por pérdida de oportunidad cuando *las posibilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superiores al 20%*.

⁶¹ ASENSÍ PALLARÉS, EDUARDO y CID-LUNA CLARES, IÑIGO, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.8, 2013, p.239.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

- Por un parte, el encontrarnos en el ámbito de la estadística y probabilidades.

- Por otra parte, la consideración de la medicina como una ciencia inexacta en la que no se puede asegurar un determinado resultado.

De forma reiterada, la jurisprudencia ha establecido que se han de valorar *dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*.⁶²

Sin embargo, la jurisprudencia no ha establecido aún la forma en la que ha de considerarse el nivel de probabilidad a la hora de determinar la indemnización., estableciendo muchas veces el importe de la indemnización sin una motivación concreta⁶³,

Se ha llegado incluso a indemnizar la totalidad del daño final a pesar de apreciar la existencia de la pérdida de oportunidad.⁶⁴

Coincido en este punto con un importante sector doctrinal⁶⁵ que considera que la forma más adecuada de calcular el montante final de la indemnización sería proyectar el porcentaje de probabilidad de las expectativas de curación o mejoría sobre el daño final sufrido por el paciente.⁶⁶

⁶² Sirvan como ejemplos, entre muchas otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas: 19 de octubre de 2011, 22 de mayo de 2012, 25 de mayo de 2016, etc.

⁶³ En este sentido, ASUA GONZÁLEZ afirma que: “La tónica general es la del silencio respecto de la incidencia del nivel de probabilidad. Ciertamente tal silencio podría considerarse como un dato neutral que impediría extraer una conclusión al respecto, pero ya hemos visto en el epígrafe anterior que a menudo lo que se hace es situar el caso en el terreno de la incertidumbre y aludir sin más a la probabilidad. De manera que no parece inconsistente derivar de ello, cuando menos, un cierto clima de despreocupación por el nivel de la misma a la hora de fijar la indemnización”. ASUA GONZÁLEZ, CLARA, *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 92.

⁶⁴ Así se resolvió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010: *Como afirma la Sentencia de 21 de febrero de 2.008 (RJ 2008, 1247) (RC núm. 5271/2.003), "en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad". Y, de igual forma, en la Sentencia de 13 de julio de 2.005 (RC núm. 435/2.004), afirmamos que "sin que conste la relevancia causa- efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, 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. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso examinado. (...) Ahora bien, el principio de reparación integral exige indemnizar a doña Natividad por el daño real y efectivo (artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992), que padece por haberle privado de la oportunidad de protegerse, con una vacuna eficaz, contra la meningitis C, que la propia Administración conocía, presentaba como eficaz y proporcionó a otros*

⁶⁵ Así se manifiestan importante autores como MEDINA ALCOZ, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, LUNA YERGA, GALLARDO CASTILLO, etc.

⁶⁶ Un ejemplo de aplicación de este criterio lo encontramos en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 195/2013 de 14 de mayo en el cual se reduce la indemnización que correspondería por el daño final en atención al porcentaje de la pérdida de oportunidad: *En el presente caso, el informe pericial de valoración del daño corporal estima la pérdida de oportunidad en un 80% del importe de la*

Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012:

A partir de ahí sí constituye un razonamiento jurídico relativo a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia aquel que decide reducir al 50 por ciento esa indemnización, aplicando la jurisprudencia formada sobre la "pérdida de oportunidad". Y es, por tanto, un razonamiento revisable en casación. Sobre este punto la parte recurrente expresa su queja porque entiende que esa reducción no es conforme con la jurisprudencia que, según ella, en los casos de "pérdida de oportunidad" no reduce la indemnización, sino que atiende igualmente a la reparación integral del daño causado.

Por consiguiente, la decisión de la Sala "a quo" de atemperar el importe de la indemnización es plenamente conforme con nuestra jurisprudencia sobre la pérdida de la oportunidad. Sin que tampoco el porcentaje escogido (50 por ciento) pueda considerarse arbitrario, pues se toma del informe pericial, que manifiesta que "los corticoides no evitan completamente la

indemnización que, por fallecimiento, habría correspondido a la esposa y a la hija, menor de 18 años, del finado. (...)Según, Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se daba publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal aplicables durante 2005, el importe de la indemnización por el fallecimiento, en caso de víctima de, hasta 65 años, como es el caso, con cónyuge e hijo menor de edad, era de 93.166,95 € para el cónyuge y 38.819,56 € para la hija. La suma de estas cantidades, sin embargo, debe minorarse en un 20% porque, como ha quedado expuesto anteriormente, la pérdida de oportunidad se ha valorado en un 80%. En consecuencia, el importe de la indemnización será de 105.589,21 €, cantidad que habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En el mismo sentido encontramos el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 91/2008 de 29 de abril: *Reconocida la responsabilidad aplicando el criterio de la pérdida de oportunidad, tal y como recoge la Administración en su propuesta de resolución, y siguiendo la doctrina jurisprudencial, para determinar la indemnización que procede es necesario tener en cuenta que, si bien la actuación de la Administración ha sido contraria a la lex artis en el caso concreto del Servicio de Cirugía del Hospital H, no puede decirse que dicha infracción haya sido la única responsable del resultado producido, ya que la propia evolución de la enfermedad no hace descartable la aparición de metástasis aun en el supuesto de cánceres prontamente tratados. Tal y como se señala en la propuesta "nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, es decir, si bien es cierto que se produjo un retraso en el diagnóstico del paciente, es preciso tener en cuenta que la patología padecida por éste, está caracterizada por un porcentaje alto de mortalidad" ; por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es solamente la pérdida de la oportunidad de que, con un diagnóstico realizado en un estadio más temprano de la enfermedad, se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente.*

Por todo ello la indemnización debe ir referida a la oportunidad perdida y no al daño real. En consecuencia la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o de supervivencia) de la oportunidad que se perdió.

Partiendo de la dificultad de la determinación en cifras de lo que ha supuesto esa pérdida en las posibilidades de sanación, o simplemente de supervivencia, la propuesta de resolución la ha estimado en un 30%, sobre la indemnización procedente, ya que entiende que, "no todos los daños alegados por la parte reclamante derivan del retraso diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología". Porcentaje en el que se valora el daño consistente en la pérdida de oportunidad que este Consejo considera adecuado.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

aparición de hemorragia intraventricular en el recién nacido prematuro, pero reducen el riesgo aproximadamente un 50%. Si se hubiera instaurado dicho tratamiento el 31 de marzo de 2001, las posibilidades de que los corticoides hubieran podido ejercer su efecto protector habrían sido mayores y en este caso, el riesgo de hemorragia intraventricular se habría reducido a la mitad" (fundamento tercero de la sentencia recurrida)". (FJ 5º)

A modo de conclusión, entiendo que es necesario establecer un criterio general para determinar el *quantum* indemnizatorio en estos casos y, asimismo, que dicho criterio tenga en cuenta el coeficiente de las posibilidades de curación o supervivencia para reducir correspondientemente la cuantía de aquel, a fin de evitar posibles discrecionalidades.

4.6.- Supuestos más habituales.

4.6.1.- *Wrongful birth.*

Nos encontramos ante el supuesto del nacimiento de un niño con determinadas malformaciones que, si bien no traen causa directa en la acción de los diferentes facultativos, no han sido advertidas a los progenitores durante la gestación privándoles de tomar la decisión de abortar.⁶⁷

Aunque existe un debate doctrinal sobre la inclusión de estos casos en la teoría de la pérdida de oportunidad e, incluso, existen autores que se oponen a la admisión de estas acciones⁶⁸, a mi juicio son supuestos que pueden incardinarse en esta teoría. Siguiendo a GALLARDO CASTILLO⁶⁹, coincido en que existen dos elementos fundamentales para sustentar esta afirmación:

- Pérdida de la oportunidad de decisión sobre el posible aborto.
- Vulneración de la *lex artis* al existir un error o retraso en el diagnóstico, o una falta de información o su comunicación extemporánea.

⁶⁷ En palabras de PAÑOS PEREZ: "Se parte del comportamiento de un profesional médico que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información o emite un diagnóstico erróneo sobre el estado enfermo o discapacitado físico o psíquico del *nasciturus*; en concreto, informa a los progenitores sobre la inexistencia de peligros o riesgos, o no informa a estos." PAÑOS PÉREZ, ALBA, "Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*", *La Ley*, 2014, p. 3.

⁶⁸ Como ejemplos, a favor de esta consideración encontramos a GALLARDO CASTILLO o NAVARRO MÍCHEL; en contra se posicionan MARTÍN CASAL y SOLÉ FELIÚ o LUNA YERGA, entre otros.

Un ejemplo de la posición tan radical de negar cualquier posibilidad de estimación de este tipo de reclamaciones lo encontramos en DE FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN, *Manual sobre...*, op., cit., pp. 310 ss.

⁶⁹ GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, "Causalidad probabilística...", op., cit., p.45.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de incertidumbre causal al ser imposible saber cuál hubiera sido el resultado final de haberse conocido dicha información.

Una de las cuestiones más problemáticas en este tipo de casos es la determinación de cuál es el concepto indemnizable, es decir, el daño final resarcible. Sin embargo, parece existir acuerdo entre la jurisprudencia de considerar los daños producidos como daños morales y cuyo origen se encuentra la lesión del poder de autodeterminación de la persona, dejando bien claro que el nacimiento de un niño con una determinada malformación o enfermedad nunca puede ser considerado como daño.

Sirvan, a modo de ejemplo, algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal:

- STS de 30 de junio de 2006:

Procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar que el daño moral reclamado en autos sea imputable causalmente al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios y es lo cierto, y así lo tiene por probado la sentencia de instancia, que no se informó a los recurrentes sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto como los referentes a los niveles de Alfafetoproteína superiores a los normales, y los quistes hallados en plexos coroideos, y esa falta de información, vulnerando los preceptos de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) antes citados determinó la imposibilidad de decidir si optaban o no por la facultad de interrumpir libremente el embarazo, no habiendo probado la Administración Sanitaria, como le hubiera incumbido en función de cuanto antes se ha argumentado, que la recurrente no hubiera optado por el aborto eugenésico en el supuesto de que la información sobre las malformaciones del feto le hubiera sido comunicada, por lo que cabe apreciar el nexo causal necesario para apreciar en el caso de autos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

- STS 16 de octubre de 2007:

Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (Rec. Cas.271/2002 [RJ 2006, 5482]) y 3 de octubre de 2000 (Rec. Cas.3905/96 [RJ 2000, 7799]) ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha

tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

"Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 (RTC 1985, 53) , 11 abr., F. 8, 'nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]'. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, 'la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida' [...]"

(...)Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial

- STS de 4 de noviembre de 2008:

Para abordar adecuadamente este asunto, conviene destacar que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida. Y hay que destacar igualmente que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen,

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres.

(...)CUARTO- Aplicando cuanto se acaba de exponer al presente caso, resulta claramente que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad.

En resumen, es notorio como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se está situando en una posición cada vez más favorable respecto a la admisión y estimación de este tipo de reclamaciones, considerando el daño final como la pérdida de oportunidades de decidir acerca de la posible interrupción de la gestación.

4.6.2.- Error o retraso en el diagnóstico.

A mi forma de ver, se trata de los supuestos más claros en los que se puede apreciar la pérdida de unas determinadas expectativas u oportunidades.

Estamos ante la hipótesis siguiente: En un momento determinado no se realiza un determinado diagnóstico o se realiza de manera defectuosa. Posteriormente, una vez producido el daño final o elaborado el diagnóstico correcto, se determina que de haberse producido dicho diagnóstico en el primer momento, las posibilidades de mejoría o curación hubieran sido mayores.

Sirva un ejemplo para ilustrar lo expuesto: Un hombre acude a la consulta con un dolor de cabeza, se le realizan las pruebas pertinentes para casos similares y se le diagnostica una determinada dolencia. Meses después, se le detecta un tumor cerebral incurable (expectativas de supervivencia del 0%) que en el caso de haberse descubierto en la primera consulta hubiera tenido unas posibilidades de curación del 30%.

Aunque parezca una reiteración innecesaria, lo primero que hay que señalar en este punto es que la privación de las expectativas ha de encontrarse entre el umbral máximo y el mínimo de certeza. Esto es, si el resultado final se hubiera producido de igual forma aunque se hubiera realizado un determinado diagnóstico, no cabría fijar ninguna indemnización⁷⁰; en caso contrario, si las posibilidades de curación eran muy elevadas en

⁷⁰ Confirma esta afirmación la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012: *En el presente caso, si bien sin acudir a su detalle la sentencia trata esta cuestión al no valorar como determinante el retraso*

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

caso de haberse realizado un determinado diagnóstico, superando el umbral máximo, la indemnización ha de cubrir la totalidad del daño final.⁷¹

Asimismo, es necesaria la existencia de una lesión producida por el error o retraso en el diagnóstico; es decir, el error o retraso en el diagnóstico *per se* no da lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se deriva ninguna consecuencia dañosa. Así lo establece de forma muy clara la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2002:

En el caso presente, no hay duda de que se produjo un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria por cuanto el hijo de los recurrentes no fue debidamente atendido en el Hospital de Alcalá de Henares al que primeramente acudió y ello pues no se le diagnosticó la fractura de tibia que padecía y que si fue correctamente diagnosticada y tratada una hora después en el Hospital de San Rafael.

(...)No obstante, aún reconociendo la existencia de un defectuoso funcionamiento de la Administración, por cuanto la asistencia prestada fue claramente incorrecta, se produce en este caso una circunstancia peculiar cual es que por la intervención de un tercero ajeno a la Administración sanitaria como son los padres del paciente (que tuvieron una actuación mucho más cuidadosa y exigente que los médicos del Hospital del Alcalá de Henares) se evitó que se produjera el resultado fatal que podría haberse producido si una fractura con deformidad de la tibia hubiera quedado sin la debida asistencia médica.

(...)Por tanto, en el caso presente falta un elemento fundamental para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y ello pues no se ha llegado a producir ningún daño a consecuencia de la actividad de la Administración; bien es verdad que la no producción del daño se ha debido a la actuación de los padres y no a la actuación de la propia administración demandada, que fue totalmente descuidada pero,

sobre el protocolo habitual de tratamiento de estas patologías, y considera y valora que ese retraso no ha privado a la recurrente de un posible resultado distinto ya que el pronóstico ciertamente negativo debido a la etiología del tumor y sus características impedían otorgar relevancia a ese retraso. Por tanto, ante esta cuestión, estamos dentro de la actividad de valoración de la prueba efectuada por la instancia que no reputamos arbitraria o errónea. No existe pérdida de oportunidad de un pronóstico distinto en el caso de la recurrente, ya que la sentencia concluye que, en atención al dictamen del Dr. Seguí, por el tratamiento dos meses antes, era altamente improbable poder reseca el tumor. La sentencia llega al convencimiento a partir de la valoración de la prueba que ese retraso en el tratamiento no ha tenido incidencia en una pérdida de posibilidad de reseca el tumor y tal conclusión la apoya en el dictamen del Dr. Seguí especialista en la materia.

⁷¹ En este sentido: GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, "Causalidad probabilística...", op., cit., p.50

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

la conclusión es que el daño no se ha llegado a producir y no cabe reconocer indemnización por lo que podría haber pasado, pero que no ha llegado a pasar.

Como ejemplo de un caso de error de diagnóstico, encontramos la reciente STSJ de Castilla y León de Valladolid de 20 de septiembre de 2016:

Cierto es que, como coincidieron todos los peritos, difícilmente puede sostenerse que desde el año 2008 el paciente ya sufriera un proceso neoplásico de próstata, por la propia evolución temporal de aquella patología, pero con toda probabilidad, durante el curso de los innumerables actos asistenciales habidos con él, desde 2008 hasta 2012, sin lugar a dudas la patología silente hubo de ser detectada. La sintomatología que presentaba, con la suficiente certeza, hubiera generado la necesidad de descartar cualquier patología de próstata, máxime cuando se trataba de un paciente septuagenario, siendo la edad la primera causa del cáncer de próstata.

En este caso, no resulta tan importante o tan necesario ubicar el momento concreto en el que D. Secundino ya sufría el proceso neoplásico, por cuanto desde 2008 nos encontramos con una acreditada mala praxis. Ahora bien; de cara a valorar la pérdida de oportunidad terapéutica, esta Sala considera que, con toda probabilidad, la patología debió de ser diagnosticada en 2011. Por otro lado, esta Sala asume que en el supuesto del cáncer de próstata la supervivencia es alta, en torno al 65%. Procede pues la estimación del recurso.

Sirva como ejemplo de retraso en el diagnóstico la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012:

En el presente caso, este Tribunal considera que habiéndose acreditado que existió un retraso en la realización de una prueba diagnóstica como es la Rx de abdomen que hubiera podido evidenciar una imagen patológica, como así relata con claridad el extenso Informe de Inspección : " existe la duda razonable de que es posible que una Rx Abdomen efectuada antes del 28-6-07 por la tarde hubiera podido evidenciar una imagen patológica ", la Administración corría con la carga de probar que esa prueba era irrelevante ante la situación de la recurrente y que no hubiera cambiado el pronóstico y el resultado. Ello determina que nos encontremos ante una pérdida de oportunidad relevante, eficiente e indemnizable. Es evidente que tal complicación no se trató de forma idónea y adecuada a los síntomas que la paciente

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

iba presentando indicativos de un continuo empeoramiento y con síntomas claros de infección.

Ello determina la presencia de una pérdida de oportunidad en la posibilidad de un resultado distinto, por cuanto la omisión de una prueba diagnóstica relevante y ya acordada por la Administración sanitaria hubiera podido conducir a un diagnóstico precoz de la complicación. Por ello, existió una infracción de la "lex artis" acreditada que no debió soportar la paciente, con independencia que no se haya podido acreditar que ante un diagnóstico precoz el resultado hubiera sido sustancialmente diferente o no en términos cuantitativos.

Para concluir, a mi modo de ver este tipo de supuestos reúnen, sin ningún tipo de duda, todos los requisitos para la aplicación de la tesis de la pérdida de oportunidad siendo, de igual modo, los asuntos que se resuelven más frecuentemente mediante la aplicación de esta teoría.

4.6.3.- Ausencia o error del consentimiento informado.

De forma similar a los casos de *wrongful birth*, nos encontramos ante supuestos en los que existe una falta o un error a la hora de suministrar una información.

El consentimiento informado lleva ligado el correspondiente deber de información, el cual es uno de los elementos más importantes que configuran el criterio de la *lex artis* en el ámbito sanitario y cuya vulneración puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad patrimonial.

Tal y como lo expone LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA⁷², a la hora de cómo valorar el daño indemnizable ante la ausencia o error en el consentimiento informado surgen dos opciones:

- Resarcimiento de todo el daño final ocasionado.
- Resarcimiento de la pérdida de oportunidad de decisión.

En mi opinión, la segunda opción es la más acertada. La falta de determinada información provoca la pérdida de posibilidades de decidir acerca de someterse o no a una determinada intervención, pero una vez que dicha operación se ha realizado. Es decir, no podremos determinar *a posteriori* con una certeza absoluta si el perjudicado no se hubiera sometido a dicha intervención en caso de conocer la información omitida, cumpliéndose los requisitos que conforman la doctrina de pérdida de oportunidad.

⁷² LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER, "La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica", *Economist & Jurist*, 2011, p. 6.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

Son esenciales, a mi juicio⁷³, tres matizaciones a la hora de estudiar la aplicación de esta doctrina para estos supuestos:

- En primer lugar, de acuerdo con ASUA GONZÁLEZ⁷⁴, destacar que nos encontramos ante una pérdida de oportunidad “impropia”; es decir, lo que realmente se busca resarcir es la pérdida de oportunidad de decidir que en nada tiene que ver con la incertidumbre causal sino con la lesión de un derecho específico: el derecho a la autonomía decisoria de paciente.

Es muy clara a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000:

La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido (...).

Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables.

No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

- En segundo lugar, que exista un daño o perjuicio para la salud del paciente que sometió a una determinada intervención; incluso aunque ese daño se haya

⁷³ Sobre estas cuestiones existe una diversidad de criterios jurisprudenciales, así como un intenso debate doctrinal. Debido a la extensión y al objetivo principal de este trabajo, es imposible analizar todas las posturas existentes.

⁷⁴ ASUA GONZÁLEZ, CLARA, “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, p. 159.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

producido sin la existencia de una mala praxis, ya que la vulneración de la *lex artis* se produce con la ausencia del consentimiento informado.⁷⁵

Así lo establece, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009:

La Sala concluyó que no existió consentimiento informado y nadie cuestiona la ausencia de ese requisito esencial en la relación entre el paciente y el médico responsable del mismo. Partiendo de esa realidad conviene ahora, aunque sea brevemente, recordar la constante y reiterada doctrina de la Sala sobre esta cuestión en el sentido de que la falta de consentimiento constituye una mala praxis ad hoc pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial per se si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, así resulta a título de ejemplo de la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro. La Sentencia citada se hace eco de la anterior de la Sala de 26 de marzo de 2002 en la que expresamente se afirmó que "ante la falta de daño, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no parece relevante la ausencia o no del consentimiento informado, o la forma en que éste se prestara".

- Por último, que el daño final suponga la materialización del riesgo sobre el que no se ha informado.⁷⁶

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008:

En conclusión, conforme a lo anteriormente expuesto entendemos acreditado que la recurrente presentaba un cuadro que permitía distintas opciones no pudiendo calificar la cirugía practicada de absolutamente necesaria o ineludible, que dicha intervención presentaba un riesgo descrito del que la recurrente debió ser informada, y que sin embargo dicha información no le fue

⁷⁵ De esta forma se pronuncia GALÁN CORTÉS: “Estimamos que basta con que se produzca un daño, aun con pericia y técnica médica adecuadas, para que surja la obligación de indemnizar, si no ha mediado el consentimiento informado *ad hoc*, por cuanto es el propio riesgo típico, una vez materializado, el que, en puridad, debe ser considerado como daño.” GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Madrid, 2005.

⁷⁶ En este sentido afirma ARCOS VIEIRA: “El criterio de la asunción del riesgo no debe aplicarse sobre cualesquiera consecuencias desfavorables surgidas tras una intervención o tratamiento técnicamente correctos. (...) Contrariamente, el profesional solo debería asumir los riesgos negligentemente omitidos entre aquellos que forman parte de la información realmente debida aunque, como se verá, no está establecido con la suficiente claridad el límite de la información exigible.” ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, *Responsabilidad Sanitaria por incumplimiento del Deber de Información al Paciente*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 88

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

proporcionada, materializándose dicho riesgo que por no haber sido por ella asumido, ni inevitable, no tiene el deber jurídico de soportar, debiendo declarar por ello el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños debidamente acreditados mediante la documental médica obrante en autos no cuestionada de contrario.

En síntesis, a mi juicio la falta de consentimiento informado en relación a un determinado riesgo que acaba materializándose, ha de encuadrarse en la doctrina de la pérdida de oportunidad, aunque con un significado algo distinto respecto al que se ha analizado en los epígrafes anteriores. Es decir, el incumplimiento del deber de información afecta al derecho de autodeterminación del paciente en el sentido de privar al perjudicado de las posibilidades de elegir sobre el sometimiento a una operación, la elección de otras alternativas, etc.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

5.- Conclusiones

PRIMERA.- La teoría de la pérdida de oportunidad supone, a mi juicio, un poderoso instrumento al servicio de los abogados.

Como ya se ha analizado anteriormente, la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario cuenta con un requisito añadido: la *lex artis*. Y, en muchas ocasiones, demostrar su vulneración es, cuanto menos, complicado.

Esta dificultad probatoria se ve agravada con el crecimiento de la práctica de la denominada “medicina defensiva”, que consiste en la adopción por los profesionales de este sector de un exceso de medidas de seguridad para evitar cualquier tipo de responsabilidad y que se debe, en gran parte, al gran incremento en las reclamaciones en este ámbito.

Por lo tanto, en la mayoría de los supuestos nos encontraremos en la situación de no poder acreditar la existencia de una mala praxis médica por lo que, en principio, no existiría posibilidad de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, con la teoría de la pérdida de oportunidad nace un criterio alternativo para obtener una indemnización en los casos en los que existe una incertidumbre causal, atenuando la exigencia probatoria en este tipo de asuntos.

SEGUNDA.- Nos encontramos ante una figura jurídica que, desde sus orígenes jurisprudenciales a finales del siglo XIX en los ordenamientos jurídicos francés e inglés, se ha ido expandiendo progresivamente a un gran número de sistemas jurídicos de todo el mundo, entre los que se incluye el español.

De tal forma que, incluso, ha llegado a introducirse en ámbitos supranacionales como por ejemplo en el Derecho europeo.

Asimismo, su aplicación se ha ido propagando no solo entre diferentes Estados, sino también entre las diversas ramas que conforman el Derecho: incumplimiento contractual, derecho de daños, derecho sanitario, contratación pública, etc.

A pesar de todo ello, y concretamente en nuestro país, seguimos encontrándonos ante un criterio cuyo desarrollo continúa estando a cargo de la doctrina y la jurisprudencia sin que exista un reconocimiento legal, y cuya consecuencia más inmediata es la existencia de una jurisprudencia cada vez más amplia y casuística.

A mi juicio, la disparidad de criterios utilizados por las diferentes Salas de nuestro Tribunal Supremo a la hora de aplicar esta teoría en casos semejantes es esclarecedora de la anterior afirmación.

A nivel doctrinal nos encontramos ante el mismo problema al existir un gran número de controversias sobre sus elementos, incluso pudiendo encontrar autores que cuestionan su utilización por parte de los Tribunales.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

En definitiva, la creciente importancia de esta doctrina implica la necesidad de un desarrollo apropiado por parte de nuestro legislador a fin de evitar una inseguridad jurídica que, de momento, caracteriza su aplicación en la práctica jurídica.

TERCERA.- De una forma más específica, en el ámbito sanitario nos encontramos con varios aspectos problemáticos en relación a esta teoría.

A falta de un criterio jurisprudencial consolidado, existen dos problemas esenciales sobre los que la doctrina aún no se ha puesto de acuerdo: el grado de expectativas necesario para su aplicación y la forma de establecer el *quantum* indemnizatorio.

Respecto al primero de ellos, en mi opinión es necesario establecer unos límites máximos y mínimos respecto a las posibilidades de curación o mejoría entre los cuales sería de aplicación esta doctrina. En otras palabras, por encima del umbral máximo se daría por cierta la relación de causalidad indemnizando la totalidad del daño; sin embargo, por debajo del umbral mínimo se consideraría la inexistencia del nexo causal y no se otorgaría indemnización alguna. Sin embargo, existe un sector doctrinal respaldado por algunos pronunciamientos judiciales que considera que aunque existan unas probabilidades ínfimas ha de concederse una indemnización.

En relación al segundo dilema, a mi juicio la forma más adecuada de establecer la cuantía de la indemnización sería aplicar el porcentaje de expectativas perdidas a la cantidad que correspondería por el daño final. No obstante, encontramos numerosas sentencias que establecen la indemnización de una manera discrecional sin tener en cuenta dicho porcentaje.

En síntesis, a falta de una regulación normativa sobre estos dos aspectos, es necesaria la unificación de los criterios jurisprudenciales existentes ya que, a mi parecer, se trata de los dos elementos más importantes para la aplicación correcta de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

6.- Bibliografía.

ARCOS VIEIRA, MARÍA LUISA, *Responsabilidad Sanitaria por incumplimiento del Deber de Información al Paciente*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 88

ASENSÍ PALLARÉS, EDUARDO y CID-LUNA CLARES, IÑIGO, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.8, 2013.

ASUA GONZÁLEZ, CLARA, “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013.

ASUA GONZÁLEZ, CLARA, *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 92.

BLÁS ORBÁN, CARMEN, “Contagio transfusional de VHC. Reflexiones sobre la previsibilidad del daño.”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2008.

BORREL MESTRE, JOAQUÍN, “El derecho a la salud. Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos médicos”, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 33, 2014.

CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DOLORES, “Responsabilidad de la administración sanitaria por la actuación de profesionales de la Medicina”, *Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria*, La Ley, 2014.

COBO OLIVERA, TOMÁS, “Artículo 139. Principios de responsabilidad.”, *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2008.

DE FUENTES BARDAJÍ, JOAQUÍN, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Navarra, 2009.

DESDENTADO DAROCA, EVA, “Reflexiones sobre el art. 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.108, 2000.

DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *Indret*, 2008.

GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Responsabilidad Civil. Aspectos Fundamentales*, Sepín, Madrid, 2007.

GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Madrid, 2005.

GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas*, núm. 45-46, 2015.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

GALLARDO CASTILLO, MARÍA JESÚS, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1993.

GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Guía Práctica de Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, 2013.

GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, 2012.

LÓPEZ MENUENDO, FRANCISCO, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del proceso. Un paso adelante en la definición del sistema”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2000.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER, “La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica”, *Economist & Jurist*, 2011.

LUNA YERGA, ÁLVARO, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria”, *Indret*, 2005.

MARTÍN REBOLLO, LUIS, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 2000.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, La Ley, 2014.

MEDINA ALCOZ, LUIS, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, 2009.

MEDINA ALCOZ, LUIS, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Navarra, 2007.

MONTAÑÉS CASTILLO, LOURDES YOLANDA, “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, 2011.

PAÑOS PÉREZ, ALBA, “Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life”, La Ley, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PITA BRONCANO, CARMEN PIEDAD, “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº24, 2006.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La doctrina de la pérdida de oportunidad.

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRÍES, SANTIAGO, “Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial”, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.