

**LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA
PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA**

**THE IMPLEMENTATION OF THE DOCTRINE
OF LOSS OF CHANCE IN THE FIELD OF
THE HEALTHCARE PATRIMONIAL
RESPONSIBILITY**

ANDREA GARCÍA FERNÁNDEZ

SUMARIO

- I. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.
 - 1. **Origen de la doctrina.**
 - 2. **Fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad.**
 - 3. **Definición jurisprudencial de la pérdida de oportunidad.**
 - 4. **Características de la doctrina.**
 - 5. **Relación *lex artis* y pérdida de oportunidad.**
 - 6. **La indemnización por pérdida de oportunidad.**
- II. SUPUESTOS HABITUALES DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.
 - 1. **Wrongful birth and wrongful life.**
 - 1.1. Concepto.
 - 1.2. El daño indemnizable.
 - 1.3. La prueba del nexo causal.
 - 1.4. Error o retraso en el diagnóstico.
 - 1.5. Error en el diagnóstico.
- III. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD FRENTE A LAS RECLAMACIONES POR COVID.

Resumen: Con motivo de nuestra reciente actualidad marcada por una pandemia mundial, y como consecuencia de la creciente importancia de la responsabilidad

patrimonial por asistencia sanitaria, uno de los temas más controvertidos actualmente y debatidos en nuestros tribunales es la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este contexto, resulta relevante analizar cuáles pueden ser estas posibles responsabilidades. El presente trabajo desarrolla la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los casos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. La pérdida de oportunidad es una teoría de origen doctrinal cuya aplicación se ha incrementado en los últimos años por los tribunales españoles. El objeto de este trabajo es estudiar el origen y las principales características de esta teoría. Además, se estudiará su aplicación por nuestros tribunales y los posibles problemas de su aplicación. Por último, se estudiarán los casos más habituales a los que se aplica esa teoría incluyendo su posible aplicación en las futuras reclamaciones por la gestión de la pandemia.

Abstract: Due to our current situation affected by a global pandemic, and as a result of the growing importance of the patrimonial responsibility in healthcare, one of the most controversial and discussed issues in our courts is the patrimonial responsibility of the Administration. In this context, it seems relevant to analyse which can be such possible responsibilities. The present study aims at analysing the application of the Doctrine of Loss of Chance in cases of patrimonial responsibility of the Public Administration in the healthcare field. The Loss of Chance is a theory with doctrinal origins which has been increasingly implemented by the Spanish courts in the last few years. The purpose of this piece of work is to examine the origins and main characteristics of this theory. Moreover, its application by our courts and its possible implementation issues will be studied. Lastly, the most usual cases to which this theory is applied –including its possible implementation in future complaints owing to the management of the pandemic.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial, ámbito sanitario, pérdida de oportunidad.

Keywords: *Patrimonial responsibility, health field, loss of chance.*

I. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Origen de la doctrina

Del mismo modo que resulta de interés conocer la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que nos permite conocer las características fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, resulta relevante conocer cuál ha sido la evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad dentro de este sistema específico de responsabilidad patrimonial.

En nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina de la pérdida de oportunidad se viene aplicando por los tribunales de justicia desde los años cincuenta, en asuntos

de responsabilidad civil profesional del abogado, y desde los años ochenta, en asuntos de responsabilidad médica¹.

La aplicación de la doctrina, aun careciendo esta última de mención expresa en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial, viene siendo admitida tanto por los tribunales contenciosos como por la propia Sala tercera del Tribunal Supremo como criterio para reducir las exigencias sobre la existencia del nexo de causalidad como requisito esencial para poder reconocer la responsabilidad.

Si bien es la jurisdicción contenciosa el sector del ordenamiento donde podemos encontrar con gran facilidad menciones a esta doctrina, en concreto, en las resoluciones sobre reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la primera sentencia del Tribunal Supremo en la que se aplicó la pérdida de oportunidad fue una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto, la Sentencia 5788/1998, de 10 de octubre de 1998².

Esta primera Sentencia resolvió la reclamación de un trabajador que sufrió la amputación de su mano derecha al poner en marcha una máquina que manipulaba en aquel momento. El reimplante al que tuvo que ser sometido finalmente fracasó, no sólo por la actuación de la ATS que le atendía, actuación que no fue del todo diligente en relación a las circunstancias concretas del caso, sino también por el estado en el que llegó al hospital el segmento amputado. Por ello, esta Sentencia estimó que “(...) *no puede imputarse responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, (...), se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*”.

En lo que se refiere a la jurisdicción contenciosa, la primera sentencia que se refiere a la pérdida de oportunidad fue dictada por la AN el 13 de noviembre de 2002. En esta Sentencia se admitió por primera vez la resarcibilidad de la oportunidad de curación o supervivencia³.

El origen de esta doctrina se sitúa entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en los sistemas jurídicos francés e inglés⁴. Si bien la doctrina francesa afirma como suya la doctrina de la pérdida de oportunidad, son varios los ordenamientos jurídicos que la desarrollaron inicialmente, pudiendo encontrar aplicaciones

1. ASENSI PALLARÉS, E., CID-LUNA CLARES, I., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º 8, 2013, 228-239, p. 229.

2. Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 5788/1998, de 10 de octubre de 1998, rec. 1496/1994.

3. ALCOZ MEDINA, L., “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*, vol. 30, 2009, p. 41.

4. ASENSI PALLARÉS, I., CID-LUNA CLARES, I., *cit.*, pp. 229-230.

de esta doctrina tanto por los Tribunales británicos como los norteamericanos⁵. En Francia, las primeras aplicaciones de esta doctrina estaban relacionadas con negligencias de profesionales forenses, y aunque algunos sistemas jurídicos, como el sistema norteamericano en el que sí existe un cuerpo doctrinal desarrollado sobre pérdida de oportunidad, utilizan esta doctrina sólo en materia sanitaria, lo habitual es que se aplique también en otros asuntos sobre incertidumbre causal. Así, la pérdida de oportunidad también se reconoce en el ámbito de la contratación pública. En este supuesto, la oportunidad perdida se identifica con las posibilidades reales del licitador de haber obtenido una posibilidad real de resultar finalmente beneficiado en la adjudicación. Al igual que ocurre en el ámbito sanitario, se exige que las posibilidades frustradas de haber resultado beneficiario el licitador fueran reales, es decir, que al menos hubiera cumplido con los objetivos fijados en la licitación y se hubiera presentado una oferta de manera válida y conforme a la ley.

Esta doctrina acogida finalmente en nuestro ordenamiento ha jugado un papel fundamental en el desarrollo de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial por daños en asistencia médica. Si bien los avances más significativos que ha experimentado la doctrina se han producido a raíz de sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo tanto de los diferentes TSJ, la AN y el TS. En sus inicios, la doctrina se vinculaba de manera estricta como un criterio de reducción de la exigencia del nexo causal, si bien con el desarrollo de la misma se ha ido vinculado progresivamente al elemento de la antijuricidad del daño en supuestos en los que se da una infracción de la *lex artis*, ampliando progresivamente su ámbito de aplicación a otros sectores que nada tienen que ver con el campo sanitario, y alcanzando una notoria relevancia en nuestro ordenamiento jurídico al constituirse como una solución ante la incertidumbre causal, imponiendo una nueva tendencia en nuestra jurisprudencia que reconoce la relatividad del conocimiento humano para reparar ciertos daños aún sin alcanzar la certeza sobre la prueba del nexo causal⁶.

2. Fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad

En este punto procede mencionar que cuando nos movemos en el ámbito de la asistencia sanitaria no podemos obviar que la medicina se ha definido siempre como una ciencia inexacta, marcada por una imprecisión de la que derivan en cada caso concreto diversas dificultades probatorias. En este sentido, como bien recoge la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 116/2017, de 1 de enero de 2017⁷, nuestra condición humana se encuentra sometida a eventos como la enfermedad o la muerte, inevitables incluso por el actuar de los profesionales empleando la mayor diligencia posible. No se puede llegar a una excesiva

5. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 47, 2009, pp. 118-130, p. 115.

6. ALCOZ MEDINA, L., “Hacia una nueva teoría de la responsabilidad patrimonial..”, p. 40.

7. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 116/2017, de 1 de enero de 2017, rec. 231/2015.

objetivación del funcionamiento del sistema sanitario ya que esto provocaría la inhibición de los profesionales, como bien acoge la citada Sentencia, *“el responsabilizarse como consecuencia de su simple actuar profesional, sin consideración alguna de si su actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear supondría cercenar su actuar, pues lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general (...)”*.

En efecto, esta doctrina viene a resolver inicialmente un problema de prueba del nexo causal entre dos fenómenos: concretamente, el problema que deriva de la imposibilidad de acreditar tal nexo causal entre una conducta potencialmente responsable y la existencia de un daño que da lugar a indemnización⁸. En este sentido, la doctrina de la pérdida de oportunidad colisiona frontalmente con las tradicionales reglas sobre la prueba del nexo causal, conforme a las cuales para que surja el deber de indemnizar es necesario probar la existencia del nexo causal. Estas reglas responden a lo que en el ámbito de la causalidad se conoce como la regla “del todo o nada”.

Así, actualmente podemos encontrar numerosas sentencias que admiten esta doctrina y la aplican directamente como un criterio que permite reducir las exigencias del nexo causal único y exclusivo. En esta línea, la Sentencia del TSJ de Cantabria 385/2012, de 6 de marzo de 2012⁹ declara que *“nuestra jurisprudencia ha llegado a perfilar, en cierta medida, uno de los elementos más complejos de la responsabilidad de la Administración; nos estamos refiriendo a la relación de causalidad, si bien en una primera etapa era una exigencia ineludible la existencia de una sola causa y ésa siempre imputable a un ente público, en la actualidad, con indudable acierto, la jurisprudencia ha venido analizando la presencia de causas concurrentes o incidentales en la producción del daño que moderan proporcionalmente la responsabilidad de la Administración”*.

3. Definición jurisprudencial de la pérdida de oportunidad

Siendo la pérdida de oportunidad una teoría jurídica de naturaleza jurisprudencial, no sorprende que hayan sido los diversos pronunciamientos de los tribunales los que nos hayan ido ofreciendo una definición de este concepto que actualmente sigue careciendo de una definición exacta en la ley. En este sentido, un concepto general de la doctrina en la jurisprudencia lo encontramos en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo 8109/2012, de 3 de diciembre de 2012¹⁰, la cual define la doctrina como *“una figura alternativa a la lex artis que permite una respuesta*

8. VIEIRA ARCO, M. L., “La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿Un supuesto de ‘pérdida de oportunidad’?”, *Revista IBERC*, n.º 3, 2020, pp. 101-124, p. 112.

9. Sentencia del TSJ de Cantabria 385/2012, de 6 de marzo de 2012, rec. 19/2006.

10. Sentencia del Tribunal Supremo 8109/2012, de 3 de diciembre de 2012, rec. 815/2012.

indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico en los casos en que tal quiebra no existe”.

La idea de pérdida de oportunidad que aporta esta sentencia, citada con gran frecuencia en otras sentencias tanto del Tribunal Supremo como de otros tribunales, se mantiene en los sucesivos pronunciamientos que resuelven este tipo de resoluciones. Así, por ejemplo, en otras Sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo 4697/2012, de 3 de julio de 2012¹¹ define la pérdida de oportunidad como “*una figura alternativa a la lex artis que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente*”. De igual modo, y partiendo de esa idea, la Sentencia del TS 1096/2018, de 20 de marzo de 2018¹² la define como una figura alternativa a la *lex artis* que “*permite una respuesta indemnizatoria en los casos en los que tal quiebra no se ha producido, y no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio*”, configurándose así como un supuesto intermedio a la vulneración de la citada *lex artis*.

Por su parte, algunos autores han ido definiendo en sus obras la doctrina de la pérdida de oportunidad. Así, LUIS MEDINA ALCOZ define esta última como “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 de unas expectativas con las que contaba”¹³.

Esta teoría debe vincularse dentro de la estructura general de la responsabilidad patrimonial de la AP, dentro del nexo causal, y aplicarse en aquellos supuestos en los que no se pueda apreciar con certeza la conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado. Como bien declara la jurisprudencia¹⁴, los supuestos que se pueden encuadrar la doctrina de la pérdida de oportunidad son supuestos intermedios que se ocasionan cuando producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado.

4. Características de la doctrina

Esta teoría permite al perjudicado demostrar, en aquellos supuestos en los que haya una alta de prueba del nexo causal, que tenía posibilidades serias y reales de obtener una ventaja, mejoría o supervivencia de no haber intervenido el hecho ilícito. Por lo tanto, lo que está claro es que el ámbito de aplicación de la doctrina es la

11. Sentencia del Tribunal Supremo 4697/2012, de 3 de julio de 2012, rec. 6787/2010.

12. Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2018, de 20 de marzo de 2018, rec. 2820/2016.

13. MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil y contractual.”, p. 47.

14. Sentencia del TSJ de Asturias 268/2022.

incertidumbre causal, teniendo que ser ésta una incertidumbre estricta, irreversible e intrínseca para poder alcanzar una indemnización a través de este medio. Así, la incertidumbre constituye el núcleo de la doctrina de la pérdida de oportunidad, ya que es la que impide concluir con certeza que las cosas hubieran ido mejor para el interesado si la negligencia no se hubiera producido¹⁵.

Por incertidumbre estricta se tiene que entender que las probabilidades de obtener una ventaja eran serías, no meramente hipotéticas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 2289/2016, de 25 de mayo de 2016¹⁶, declara que *“la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o especial, ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética”*. Por irreversible, se refiere a una frustración definitiva de las expectativas del perjudicado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 3890/2008, de 7 de julio de 2008, detalla el término de expectativas, debiendo entender en este caso concreto por expectativas como *“la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le hurtó la ocasión de eludir las secuelas, (...) habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, y en definitiva, para su vida”*. Por último, precisar que la idea de una incertidumbre intrínseca alude a la idea de que no sea la propia víctima quien propicie la falta de certeza¹⁷.

5. Relación *lex artis* y pérdida de oportunidad

Si bien es indiscutible por la doctrina la aceptación de la aplicación del criterio de la *lex artis* como requisito para admitir la responsabilidad de la Administración en el ámbito de la asistencia médica y del mismo modo, nuestros tribunales han venido admitiendo la aplicación de la doctrina de la pérdida como criterio para reducir las exigencias respecto al criterio de la existencia de un nexo causal, no parece que haya un acuerdo unánime sobre la concurrencia de ambas figuras en un mismo supuesto. Esto se debe, entre otros motivos, a que ambas figuras se relacionan con elementos diferentes de la responsabilidad patrimonial. Así, mientras que la vulneración de la *lex artis* se relaciona con la antijuricidad de la lesión, la pérdida de oportunidad es una construcción doctrinal estrechamente vinculada a la prueba del nexo causal. Por ello, no es de extrañar que algunas sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo 5177/2012, de 17 de julio de 2012¹⁸, nieguen la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por falta de anormalidad en el funcionamiento de los servicios sanitarios, afirmando que se pueda reconocer la existencia de una pérdida

15. VIEIRA ARCOS, M. L., “La privación de la facultad..”, p. 116.

16. Sentencia del Tribunal Supremo 2289/2016, de 25 de mayo de 2016, rec. 2396/2014.

17. MEDINA ALCOZ, L., p. 52.

18. Sentencia del Tribunal Supremo 5177/2012, de 17 de julio de 2012, rec. 5334/2011.

de oportunidad de deberá probar una evidente mala *praxis* o una actuación contraria a protocolo que evidencie una actuación médica incorrecta o en la que se omitieron medios disponibles y necesarios.

En cambio, en otras sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo 6659/2011, de 13 de octubre de 2011¹⁹, si admiten la aplicación de la pérdida de oportunidad en aquellos supuestos en los que pese a no apreciarse una clara y evidente quiebra de la *lex artis*, si es posible hablar de una falta de negligencia que podría haber llegado a evitar el resultado dañoso.

No obstante, pese a no haber unanimidad sobre la concurrencia simultánea de estas figuras, en lo que se refiere a la hora de fijar la indemnización oportuna en cada caso, y como se analizará más adelante en el presente trabajo, el Tribunal Supremo sí se ha pronunciado sobre los límites indemnizatorios en estos casos en los que coexisten ambas figuras.

6. La indemnización por pérdida de oportunidad

Son numerosas las Sentencias que exponen en sus fundamentos las peculiaridades del régimen indemnizatorio en los supuestos de pérdida de oportunidad. Así, entre muchas otras, la ya citada Sentencia del TSJ de Asturias 268/2022, de 7 de febrero de 2022, expone entre sus fundamentos jurídicos la idea de que en aquellos supuestos en los que se aprecia una pérdida de oportunidad el daño indemnizable no se corresponde con el daño material sino con la incertidumbre sobre el daño finalmente producido de haber sido otro el funcionamiento del servicio público o de haber actuado de distinta manera a la que se hizo.

Es decir, con carácter general, en los supuestos en los que se indemniza por pérdida de oportunidad, la indemnización es en concepto de daño moral y tal indemnización no se deberá calcular por las lesiones o secuelas sufridas, sino que se deberá reducir la indemnización según la probabilidad de que el daño sufrido por el recurrente se habría producido igualmente de haber recibido el tratamiento.

A la hora de fijar la indemnización, como bien declara la Sentencia del Tribunal Supremo 1546/2018, de 24 de abril de 2018²⁰, la indemnización no se debe fijar en relación a los resultados de la asistencia médica, sino que la indemnización se fijará atendiendo a la incertidumbre sobre las posibilidades de que la actuación médica hubiera podido mejorar el estado de salud o las probabilidades de supervivencia del paciente. En la pérdida de oportunidad se indemniza en concepto de daño moral, cuyo resarcimiento presenta una especial dificultad con motivo del carácter afectivo que caracteriza este tipo de daños. Para ello, la jurisprudencia, de manera reiterada, expone que en el ámbito de la asistencia sanitaria, se debe valorar el tipo de

19. Sentencia del Tribunal Supremo 6659/2011, de 13 de octubre de 2011, rec. 4895/2007.

20. Sentencia del Tribunal Supremo 1546/2018, de 24 de abril de 2018, rec. 447/2016.

asistencia, es decir, si se trata de una asistencia necesaria, curativa u opcional, el previo estado de salud del paciente, el porcentaje de posibilidad de producción del riesgo, la trascendencia práctica del defecto en relación al resultado, la edad del paciente o las repercusiones personales y económicas de las lesiones sufridas para su vida futura.

En este tipo de supuestos, la inexistencia de porcentajes de probabilidades de haber presentado una evolución o mejoría impide hacer una valoración económica con arreglo a parámetros objetivos o tablas, lo que conduce a que se valore en atención a cifras razonables. Normalmente, lo que procede es fijar una cantidad a tanto alzado en concepto de daños morales, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes objetivas y subjetivas. A su vez, siguiendo en el ámbito de la asistencia sanitaria, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, habrá que valorar si junto con la pérdida de oportunidad se ha producido una infracción de la *lex artis ad hoc*.

Así, como se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo 6418/2011, de 10 de octubre de 2011²¹, en los casos en los que se demuestre infracción de la *lex artis* al configurarse la pérdida de oportunidad como una figura alternativa de este criterio, para fijar la indemnización se atenderá a la vulneración de la *lex artis* y no a la pérdida de oportunidad, de modo que, se tenderá a la reparación integral del daño.

Por otro lado, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este tipo de indemnizaciones, algunos autores, como MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO²², abogan por no considerar la indemnización en los supuestos de pérdida de oportunidad como un daño moral. Esta consideración parte de la idea de que un daño moral, no se puede calcular ni directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias mientras que un daño patrimonial, aunque sea de carácter incierto, podrá ponderarse mediante referencias pecuniarias. Además, el daño moral deberá ser en todo caso objeto de compensación, la pérdida de oportunidad se mueve en una horquilla entre alcanzar a fijar una indemnización equivalente al valor reclamado si se dan los requisitos necesarios hasta la negación de toda indemnización en caso no demostrar la concurrencia de incertidumbre sobre la posibilidad del resultado, y subsumir el daño moral de forma automática como una oportunidad perdida podrá conducir a una aplicación excesiva de tal concepto.

Tampoco considera acertado la consideración de la pérdida de oportunidad como lucro cesante, ya que uno de los elementos que permite hablar de pérdida de oportunidad es la concurrencia de una situación irreversible en la que han quedado definitiva e irremediamente truncadas ciertas expectativas de mejoría o curación, indemnizando por la pérdida de unos beneficios sobre los que no existe certeza de

21. Sentencia del Tribunal Supremo 6418/2011, de 10 de octubre de 2011, rec. 3056/2008.

22. GALLARDO CASTILLO, M. J., "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria. La doctrina de la pérdida de oportunidad", *Revista aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, pp. 25-30.

su obtención, mientras que en el lucro cesante se indemniza por unos beneficios que de forma ordinaria se podrían haber obtenido. Así, en la mayoría de los procesos en los que se acredita una pérdida de oportunidad, el reclamante ve reducida la cuantía de la indemnización solicitada en atención a que las probabilidades de que el daño finalmente sufrido se hubiera producido igualmente.

II. SUPUESTOS HABITUALES DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Wrongful birth and wrongful life

1.1. Concepto

Si bien el desarrollo de la técnica y de la ciencia médica ha hecho posible determinar la existencia de ciertas anomalías o deficiencias en un feto antes de que éste nazca, progresivamente se han ido sucediendo, tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa, reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante el nacimiento de hijos con ciertas anomalías que, si bien pudieron ser detectadas durante el embarazo, por diversas circunstancias no lo fueron. Este tipo de acciones, se conocen por su terminología norteamericana, de donde proceden, como acciones de *WRONGFUL BIRTH* y *WRONGFUL LIFE*²³.

Ambos conceptos se corresponden con un tipo de reclamaciones que comparten un mismo denominador común: Ambas acciones constituyen un tipo de reclamaciones planteadas ante el nacimiento de una persona con discapacidades o enfermedades congénitas, que, pudiendo haberlo sido, no fueron informadas a la madre a tiempo para que esta pudiera libremente optar entre continuar o interrumpir el embarazo²⁴. Por el contrario, ambas figuras se diferencian en la legitimación activa, ya que en las acciones de *WRONGFUL BIRTH* la legitimación corresponde a los padres del niño mientras que en segundo tipo de acción es el propio niño quien plantea la reclamación.

Del mismo modo, existe una diferencia entre la jurisdicción civil y la contenciosa. Mientras que en la primera la relación de causalidad entre la diligencia del diagnóstico y el daño surge con independencia de la hipotética decisión de la madre respecto del aborto, en la jurisdicción contenciosa se invierte la carga de la prueba, de tal forma que corresponde a la Administración probar que la gestante no hubiera abortado. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 8332/2077, de 5 de diciembre de 2007, entre otras, establece que “*Ante el supuesto de los denominados*

23. ELIZARI URTASUN, L., “El daño en las acciones de *WRONGFUL BIRTH* y *WRONGFUL LIFE*”, *Extraordinario XVIII Congreso*, vol. 19, 2019, p. 139.

24. VIEIRA ARCOS, M. L., “La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿Un supuesto de ‘pérdida de oportunidad’?”, *Revista IBERC*, pp. 101-124, p. 103.

en el derecho anglosajón WRONGFUL BIRTH o de ‘nacimiento evitable’, es preciso señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen para la prosperidad de la reclamación, (...), la existencia en autos de prueba de la cual puede inferirse que, de haber conocido la gestante la malformación del feto, hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo ya que, caso contrario, no podrá afirmarse la relación directa entre la falta de información médica y el que aquella no hubiese optado por dicha interrupción”²⁵.

1.2. El daño indemnizable

En estos supuestos el daño se corresponde con el retraso negligente que se da en la prestación de la asistencia recibida y que directamente conlleva a una privación de la madre de la posibilidad de decidir sobre el embarazo junto con la posibilidad frustrada de tener una alternativa a la vida actual diferente a la que dispone el niño finalmente nacido. Pese a ello, no existe unanimidad en la doctrina sobre la vinculación de la pérdida de oportunidad con estas acciones. Entre otros motivos, algunos autores señalan que la inclusión de estas acciones en los supuestos de pérdida de oportunidad constituye un desbordamiento de la doctrina y un error en la vinculación de estas acciones no con la causalidad, sino con la *lex artis*²⁶. Del lado contrario, los autores que se posicionan a favor de estas acciones consideran que son dos los elementos que precisamente justifican la inclusión de estos supuestos en la teoría de la pérdida de oportunidad: la pérdida de oportunidad sobre la decisión de un posible aborto y la vulneración de la *lex artis* al producirse un error o retraso en el diagnóstico, o incluso una falta de información a los padres que afecta directamente a su decisión sobre la continuación del embarazo²⁷.

En relación con el daño indemnizable en este tipo de acciones es importante señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a la jurisprudencia en esta materia, no se puede considerar que el nacimiento de un hijo en sí mismo pueda alcanzar la consideración de daño, independientemente de si el niño nace sano o enfermo. Algunas Sentencias, entre muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo 2494/2015, de 19 de mayo de 2015²⁸, declaran que “*el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño (...), no hay nacimiento equivocado o lesivo, pues el artículo 15 de la CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida*”.

25. Sentencia del TS 8332/2007, de 5 de diciembre de 2007, rec. 92/2007.

26. VIEIRA ARCOS, M. L., “La privación de la facultad de decidir...”, *cit.*, p. 118.

27. GALLARDO CASTILLO, M. J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, p. 45.

28. Sentencia del Tribunal Supremo 2494/2015, de 19 de mayo de 2015, rec. 4397/2010.

En este sentido, nuestra doctrina y jurisprudencia lo que entiende que lesiona el derecho fundamental de la dignidad proclamado en el artículo 15 de la CE²⁹ y³⁰ no es el nacimiento en sí, sino la actuación del embarazo, lo que lesiona su facultad de autodeterminación y precisamente esta facultad de autodeterminación es lo que manifiesta el derecho a la dignidad como valor inherente a la persona conforme a la doctrina del TC.

Siguiendo esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 8169/2005, de 4 de noviembre de 2005³¹ declara que en estos supuestos “*lo lesionado fue una manifestación de la voluntad de autodeterminación de la persona ligada al principio de dignidad como es la información para ejercer sus propias autodeterminaciones*”.

Respecto a la indemnización, si bien en estos supuestos se indemniza en concepto de daño moral, en ocasiones, los tribunales estiman declarar la indemnización por las lesiones puramente económicas consistentes en el notablemente mayor coste que conlleva la crianza de los hijos nacidos con determinadas lesiones o anomalías. Conforme a este criterio, la Sentencia del Tribunal Supremo 5899/2008, de 4 de noviembre de 2008³² declaró que “*los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales, pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, se entiende que puede haber daño*”.

1.3. La prueba del nexo causal

En el ámbito de las acciones por *WRONGFUL BIRTH* se hace especialmente complicado en algunos supuestos alcanzar a probar con certeza la existencia del nexo causal. Esto es así porque en este tipo de acciones la prueba del nexo causal está relacionada con la decisión de la mujer respecto a la continuación de su embarazo, es decir, con su voluntad interna, la cual es prácticamente imposible de demostrar a través de las leyes de la lógica y la causalidad.

Así, pese a que lógicamente no toda mujer que no hubiere sido informada conforme a la *lex artis* sobre las anomalías que pudiera presentar el feto, no hubiera tomado la decisión de interrumpir su embarazo, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de presunciones en relación al riesgo y a la fiabilidad de las pruebas médicas a las que la paciente se hubiera sometido, para facilitar la prueba del nexo causal en estos supuestos y poder estimar las eventuales indemnizaciones

29. El artículo 15 de la CE que dispone lo siguiente: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”.

30. Sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

31. Sentencia del Tribunal Supremo 8169/2005, de 4 de noviembre de 2005, rec. 5377/2001.

32. Sentencia del Tribunal Supremo 5899/2008, de 4 de noviembre de 2008, rec. 4936/2004.

que procedieran cuando se declarase responsable a la Administración por la asistencia médica prestada. Partiendo de la idea de que cuando una mujer se somete a una prueba prenatal lo hace con la finalidad de poder conocer el estado del feto y actuar en consecuencia, lógicamente no todas las pruebas son de la misma naturaleza ni conllevan los mismos riesgos. De tal manera que, con carácter general, se entiende que aquellas pruebas diagnósticas que presentan un mayor margen de error y no comprenden riesgo alguno, salvo prueba en contrario, no son suficientes para alcanzar una indemnización. Del mismo modo, jurisprudencialmente se ha establecido una especie de presunción *iuris et de iure* de que si la madre pide una indemnización en estos supuestos, habría llegado a abortar de haber conocido la patología del feto³³.

1.4. Error o retraso en el diagnóstico

En esta categoría se incluyen todos aquellos supuestos en los que en un determinado momento no se realiza un diagnóstico o este se realiza, pero de manera defectuosa o tardía. Así, una vez producido el daño, se determina que si se hubiera realizado el diagnóstico desde un primer momento o se hubiera realizado un diagnóstico distinto al que se hizo, las probabilidades de mejora o supervivencia del paciente hubieran sido mayores, dándose por tanto una pérdida de expectativas sobre la curación, mejoría o supervivencia del paciente. El supuesto típico en el que cabe hablar de pérdida de oportunidad en estos casos es aquel supuesto en el que en un determinado momento a un paciente no se le llega a realizar una prueba médica, por ejemplo, una resonancia magnética, o bien, se decide aplazar la consulta con un determinado especialista.

1.5. Error en el diagnóstico

La jurisprudencia declara que un diagnóstico médico no es en ningún caso un dictamen sino una opinión sobre la que se anuda un tratamiento conforme al criterio de quien lo emite y que, por ello, no puede garantizar automáticamente el resultado que se espera. Un error en el mismo puede acarrear graves consecuencias para el paciente, llegando a provocar incluso la muerte. No obstante, la jurisprudencia señala que para que el error en el diagnóstico sea generador de responsabilidad, es necesario que, atendidas las circunstancias del caso, y en particular, el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitará alguna oportunidad de curación. El error o retraso en el diagnóstico constituye un supuesto de mala praxis y para

33. DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, V. T., “Responsabilidad por nacimiento evitable (*‘WRONG-FUL BIRTH’*) y discapacidad”, *Revista de Administración Pública*, n.º 203, 2017, pp. 89-136, p. 114.

que pueda generar responsabilidad a la Administración es necesario que como consecuencia de este no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible conforme a los protocolos aplicables.

En lo que se refiere al diagnóstico tardío, se debe partir de la idea de que no toda detección de una enfermedad en un momento avanzado de su desarrollo se puede considerar en sí un diagnóstico tardío³⁴. De nuevo, para que el diagnóstico tardío pueda ser indemnizable, hay que partir de la base de que sólo será exigible la detección de la patología a partir del momento que sea diagnosticable conforme al estado de la ciencia del momento y las pruebas médicas disponibles.

Un ejemplo de este supuesto en el que se indemniza por pérdida de oportunidad lo encontramos en la Sentencia del TS 352/2018, de 6 de febrero de 2018³⁵. En este caso, al recurrente no se le llegó a detectar a tiempo la enfermedad que padecía por no haber realizado en su momento una prueba médica con la que, en atención a los resultados que arrojarase, se le podría haber fijado un tratamiento adecuado que evitase la evolución de su enfermedad. En la Sentencia, el Alto Tribunal, que finalmente estimó el recurso del reclamante, declaró que *“el presente caso se corresponde con un supuesto de pérdida de oportunidad porque de haberse realizado un diagnóstico más acorde con los síntomas que ofrecía el paciente, se hubiese remitido a un centro donde pudieron haber detectado con más antelación el empiema, (...), y se hubiera procedido con mayor prontitud a realizar la intervención que finalmente fue necesario practicar; existe una alta probabilidad de que el resultado de gran invalidez no hubiera llegado a producirse”*.

Así, en estos supuestos, la indemnización se fijará, como bien establece la reiterada jurisprudencia, según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso. Siendo más cercana en determinados supuestos la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las probabilidades de curación si no se hubiese producido una pérdida de oportunidad, y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades³⁶.

Por último, cabe mencionar que un ámbito en el que se ha producido un aumento de las reclamaciones por pérdida de oportunidad asistencial con motivo de la especial dificultad para establecer la relación de causalidad con certeza es el ámbito de los diagnósticos y tratamientos oncológicos. No obstante, la elevada litigiosidad de pérdida de oportunidad en este ámbito no implica que haya más sentencias condenatorias de por sí sino simplemente que se trata de un ámbito concreto de la asistencia sanitaria donde se aplica con mayor facilidad la pérdida de oportunidad por la alta incertidumbre que rodea este tipo de casos en la práctica médica.

34. AMTERIOS RAMOS, A., “Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad”, *RJUAM*, n.º 41, 2020, pp. 53-68, p. 54.

35. Sentencia del Tribunal Supremo 352/2018, de 6 de febrero de 2018, rec. 2302/2016.

36. Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2018, de 20 de marzo de 2018, rec. 2820/2016.

III. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD FRENTE A LAS RECLAMACIONES POR COVID

Es innegable el gran impacto que ha tenido la pandemia causada por el COVID-19 en nuestras vidas. La Administración Pública y especialmente, la administración sanitaria, no se escapa tampoco de los efectos de esta enorme crisis sanitaria. Por ello, y como consecuencia del colapso inicial que sufrió nuestro sistema sanitario en los momentos iniciales de la pandemia, y posteriormente, aunque de manera más eventual, durante los momentos en las que hubo un mayor número de contagios y hospitalizaciones, la Administración se vio obligada a suspender y aplazar tanto citas médicas ya programadas, como intervenciones quirúrgicas que no fueran de carácter urgente a un momento posterior por la situación de colapso sanitario. Si bien actualmente es incierto todavía el resultado en términos de salud pública que tendrán alguna de las medidas adoptadas por las administraciones y el gobierno, es bastante probable que con el tiempo se produzcan numerosas reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración precisamente por la ausencia de diagnósticos hechos a tiempo y la suspensión de determinadas pruebas, intervenciones y tratamientos. En este contexto, la pérdida de oportunidad puede ser la solución para conseguir que prosperen las eventuales reclamaciones que planteen aquellos pacientes que pudieron haber llegado a tener un diagnóstico más favorable y que, por el contrario, vieron truncadas sus expectativas de mejora o supervivencia como consecuencia de la gestión de la pandemia. Así, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad permitiría a los afectados obtener una indemnización, aunque sea de forma parcial, en sus reclamaciones frente a la imposibilidad de demostrar la causalidad entre la prestación médica recibida, afectada por la situación de colapso por el COVID, y el daño que finalmente hayan sufrido. Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico todavía no contamos con suficientes resoluciones firmes que hayan resuelto reclamaciones de responsabilidad por la gestión del Covid19 y en las que a su vez se haya aplicado la doctrina de oportunidad para reconocer las indemnizaciones correspondientes. En cambio, sí contamos con el precedente judicial de las resoluciones que resolvieron las reclamaciones por responsabilidad patrimonial por el virus de la Gripe A. Entre estas últimas, se encuentra la Sentencia del TSJ de Madrid 15911/2014, de 18 de diciembre de 2014³⁷, en la que si se aplicó la pérdida de oportunidad para estimar, si bien de forma parcial, la indemnización solicitada por una de los muchos afectados por este virus. En la citada sentencia, la parte actora alegaba que se había producido un diagnóstico erróneo y tardío de la enfermedad, tras haber acudido la víctima en múltiples ocasiones a urgencias, no se realizó la prueba de diagnóstico desde un primer momento. Esta prueba hubiera permitido diagnosticar la enfermedad a tiempo y junto a ello, administrar el tratamiento específico y oportuno para tratar el virus y poder haber alcanzado a evitar el fallecimiento de la víctima. A su vez,

37. Sentencia del TSJ de Madrid 15911/2014, de 18 de diciembre de 2012, rec. 1392/2012.

la parte actora versaba su reclamación en la errónea aplicación de los protocolos médicos existentes en aquel momento.

Del otro lado, la Administración demandada, en su defensa, alegada que todas las decisiones y actuaciones sanitarias llevadas a cabo, fueron realizadas en medio de una situación de incertidumbre causada por la nueva enfermedad, apoyándose en la cláusula relativa al estado de la ciencia y la técnica contenida en el artículo 34.1 de la LRJSP. Finalmente, el tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto reconociendo una indemnización a la parte actora en concepto de pérdida de oportunidad.

El razonamiento seguido por el tribunal en este caso nos ayuda a vaticinar el recorrido que puedan alcanzar las futuras reclamaciones de responsabilidad patrimonial relacionadas con la gestión de la pandemia por Covid19. Previsiblemente, los interesados en que se reconozca la responsabilidad de la Administración, optarán por la pérdida de oportunidad como mecanismo para alcanzar una indemnización por la pérdida de unas expectativas de mejora o supervivencia en medio de la completa situación de incertidumbre generada por la pandemia, mientras que las Administraciones tratarán de justificar sus decisiones y actuaciones en el correcto ajuste de las mismas conforme al estado de la ciencia y de la técnica, en especial, en los peores momentos de esta pandemia.