

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA, ¿SE PUEDE CUANTIFICAR LO INCUANTIFICABLE?

Arantzazu Vicandi Martínez
Doctora en Derecho Civil
Universidad de Deusto

SUMARIO: **I. La pérdida de oportunidad:** 1.1. Concepto; 1.2. Etimología y origen; 1.3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España; **II. La figura de la pérdida de oportunidad:** 2.1. Naturaleza jurídica; 2.2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria; 2.3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad; 2.4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad; 2.5. El daño resarcible; **III. Análisis fenomenológico:** 3.1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias; 3.2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía; 3.3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario; 3.4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico; 3.5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento; **IV. Conclusiones;** **V. Bibliografía.**

RESUMEN

La perte de chance o la “hermana pobre del Derecho de daños”, es una figura con más claros que oscuros, sobre la que doctrina y jurisprudencia parecen encontrarse divididas. Con el presente trabajo se pretende arrojar luz sobre esta idea en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, abordándola desde una perspectiva dogmática y tónica.

PALABRAS CLAVE

Perte de chance, responsabilidad sanitaria, jurisprudencia.

ABSTRACT

Le perte de chance or “the poor sister of Tort Law”, is a clouded legal concept where the case-law have divided opinions. The present work is aimed at shedding light on this idea within the scope of Medical Liability, from a dogmatic and topic approach, taking into account for this study more than a decade of case-law from The Supreme Court of Justice.

KEYWORDS

Perte de chance, Medical Liability, case – law.

I. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1.1. Concepto

1. La pérdida de oportunidad puede definirse como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, que se traduce en una acción judicial que toma como base, no la causación de un daño, sino la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Si bien la primera parte de la explicación no entraña mayores complicaciones, la cuestión se dificulta con el perjuicio, porque éste resulta incierto. Debemos tener presente que el menoscabo final no es provocado por la parte demandada, porque éste ya existía, sino que su actuación ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr una mejora posible.

Tras estas primeras impresiones, es de recibo que nos hagamos la siguiente pregunta ¿qué se invoca realmente? La pérdida de oportunidad en sí misma, entendida ésta como la condena sufrida o la desaparición de posibilidades de curación o mejora del paciente, que ha visto las mismas reducidas a cero¹.

La complejidad de la noción resulta patente, ni el médico ni el centro sanitario han causado el daño final al paciente, que podríamos ejemplificar en el fallecimiento, la pérdida de un miembro, etc.; ya que

¹ Así lo asevera MEDINA ALCOZ cuando afirma “Es que en realidad, se dice, aquí no se está indemnizando el daño físico que produce como consecuencia de la patología del enfermo, no se está indemnizando el beneficio industrial que deja de obtener el licitador que debió ser adjudicatario o que pudo serlo de haberse actuado conforme a Derecho. Se está indemnizando la pérdida de una pérdida de oportunidad como un bien en sí mismo de curación en el primer caso o de victoria en el segundo caso. Eso es un bien en sí mismo, es un daño emergente”. MEDINA ALCOZ, Luis: “La teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 97 - 112; concretamente en páginas 106 y 107. Línea doctrinal seguida por GUILLO SÁNCHEZ – GALIANO “Es esa pérdida de oportunidad del tratamiento, del medio, de la decisión que puede tomar el paciente, lo que en definitiva se está reconociendo como responsabilidad de la Administración sanitaria y lo que se está indemnizando...”. GUILLO SÁNCHEZ – GALIANO: María de los Desamparados, “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 113 - 119; concretamente en página 115. Igualmente, BOTANA GARCÍA se decanta por esta misma idea “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”. BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra: “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 113, 2013, pp. 1 - 4; concretamente en página 3.

estas contingencias tuvieron su origen en una circunstancia previa, como por ejemplo, un accidente. La incidencia de los demandados reside en la reducción de las posibilidades de mejora o sanación del paciente a un 0% o un porcentaje similar.

Huelga señalar que la indemnización, de llegar a concederse, no podrá abarcar la totalidad del menoscabo sufrido, es decir, el 100%, por dos razones. La primera de ellas la hemos apuntado líneas atrás, el perjuicio no ha sido ocasionado por la parte demandada, sino que era anterior a la relación médica. El segundo motivo es evidente, si bien se tiene conocimiento de que no se llevó a cabo una actividad necesaria, también es lógico pensar que no puede llegar a alcanzarse la certeza de que el daño final se habría evitado, de haberse desplegado los medios necesarios. Es por ello por lo que la indemnización se atempera, dado que se basa en suposiciones o hipótesis que se materializan en porcentajes imposibles de fijarse exactamente, salvo casos aislados².

2. MEDINA ALCOZ define de forma clara y estructurada esta idea “El sintagma «pérdida de oportunidad» (también «pérdida de una oportunidad», «pérdida de oportunidades», «oportunidad perdida») es la expresión española que se emplea usualmente

² Sobre esta misma idea se pronuncia PANIZA FULLANA, respecto de un litigio en el que el cliente de un abogado le demanda a éste por la prescripción de una acción. La indemnización exigida era la misma que contenía la demanda, algo que no aceptó el juzgador por la falta de certeza. Concretamente asevera esta autora “Se extrae de los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial, confirmados por la del Tribunal Supremo, que probada la negligencia del letrado, su retraso en la interposición del recurso fue lo que provocó que se declarara prescrita la acción. Esta actuación provocó un daño moral al actor vinculado a la pérdida de oportunidad de obtener una resolución sobre el fondo. Entiende que no cabe identificar el daño con el valor de la indemnización que podría haberse obtenido, ya que la obligación que vincula al abogado con su cliente es de medios, no de resultado”. PANIZA FULLANA, Antonia: “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 1, núm. 11, 2012, pp. 51 - 64; concretamente en página 55. Opinión compartida por RUBIO TORRANO “Concretando el riesgo acerca del cual no se informó, la indemnización debe cuantificarse exclusivamente en función del valor de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia y no por la integridad del daño a la salud sufrido por el paciente a raíz de la actuación médica. La pérdida de oportunidad se valora haciendo un juicio de probabilidad en relación con la opción de sustraerse a la intervención realizada o de optar por una alternativa terapéutica en el caso de haber conocido plenamente los riesgos personales, probables o típicos de la intervención”. RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53 - 59; concretamente en página 55.

en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo³.

Se trata de un concepto caracterizado por la incertidumbre. Inseguridad sobre la patología preexistente, los medios de sanación o mejora, las consecuencias de la no aplicación de los mismos y las posibilidades de evitar el daño final. El único aspecto indudable es que al paciente se le ha privado de una ganancia o no se le ha permitido evitar una pérdida, aunque se desconoce en qué medida⁴.

YZQUIERDO TOLSADA se pronuncia en una línea muy similar a la que se ha señalado líneas atrás “Hablar de pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento⁵”.

GALLARDO CASTILLO hace girar este concepto en torno al de la *lex artis*, destacando que el cumplimiento de ésta última no es suficiente a los efectos de que se estime la plena diligencia, sino que debe desarrollarse en el momento oportuno y de la manera necesaria. No en vano, para la pérdida de oportunidad no es indispensable una vulneración de la *lex artis*, ya que una actuación médica correcta, por sus circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo⁶.

XIOL RÍOS acude a una división fáctica que es de obligada mención antes de finalizar esta breve introducción conceptual. Este autor asegura que la pérdida de oportunidad se da en una serie de escenarios clásicos como los siguientes: la pérdida de una ventaja como consecuencia de una actuación profesional perjudicial, la pérdida de oportunidad que no depende de la actividad del perjudicado y el sacrificio de una posibilidad, por una cuestión azarosa. Este autor vuelve de nuevo sobre el protagonismo ineludible de la incertidumbre en la causalidad, hasta el punto de que no permitir el reproche de estos casos atentaría contra los intereses de la víctima, al haber sufrido un daño real. Es precisamente en este punto en el que la pérdida de oportunidad toma sentido, como noción reparadora de esta circunstancia⁷.

Como conclusión de todas estas explicaciones analizadas hasta el momento, parece conveniente citar la definición de ASUA GONZÁLEZ “La doctrina de la pérdida de oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especialidad relevancia en el ámbito sanitario⁸”. Esta autora resume los escenarios de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico en un número más o menos acotado de supuestos de hecho: los errores de diagnóstico o tratamiento, la falta de información, los errores en el consentimiento informado y los diagnósticos prenatales⁹.

1.2. Etimología y origen

1.2.1. Etimología

La idea de la pérdida de oportunidad parte del concepto de *chance*, que podríamos entender como “suerte”. El origen de esta palabra la conforman dos vocablos, *choir* por un lado, que podría traducirse como “caer por su propio peso”, y por otro lado *cadere* o *cadentia*, que podemos interpretar como “caer” y “caída”, respectivamente. La raíz de este término

3 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007, p. 55.

4 AA.VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2009, p. 395.

5 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 533 - 542; concretamente en página 537.

6 GALLARDO CASTILLO, María Jesús: “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, *Diario La Ley*, núm. 18, 2009, pp. 2139 - 2149; concretamente en página 2141. De las palabras de este autor se desprende que el perjuicio resultante no deriva de la actividad médica (o de la omisión), sino de la incidencia de la misma, bien de forma activa o pasiva, tal y como comentábamos líneas atrás.

7 XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9 - 38; concretamente en página 11.

8 ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 15.

9 No obstante estas afirmaciones, en el estudio fenomenológico podrá observarse cómo la jurisprudencia baraja un abanico mayor de posibilidades.

la encontramos en la práctica del juego de azar de los dados, ya que *chéant*, una palabra que deriva de *chance*, era el nombre que recibía el número de puntos que se sumaba en cada caída de dados sobre el tablero¹⁰.

La palabra *chance* puede significar tanto probabilidad como suerte, y es precisamente en esta segunda acepción en la que se ha apoyado la base de la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad, entendiéndose como la pérdida de una probabilidad beneficiosa; pudiendo resumirse la figura como “la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”¹¹.

La “pérdida” debe comprenderse como un concepto asociado a la carencia de algo que se poseía o se podía poseer, que en el caso de la noción objeto de análisis, sería la salud. “Oportunidad” por su parte, hay que interpretarla como una conveniencia en un tiempo determinado¹².

1.2.2. Origen de la figura

1. El origen de la pérdida de oportunidad, todavía a día de hoy es objeto de debate, ya que surgió casi de manera simultánea en los países del *Droit Civil* y del *Common Law*, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a fin de dar respuesta a litigios de responsabilidad contractual en los que se perdía alguna oportunidad en un proceso judicial, concurso o licitación. A pesar del mentado desacuerdo, por cuestiones de temporalidad, consideramos más correcto situar la procedencia de esta idea en Francia¹³.

10 GARCÉS – GARRO RANZ nos acerca otra referencia etimológica en la que señala, que además del origen francés, la denominación de esta noción también hunde sus raíces en la tradición árabe, donde la palabra “azar” encontraría su origen en *azzahr*, de la que derivaría el vocablo *zahr*; que significa dado; de donde provendría el concepto de la probabilidad que deriva de esta figura. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, núm. 111, 2010, pp. 33 - 72; concretamente en página 36.

11 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007, p. 61. Aunque ésta sea la doctrina mayoritaria, no faltan voces discordantes que consideran que la opción correcta para optar por un significado de *chance* debe ser el de oportunidad, acudiéndose a una distinción entre “buenas oportunidades” y “malas oportunidades”; traduciéndose la pérdida de oportunidad en el reparto de probabilidades entre ambos extremos.

12 DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel: “Pérdida de oportunidad en salud”, *Ars Médica: revista de humanidades*, Vol. 5, 2006, pp. 141 - 147.

13 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de*

Centrándonos en Francia, por ser el país europeo donde se estima que primero se vislumbró judicialmente esta noción, tenemos como referente la sentencia de 17 de julio de 1889, de la *Cour de Cassation*, en la que un procurador judicial olvidó la tramitación de un proceso, impidiendo al litigante cualquier posibilidad de llegar a una resolución judicial. Fue precisamente con este caso con el que se inició la andadura jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, al invocarse esta construcción doctrinal contra el *huissier* (procurador), que olvidó la fecha de presentación de una acción judicial, privando de cualquier posibilidad de defensa a su representado¹⁴.

2. A pesar del carácter controvertido de la pérdida de oportunidad, su aceptación fue amplia, y su generalización a lo largo del siglo XX, fue rápida; no obstante lo cual, siguió distintas tendencias en función de su localización geográfica y tradición jurídica. Podemos dividir la aceptación y evolución de este concepto en tres agrupaciones de países, en función de la suerte sufrida en los mismos. En primer lugar están los Estados donde la construcción doctrinal fue inventada (Francia e Inglaterra) o posteriormente aceptada (tal y como es el caso de Bélgica, Italia, Argentina y Australia), donde esta doctrina se encuentra ampliamente admitida y ha sufrido una importante evolución, no restringiéndose su uso únicamente a las probabilidades perdidas en procesos judiciales o concursos.

La segunda corriente la conforman naciones como Canadá, Holanda o Estados Unidos, donde la inserción de la pérdida de oportunidad fue recelosa, parcial (admitiéndose únicamente en una concreta materia) y desigual; hasta el punto de llegar a existir una amplia línea doctrinal contradictoria.

Finalmente, el tercer grupo de países viene compuesto por aquellos ordenamientos jurídicos en los que la pérdida de oportunidad no tiene cabida, como es el caso de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, entre otros. En éstos,

oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit., p. 130. Joseph H King efectuó una gran aportación a este concepto, al evidenciar la necesidad de analizar la causalidad en relación al proceso de identificación y establecimiento del valor del daño. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, *InDret*, núm. 2, 2005, pp. 1 - 19; concretamente en página 4.

14 GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 36.

la práctica judicial no ha acogido este concepto, por considerar que la frustración de una expectativa no es resarcible, y que de serlo el margen de probabilidad debe ser tan amplio, que permitiría la existencia de un nexo causal¹⁵.

3. Por otro lado, en el sistema de la *Common Law* fue necesario esperar hasta el año 1911 para que la pérdida de oportunidad fuese invocada ante un Tribunal (de ahí que nos hayamos decantado por situar el origen de la figura en el sistema francés). Ocurrió en el asunto *Chaplin v. Hichs*, de la *Court of Appeal*, en el que se enjuició la pretensión frustrada de ganar un concurso de belleza¹⁶.

4. En el caso español la primera invocación de la pérdida de oportunidad se dio en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998¹⁷. Se enjuiciaba una supuesta negligencia sanitaria en la que un trabajador, que sufrió una amputación en uno de sus dedos en el desempeño de sus funciones, vio limitadas a cero las posibilidades de reimplantación de la parte del miembro perdido por un descuido en la custodia del dedo desde su lugar de trabajo hasta el hospital más cercano; algo que provocó que éste llegase en un estado de extrema congelación¹⁸.

15 A pesar de las reticencias de estos países, lo cierto es que tanto la labor desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a esta noción, como su evolución en el Derecho comunitario, están generando un clima de aceptación, que probablemente propicie una admisión paulatina en los Estados antes mencionados. La razón de ser para esta exclusión es que estas naciones se basan en la teoría del “todo o nada”, que será estudiada en su momento. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”, *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, Vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 1 - 36; concretamente en páginas 8 y 9.

16 Un agente teatral convocó un concurso de teatro con la promesa de que contrataría por tres años a doce de las cincuenta candidatas que se encontraban entre las más votadas. Una de las participantes fue seleccionada a los efectos de pasar a la fase de contratación, pero no le fue notificada la fecha de la entrevista, por lo que su lugar fue ocupado por otra candidata. El caso fue indemnizado en base a la frustración de una posible contratación. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 131. YONG y RODRÍGUEZ YONG toman como punto de partida para la pérdida de oportunidad, precisamente este enjuiciamiento de un concurso de belleza, y no tanto las determinaciones de la Corte francesa. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 4.

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, Sala Primera, recurso 1496/1994, ponente Gullón Ballesteros.

18 Un trabajador de la empresa “Frigo” sufrió una amputación parcial de una de sus manos. La enfermera de la empresa donde trabajaba el accidentado se puso en contacto con los servicios de urgencias del hospital más cercano, a fin de avisarles y recibir instrucciones precisas a los efectos de

5. Como hemos podido observar, los primeros pasos de la pérdida de oportunidad fueron dificultosos y se encontraron colmados de escollos en la doctrina española, ya que su aceptación fue casi residual, hasta el punto de que algunos autores, como MEDINA ALCOZ, la han llegado a denominar “el pariente pobre” del Derecho de daños¹⁹.

Fue precisamente por esta situación por la que la primera normativa que le dio forma legislativa a la pérdida de oportunidad, la Ley 48/1998, de 30

conservar el dedo, de forma que pudiese ser reimplantado. Una vez hubo dejado el miembro seccionado en una caja con hielo, procedió a atender al enfermo hasta estabilizarlo. Cuando éste estaba preparado para su traslado, la enfermera solicitó a uno de los compañeros del accidentado que comprobase el estado del dedo y en caso de requerir más hielo, procediese a añadirlo. Éste verificó la necesidad de volver a poner más hielo, dado que ya se había derretido, pero consideró que el hielo seco sería más apropiado, por su mayor capacidad de enfriar. Cambió el recipiente y el medio de refrigeración, entregándoselo a la enfermera, la cual no comprobó el interior de la caja a pesar de que el envase era diferente, y acompañó al trabajador al hospital. Cuando llegaron al centro sanitario más cercano, el dedo amputado había estado un tiempo excesivo expuesto al extremo frío del hielo seco, por lo que la congelación del mismo hacía imposible su reimplantación. La acción judicial se entabló contra la enfermera de la empresa que no comprobó, a pesar del cambio de envase, las condiciones en las que se encontraba el miembro amputado, ya que con el escaso tiempo de congelación que había sufrido antes de partir, hubiesen podido llegar a mantenerse con vida los tejidos del dedo. Por supuesto, se acudió a la pérdida de oportunidad, porque el margen de éxito de la reimplantación era desconocido. Autores como MEDINA ALCOZ consideran la efectiva concurrencia de la figura de la pérdida de oportunidad en este litigio, pero con mayores cautelas. Este autor señala con gran acierto, que el Tribunal Supremo indemnizó al accidentado por la pérdida del dedo, y no por la pérdida de oportunidad de reimplantación, ya que en realidad la amputación era un daño emergente que el enfermo ya estaba sufriendo, por lo que el autor considera que sería necesario indemnizar únicamente por la pérdida de oportunidad de reimplante y no tanto por la pérdida del dedo. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 205. No obstante, y aunque esta es la primera resolución que se dictó sobre la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad sanitaria, desde los años noventa el Tribunal Supremo venía acogiendo esta idea en otro campo, el de la responsabilidad de los abogados. LLAMAS POMBO, Eugenio: “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 110, 2012, pp. 1 - 3; concretamente en página 1.

19 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 235. Ahora bien, LORENZO – REGO se hace eco de la rápida evolución que ha tenido este concepto, por el amplio espectro de aplicación que tiene en la actualidad la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria. De tal forma, que si bien al principio ésta se limitaba a controversias de *wrongful birth* y *wrongful life*, ahora puede verse invocada en supuestos tan dispares como la mala *praxis* en general o el consentimiento informado. LORENZO – REGO, Irene: “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 103, 2012, pp. 6 – 20.

de diciembre²⁰, pasó prácticamente desapercibida²¹. Esta generalización lenta y tortuosa viene motivada, entre otras cosas por lo que MEDINA ALCOZ denomina “doctrina judicial de preterición virtual del lucro cesante”, por la cual la prudencia es la base de la prueba en el sistema judicial²². Esta tendencia se centra en exigir la plena certeza en la práctica probatoria, algo que puede llevar a que una gran cantidad de reclamaciones indemnizatorias, cuya posibilidad de ser resarcidas resulta alta, sufran una suerte desestimatoria por no alcanzar la plena certeza causal.

1.3. Recepción legislativa de la pérdida de oportunidad en Europa y en España

1. La Unión Europea, en su afán proteccionista, ha encontrado en la pérdida de oportunidad una vía de solución a situaciones de desamparo y menoscabos económicos, provocados por la pérdida de expectativas.

Uno de los primeros pasos para la introducción de esta noción lo encontramos en una iniciativa de la Unión en materia de contratación pública. Se reconoció el derecho a ser resarcido en este ámbito, con motivo de que las normas procedimentales de la contratación pública resultasen violadas, provocándose la falta de adjudicación a un candidato con “posibilidades”; fijándose el umbral indemnizatorio en las “probabilidades reales” de contratación. Nos referimos a las Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero²³, junto con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989²⁴. Ambas Directivas tienen como filosofía común el resarcimiento a los damnificados por el incumplimiento de los protocolos públicos de contratación, encontrándose las dos traspuestas a la normativa interna.

20 Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

21 Derogada por 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.

22 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...* op.cit., p. 192.

23 Directivas 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

24 Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos en suministro y de obras.

2. En España, a pesar del rechazo inicial que sufrió la pérdida de oportunidad, ésta se ha ido abriendo paso de forma gradual, junto con algunas otras figuras afines en el ámbito probatorio, como la técnica presuntiva y la teoría del riesgo. Por medio de estas construcciones doctrinales se ha conseguido superar el principal escollo que se erguía frente a la pérdida de oportunidad: la idea de que la verdad procesal y la material son idénticas.

Aunque desde la década de los ochenta los Juzgados y las Audiencias ya se hacían eco de este concepto, el Tribunal Supremo se resistía, por lo que podríamos marcar como punto de inflexión de aceptación de esta doctrina, la entrada en la actual centuria, es decir, el año 2000. A pesar de que sigue existiendo una lucha interna entre ambas tendencias, lo cierto es que la admisión de la figura ha sido amplia, en aras de la justicia material. A lo que debemos añadir que las implicaciones legislativas, como las anteriormente comentadas, han sido de suma ayuda.

II. LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

2.1. Naturaleza jurídica

1. El escenario del que debemos partir es aquel en el que ante un daño se baraja la hipótesis de que una actuación debida podría haber evitado el desenlace fatal o por lo menos paliarlo. De esta premisa pueden derivarse dos posibles soluciones, por un lado la tradicional, que sentaría la idea de que sin una conexión directa no cabe responsabilidad alguna, y por otro, la que considera que la frustración de la probabilidad debería ser objeto de indemnización. ASUA GONZÁLEZ es especialmente clarificadora en esta labor de diferenciar ambas vertientes, estableciendo un sistema de porcentajes muy sencillo. Considera esta autora que la proporción de margen en el ámbito del sistema tradicional se encuentra en torno al 55%, esto es, un daño sólo será indemnizable cuando el acto que pudo provocarlo (o evitarlo) tenga una conexión de un 55%; por lo que la duda de la posibilidad de que este acto no fuese el causante del menoscabo, no puede ser superior al 45%. La pérdida de oportunidad rompe este rígido esquema con una idea muy sencilla, cuando la certeza sea inferior a ese 55% se estima, que aunque exista una duda razonable de en torno al 45% de que la actividad o la omisión del agente fuese la causa directa del daño final sufrido por la víctima, la posibilidad sigue siendo elevada

y que por lo tanto el perjuicio debe ser resarcido; entendido como la no consecución de un beneficio. La única cuestión añadida es que esa inseguridad se refleja en la indemnización, la cual, ante la duda fundada y la hipótesis que se genera en torno a la misma, no puede alcanzar el 100% del menoscabo total²⁵.

25 ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria... op.cit.*, p. 18. Un ejemplo clásico de esta divergencia es un asunto de la jurisprudencia suiza de 12 de junio de 2007, que nos acerca esta misma autora. Un hombre acude a un servicio de urgencias aquejado de cefaleas, náuseas y dolores abdominales, tras un concienzudo estudio no se le hallaron evidencias de irritación meníngea y dado que su estado había mejorado y que se sentía incómodo en el hospital, solicitó su alta voluntaria, a la que el médico que le atendió no se opuso. Horas más tarde volvió al mismo centro en estado de inconsciencia y claros síntomas de meningitis, a consecuencia de la cual y a pesar de la rápida actuación, le restó una sordera bilateral absoluta. Dada la imposibilidad de establecer una relación directa entre la actuación médica y la sordera de la víctima, la parte actora acudió a la pérdida de oportunidad como único medio de indemnización, viendo sus pretensiones rechazadas por el Tribunal, al considerar éste que se trata de una construcción doctrinal injusta, ya que permite que algunos litigios en los que no existe conexión, sean indemnizados y que otros sufran una suerte desestimatoria, utilizando como único criterio de discernimiento un margen de probabilidad y porcentajes. Al hilo de esta cuestión porcentual XIOL RÍOS fija la base de la pérdida de oportunidades en unos márgenes de probabilidad distintos, estableciéndose un techo máximo de un 80% en el derecho continental, frente al 51% que considera más propio del sistema anglosajón. XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 20. Un porcentaje muy similar es el que propone FORAN como posible punto de partida, concretamente, del 51%. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, *Bridgeport Law Review*, núm. 12, 1992, pp. 471 - 503; concretamente en página 482. De una opinión parecida se muestra LUNA YERGA al señalar “En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos y que oscila, con carácter general, entre el 50% para asuntos civiles ordinarios en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* (*Preponderance of Evidence*) y el 100% o porcentajes cercanos en los ordenamientos jurídicos del derecho continental”. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico - sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 3. GALÁN CORTÉS por su parte, sitúa el margen de porcentaje de certidumbre en un 50% en los sistemas del *Common Law* y en un 80% en los países de cultura jurídica Europea continental, entre los que se encuentra España. GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad civil médica*, Thomson - Reuters, Cizur Menor 2011, p. 397. DE ÁNGEL YÁGÜEZ es menos estricto a este respecto, al no especificar la necesidad de concurrencia de ningún porcentaje, aunque admite que la existencia de uno facilita la labor del juzgador y no sólo otorga seguridad a las partes del proceso, sino que el demandado también ve incrementadas sus posibilidades de éxito, al no tener el Juez tanto margen de decisión. Sin embargo, revela la segunda cara de la moneda, y es que muchos supuestos quedan fuera de cualquier posibilidad de indemnización por el simple hecho de que no alcanzan el margen porcentual, es por ello por lo que el mencionado autor acude al criterio subjetivo de “grado suficiente de probabilidad”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999, p. 118.

2. Autores como MEDINA ALCOZ van más allá y muestran una vertiente distinta de la pérdida de oportunidad. Este autor se sobrepone a los conceptos tradicionales y busca nuevas formas en las que la pérdida de oportunidad pueda verse en construcciones más complejas. Acude a tal fin a formulaciones como la de “buena suerte” y la “mala suerte”, ambas traducibles en oportunidades o eventos desafortunados, respectivamente. De acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, sendos puntos de vista provocan una pérdida de oportunidad, siendo la primera de ellas la de “un resultado favorable frustrado”, mientras que la segunda podría resumirse en un “resultado desfavorable realizable”²⁶.

El primero de los supuestos no escapa a los márgenes de la *chance*, dado que no existe certeza de que de haber mediado diligencia, el resultado final no se hubiese dado. El segundo se encuentra en el campo del *riesgo*, ya que ha habido una actuación de escasa diligencia, que sin embargo no ha producido daño y que desconocemos si se materializará en un futuro (radiación excesiva, por ejemplo). En ambos aspectos existe una zona de incertidumbre que imposibilita cualquier probabilidad de establecer un nexo causal entre la actuación o la omisión médica con la consecuencia final, y que sin embargo permite asentar la hipótesis de lograr un mejor resultado, que ha quedado frustrado.

Estas menciones pueden reflejarse también en la pérdida de oportunidad, pero para ello hemos de acudir a la subdivisión de la pérdida de oportunidad pasada y la pérdida de oportunidad futura. Mientras que en el primero de los casos el perjuicio se produjo en el pasado y el resultado final es efectivo en el presente, en el segundo de los escenarios el daño se ha dado en el presente, no ocasionando ningún deterioro, pero existiendo la duda real de que pueda producirse en un momento posterior en el tiempo, es decir, a futuro; con la dificultad añadida de probar la existencia de un nexo causal entre ambas eventualidades.

Estos conceptos son más sencillos si los materializamos en sendos ejemplos. La pérdida de oportunidad pasada comprendería un caso en el que un médico no trata a tiempo una herida en la pierna de una persona diabética, degenerando ésta en una gangrena, que requiere la rápida amputación del miembro enfermo. Sin embargo, la oportunidad perdida futura podría ejemplificarse en un supuesto en el que

26 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 62.

un paciente es sometido a una radiación excesiva por una actuación negligente del médico que le trataba, incrementándose en un 30% la posibilidad de éste de sufrir un cáncer de piel en un futuro. Ha existido una negligencia cierta, pero tan sólo tenemos una hipótesis de que en un futuro se desarrolle el menoscabo, e incluso de llegar a materializarse, subsistiría la duda de si efectivamente fue dicha actividad la que provocó la dolencia o ésta tiene su origen en algún otro factor.

3. Autores como GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ, al reflexionar sobre la pérdida de oportunidad, dan un paso más y entran en consideraciones sobre la naturaleza de la construcción doctrinal, equiparándola a algunas otras que también son objeto de análisis en la presente tesis, tal y como ocurre con el daño desproporcionado. Estos autores estiman que se trata de un concepto que conforma un medio de facilidad probatoria²⁷. No obstante, consideramos que esta teoría debe interpretarse con prudencia, ya que no llega a abarcar completamente todas las vertientes de la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la esencia de la doctrina del daño desproporcionado (un ejemplo de la facilidad probatoria) se fundamenta en que, ante la irrogación de un daño que habitualmente no se produce en una intervención o tratamiento, se presume que éste tiene su origen en la práctica desplegada, salvo prueba en contrario. Sin embargo, la pérdida de oportunidad nos muestra otra faceta distinta, dado que se mueve en un sistema de márgenes. La idea en la que se basa comienza con una hipótesis diferente, y es que el paciente sufre un daño cuyo origen no es una lesión física, sino una pérdida de expectativas, por lo que no hay una presunción de causalidad directa del daño.

Llegados a este punto conviene reflexionar sobre cuál es la principal diferencia entre las dos figuras que hemos comparado. En primer lugar tenemos la indemnización, mientras que en el daño desproporcionado el paciente ve satisfechos sus intereses al 100% (la totalidad del daño sufrido), en la pérdida de oportunidad jamás podrá llegarse a este porcentaje, al existir una sombra de incertidumbre. En segundo lugar, el daño desproporcionado es una noción que encaja dentro de la facilidad probatoria, tal y como se evidencia en el capítulo correspondiente. Esto no ocurre en la pérdida de oportunidad, donde el esfuerzo

de prueba del paciente es mucho mayor, en la medida en que se encuentra en la necesidad de demostrar qué ocurrió y hasta qué punto la falta de actividad pudo provocar las consecuencias, o si realmente llegará a sufrir algún tipo de menoscabo futuro²⁸.

28 LLAMAS POMBO considera que se trata de dos figuras diferentes, por lo que no es posible calificar la pérdida de oportunidad como un supuesto de facilidad probatoria, por el simple hecho de que el sacrificio de una expectativa es un daño en sí mismo. Dada la claridad de sus argumentos parece conveniente citarlo textualmente “Se trata, obviamente, de dos argumentos y cuestiones completamente distintas que no conviene confundir. Una cosa es aplicar, a la hora de atribuir a cada una de las partes el correspondiente *onus probandi*, la que nuestra jurisprudencia ha dado en llamar «doctrina de la facilidad probatoria», que viene a ser la versión vulgar de la denominada «distribución dinámica de la carga de la prueba»; regla a la que ya nos hemos referido en estas mismas páginas en varias ocasiones y que, además, hoy encuentra su base legal en el art. 217.6 de la LEC (LA LEY 58/2000), donde incluso cuajó esa terminología. Y otra que no tiene nada que ver con ella, es la doctrina de la pérdida de oportunidad, como daño en sí misma. La *perte de chance*, o pérdida de oportunidades de supervivencia (como tempranamente la denominó la doctrina española de la responsabilidad médica), fue acuñada por la jurisprudencia francesa ya en los años sesenta del pasado siglo y ha sido profusamente empleada en los supuestos de responsabilidad médica, sencillamente como una forma de daño”. LLAMAS POMBO, Eugenio: “El daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 69, 2009, pp. 1 - 2; concretamente en página 1. De esta misma opinión se muestra GÓMEZ POMAR, que a pesar de no pronunciarse directamente sobre esta idea de que la pérdida de oportunidad conforme un supuesto de facilidad probatoria, señala que se trata de una eventualidad dañosa en sí misma. Nuevamente la claridad de sus argumentos requiere de su cita literal “Tal noción puede tener alguna utilidad si su objetivo es, modestamente, el de poner el énfasis en la pérdida actual de un valor esperado (y, por tanto, inherentemente con un cierto grado de incertidumbre, y no cierto, como en ocasiones se pretende). Así, el afirmar que la pérdida de oportunidad como modalidad de daño (en principio) indemnizable no equivale a la indemnización de los lucros o ganancias que la víctima hubiera podido obtener, sino al resarcimiento debido por la privación de “unas ciertas y actuales oportunidades de obtener ventajas, resulta admisible (aunque perifrástico) como referencia imprecisa a que la víctima pierde, hoy, un valor esperado que integra positivamente su función de utilidad, cuando la negligencia de otro (abogado, por ejemplo) le priva de poder litigar para obtener algo, hace inútil un recurso frente a una resolución desfavorable, o le arrebató de raíz la posibilidad de obtener una ganancia en el futuro”. GÓMEZ POMAR, Fernando: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, núm. 3, 2003, pps. 1 - 9; concretamente en página 6. Por su parte BORGHETTI sigue una línea casi idéntica, al considerar la pérdida de oportunidad un daño en sí misma, y como tal no un criterio de facilidad probatoria, sino una eventualidad a indemnizar. BORGHETTI, Jean – Sébastien: “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit français”, *European review of private law*, núm. 16, 2008, pp. 1072 - 1082; concretamente en página 1080. Opinión similar, pero algo más matizada mantiene SERRA RODRÍGUEZ, por la cual considera que la pérdida de oportunidad es un daño en sí misma, aunque admite que la mayoría de las veces se trata de una eventualidad dañosa de difícil identificación. SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano 2000, p. 224. Esta autora añade que a los efectos de que se observe la pérdida de oportunidad como un perjuicio y que consiguientemente sea indemnizado, es necesario que exista

27 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 - 226; concretamente en página 194.

¿Por qué resulta errónea esta opción por la cual la pérdida de oportunidad podría ser un criterio de facilidad probatoria? Porque la pérdida de oportunidad es un daño indemnizable en sí mismo, que forma parte de la causalidad y no del *onus probandi*. De lo contrario, no podría justificarse una reparación económica incompleta, es decir, inferior al 100%, ya que resulta contrario a los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

4. En base al amplio análisis doctrinal elaborado, es el momento de preguntarnos, qué es realmente la pérdida de oportunidad y proceder a su exposición. Hemos establecido las bases dogmáticas necesarias a fin de diferenciarla de figuras muy similares, y sin embargo los únicos conceptos que hemos consolidado hasta el momento han tenido naturaleza fáctica. Ni la jurisprudencia vacilante, ni la doctrina divergente han permitido delimitar con claridad la naturaleza de la pérdida de oportunidad. No obstante, nos reafirmamos en la idea de que se trata de una noción que no incide en la práctica probatoria, sino directamente en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el actor²⁹.

un elemento añadido, a parte de la posibilidad perdida, es decir, otra eventualidad dañosa. Aunque esta autora se centra en la responsabilidad civil del abogado al aplicar esta noción, podemos extrapolar esta afirmación al ámbito de Medicina, sin mayores complicaciones. Sigue esta misma línea CRESPO MORA, M^a. Carmen: *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2005, p. 365; e idéntica opinión muestra FORAN cuando señala que la pérdida de oportunidad conforma un daño por sí mismo “A well – known authority for the position of recognizing and valuing lost chance is Judge Pearson’s concurring opinion in *Herskovits v. Group Health Cooperative*. Judge Pearson criticized the increased risk of harm standard employed in the plurality opinion of the court. He aimed his criticism at the inappropriate relaxation of the standard of proof which accompanied the application of the increased risk of harm standard. As an alternative, Judge Pearson recommended that the plaintiff’s lost chance should be considered the injury. Moreover, he advised the court to apply the traditional standard of causation to determine whether the defendant’s negligence was the proximate cause of the plaintiff’s lost chance”. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest?... *op.cit.*”, concretamente en página 495. Por supuesto esta afirmación no está libre de críticas, y entre los principales detractores de la misma se encuentran VINEY y JOURDAN en VINEY, G., y JOURDAN, P.: *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París 2006, p. 74.

29 Autores como RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ la han llegado a catalogar, a efectos demostrativos de su incidencia en la causalidad, como “una afrenta a la causalidad”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 - 26; concretamente en página 15.

A pesar de que se trata de una construcción doctrinal con un elevado margen de inseguridad, en la medida en que es cómoda y en ocasiones puede llegar a ser arbitraria, también es una vía para que la justicia material se abra paso, permitiendo que supuestos que en otras circunstancias no resultarían indemnizados, vean resarcidas sus pretensiones, a pesar de que no alcancen la certeza absoluta.

5. Este escenario genera el caldo de cultivo perfecto para provocar problemáticas serias y fundadas en torno a este concepto. La contingencia principal que podemos encontrar en la pérdida de oportunidad es el malestar doctrinal que genera su aplicación, al atentar contra los principios del ordenamiento jurídico español, así como contra la idea de reparación íntegra del daño, recogida en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil. Todo ello junto con lo señalado en el artículo 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, puede llevarnos a calificar esta indemnización como un resarcimiento intermedio de un perjuicio³⁰. Los preceptos mencionados

30 ALARCÓN PONCE se hace eco de otras críticas a esta figura, no tan arraigadas como la de la teoría del “todo o nada”. Por un lado señala que la pérdida de oportunidad contradice las afirmaciones del artículo 1.902 del Código Civil en lo relativo a la reparación íntegra del daño, al permitirse un juego de porcentajes en relación a la certeza de evitación del mismo. Por otro lado, incide esta autora en la posibilidad de que esta construcción doctrinal se torne un método a fin de conseguir indemnizaciones de manera sistemática, ya que cualquier error entrañaría una pérdida, y por lo tanto sería indemnizable. Huelga decir que estas consideraciones únicamente son posibles de aplicarse a la pérdida de oportunidad a ultranza, algo sobre lo que tanto la doctrina como los Tribunales han sido muy cautelosos. ALARCÓN PONCE, Antonia: “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 184, 2011, pp. 509 – 514; concretamente en página 510. Opinión compartida por GARCÍA HERNÁNDEZ, al propugnar el incalculable valor de la prudencia del juzgador y el apoyo de la doctrina, estimando que esta noción debe ser tratada con “extrema cautela”. GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, *Diario La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1512 – 1517; concretamente en página 1514. SÁNCHEZ CARO por su parte, estima que la mera prudencia de los Tribunales o las líneas generales establecidas por la doctrina no son suficientes, ya que los cimientos de la idea se asientan sobre tierra cenagosa. Propone este autor una actuación legislativa que permita un mayor grado de seguridad en lo que a la pérdida de oportunidad se refiere. SÁNCHEZ CARO, Javier: “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 121 - 126; concretamente en página 124. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN no se muestra tan alarmista frente a estos dos aspectos de la pérdida de oportunidad. Respecto de la no reparación íntegra del daño, sienta el autor las bases por las cuales la afección del paciente era preexistente a la atención médica, por lo que ésta no se provocó, de ahí que tampoco deba indemnizarse en su totalidad. Respecto de convertir la pérdida de oportunidad en una responsabilidad objetiva, al ser ésta una “indemnización sistemática”, este

afirman la necesidad de la existencia de una causalidad física, por lo que los menoscabos provocados deben ser reparados por quien los ha irrogado, y no por quien se sospecha que pudo evitarlos. De ahí que parte de la doctrina acuda a la expresión de “mentira técnica” para explicar esta figura³¹.

Partimos de una realidad fáctica, doctrinal y jurisprudencial por la cual para el resarcimiento de un daño antijurídico específico es necesaria la realidad del mismo, así como la existencia de un nexo causal entre éste y la actividad dolosa o culposa que provocó la contingencia. Con esta idea cualquier pretensión de acudir a la pérdida de oportunidad sería imposible, dado que el fundamento de esta construcción doctrinal se apoya en la existencia de un escollo que no permite al paciente el acceso a una prueba o a un tratamiento que podría haber evitado el resultado final. No existe un perjuicio directo, ni tampoco un nexo causal entre la actuación u omisión y el menoscabo, algo que dificulta mucho cualquier posibilidad de acceder a la indemnización del supuesto, salvo por la concurrencia de una noción como la presente³².

6. Por otro lado, tenemos el problema de los abusos de este concepto. De manera similar a lo que ocurre con el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad es cómoda y relativamente fácil de utilizar, pudiendo llegar a abarcar multiplicidad de supuestos de hecho. A fin de evitar caer en esta tentación, es necesario tener presente que la pérdida de oportunidad tiene carácter subsidiario, reservado para un tipo de casos en los que se comprueba la existencia de una actividad que potencialmente ha podido frustrar las expectativas de la víctima. Como posible solución,

autor evidencia que esta construcción doctrinal no incide ni en la antijuridicidad, ni en el elemento culpabilístico; de manera que se aleja de la responsabilidad objetiva. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: “La doctrina de la pérdida de oportunidad”, en ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores): *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008, pp. 369 y ss.

31 GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ muestran una opinión contraria a esta idea, al considerar que no se trata de una mentira artificiosa, ni “técnica”, basándose en dos aspectos: por un lado el nexo causal no se da por probado, sino que se actúa “como si estuviese probado”; y por otro lado, no se trata de una imputación arbitraria, sino que se basa en indicios razonables y oportunidades reales y fundadas. A esto debe añadirse, que también ha de ser probado que el daño no se debe a ninguna otra causa. GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 196.

32 SISO MARTÍN, Juan: “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 154, 2008, pp. 764 - 767; concretamente en página 764.

debemos tener presente que esta idea únicamente debe utilizarse en aquellos litigios en los que hay dudas razonables en el nexo causal, esto es, cuando existe incertidumbre³³.

LUIS MEDINA apunta con mucho acierto que el principal obstáculo con el que se puede encontrar la pérdida de oportunidad es una “desmesurada potencialidad aplicativa”, pudiendo llegar a ser usada en la práctica totalidad de supuestos, sin una razón de ser clara o necesidad alguna. Este autor nos acerca dos posibles soluciones, por un lado, el carácter subsidiario del concepto, por lo que sólo debe acudir a éste cuando no quepa ninguna otra posibilidad; y por otro, que para servirse de esta construcción doctrinal es necesaria la existencia real y verificable de una posibilidad de evitar el daño, de haberse acudido al tratamiento o intervención pertinente³⁴.

CRESPO MORA acude a una idea similar al aseverar que los clientes de un abogado que olvida realizar un trámite o que no entrega un recurso a tiempo, pueden ver indemnizada su pérdida de oportunidad, siempre y cuando existiese algún tipo de posibilidad de vencer o de alcanzar el objetivo pretendido; en caso contrario no cabría reparación alguna. Alude concretamente a la necesidad de elaborar un “juicio dentro de un juicio”, que extrapolado a la responsabilidad sanitaria, puede llegar a asemejarse a la dinámica porcentual mencionada páginas atrás³⁵.

33 ASUA GONZÁLEZ encuentra el origen de este problema en la escasa atención que ha recibido esta construcción doctrinal desde su primera aparición en una resolución en el año 1998. Esta autora califica esta llegada como “discreta” y un desarrollo “sin pena ni gloria”, y consiguientemente no ha sido muy estudiada por la doctrina. Por ello estima la autora, que este concepto es traído a colación en ocasiones, sin una razón de ser clara, precisamente por la ausencia de una dogmática desarrollada al respecto. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*... *op.cit.*, p. 66.

34 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 197.

35 CRESPO MORA, M^a. Carmen: “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, pp. 207 - 313; concretamente en páginas 311 y 312. DE ÁNGEL YÁGÜEZ se muestra afín a esta idea de “un juicio dentro de un juicio” al apuntar que no es extraño que se plantee ante un Tribunal la pregunta de “qué habría ocurrido”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “La responsabilidad civil del abogado”, *Indret*, núm. 1, 2008, pp. 1 - 54; concretamente en página 40. MARTÍ MARTÍ nos acerca una opinión muy similar a la que tiene este autor sobre esta construcción doctrinal del “juicio dentro de un juicio” que él denomina “pleito del pleito”, en alusión a los supuestos de responsabilidad civil de abogados por pérdida de oportunidad. MARTÍ MARTÍ, Joaquim: “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la

7. Una de las corrientes doctrinales más desarrolladas entre las teorías detractoras de la pérdida de oportunidad es la “del todo o nada”, que podría calificarse como extrema. Centra la indemnización en el valor total del daño y nunca en un porcentaje, por lo que la pérdida de oportunidad no es compatible con esta idea. Tiene su fundamento en un elevado grado de optimismo jurídico, al basarse en la esperanza de que el curso de los acontecimientos resulte unívoco (se afirma o se niega enteramente si algo ha ocurrido o no). Ante la hipótesis de un posible daño, en el que existen tanto opciones a favor, como en contra, esta teoría aboga por la disyuntiva negativa y consecuentemente no se indemniza el caso. Se trata de una noción que históricamente ha negado o afianzado la indemnización, pero que jamás ha matizado una acción resarcitoria³⁶.

Las contradicciones con la pérdida de oportunidad se desprenden de la simple descripción de esta opción dogmática, ya que ésta tiene como base la incertidumbre de si de no haber mediado un hecho, se hubiera alcanzado una ventaja. Aplicando esta teoría “del todo o nada”, la pérdida de oportunidad no debe ser indemnizada, ya que no hay posibilidad de acreditar un nexo causal entre el perjuicio y la posibilidad perdida, tratándose de un daño eventual.

Por supuesto, las críticas contrarias a esta teoría no se han hecho esperar, destacando entre todas ellas la de MEDINA ALCOZ. Señala el mencionado autor, en primer lugar, que una doctrina de extremos como la “del todo o nada” resulta contradictoria, hasta el punto de vulnerar preceptos legales (como ocurre, por ejemplo con el artículo 7.2 de la Directiva 92/13 y la doctrina asentada de los Tribunales admitiendo esta figura). En segundo lugar, asegura que esta opción dogmática de extremos es un atentado contra el principio de justicia material, ya que hiere lo que éste denomina “sensibilidad justicial”,

responsabilidad civil del abogado”, *Diario La Ley*, núm. 7114, 2009, pp. 1 - 9; concretamente en página 2.

36 TRUCKOR la define de manera muy acertada “Jurisdictions that continue to adhere to the “all or nothing” approach do so base on the rationale that the loss of chance doctrine is at odds with “the requisite degree of medical certitude necessary to establish a causal link between the injury of a patient and the tortious conduct of a physician”. This reasoning is based on the idea that liability cannot be assigned based on the *mere possibility* that the defendant’s negligence was the cause of the harm. However, while the “all or nothing” approach preserves traditional causation rules, this standard’s rigidity poses unacceptable hurdles for loss of chance plaintiffs”. TRUCKOR, Michelle L.: “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, *University Dayton Law Review*, núm. 24, 1998, pp. 349 - 373; concretamente en página 362.

al no contemplar supuestos en los que el nexo causal es prácticamente una realidad, pero indemostrable a ciencia cierta. La única justificación que tiene la admisión de una teoría como la presente, a juicio de este autor, se fundamenta en su eficiencia económica, virtud que queda ensombrecida por su visión incompleta del Derecho³⁷.

8. Es de recibo añadir que teorías como la presente, además de con voces discordantes, cuentan con sus propias doctrinas detractoras. Ejemplo de ello son las opciones ontológicas y de la causalidad probabilística.

La primera de las corrientes conceptuales considera que la pérdida de oportunidad es el menoscabo real sobre un bien, pero éste no se identifica con la supuesta ventaja final frustrada. Al no poder traducirse en el resultado dañoso, tampoco puede barajarse ni el daño emergente, ni el lucro cesante. ¿Cuál es el perjuicio indemnizable? La ocasión perdida, esa posibilidad o beneficio que, de acuerdo con esta teoría, es susceptible de valoración económica³⁸.

Por otro lado, la causalidad probabilística es muy similar a la del “todo o nada”, pero propone una identificación parcial o relativa, ya que según ésta, la pérdida de oportunidad es un sistema de responsabilidad añadido que permite la indemnización de casos en los que cabe la posibilidad de que el actor no haya sido el causante del daño. Esta teoría parte de la “incertidumbre razonable”, pero nunca “metafísica”, por su alto grado de inseguridad, llegando a admitir

37 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...*, *op.cit.*, páginas 338 a 342. Autores como YONG y RODRÍGUEZ YONG consideran que la aplicación de la figura “del todo o nada” provoca situaciones alejadas del concepto de justicia “Desde una perspectiva general, la admisión de una doctrina sobre la pérdida de una chance obedeció a razones de equidad, ya que la injusticia del nexo de causalidad del todo o nada dejaba sin indemnización muchos casos que eran dignos de ser indemnizados. En este sentido, la teoría de la pérdida de oportunidad procuraba “una solución equilibrada acorde con los dictados de la justicia a la que repugna que se exonere al agente (posiblemente) dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado”. YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”... *op.cit.*; concretamente en página 6.

38 La crítica a este tipo de ideas se centra en la desviación que provocan al partir de un daño etéreo, no en vano no se utiliza la técnica de la pérdida de beneficio final, sino la ventaja en sí como daño resarcible. Para los precursores de esta noción no existe ningún argumento que pueda justificar la no indemnización de asuntos en los que se ve envuelta la pérdida de oportunidad, al considerarse la pérdida de expectativas un elemento indemnizable por sí mismo, no requiriéndose la certidumbre del beneficio perdido.

la “dosificación” de la reparación del daño, en función de un cálculo probabilístico que incide en la causalidad de la realidad. La base la hallamos en que ésta desarrolla una subdivisión entre responsabilidad total (como perfecta y sin problemas de causalidad) y responsabilidad parcial, cuando únicamente se trata de una posible causación del daño.

2.2. Escenario de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

1. La Medicina no es una ciencia exacta y como tal cuenta con amplios márgenes de error que pueden llevar a situaciones insólitas, como lo puede ser la sanación y supervivencia a una afección grave y prácticamente incurable, o el fallecimiento por una intervención de escasa relevancia o como consecuencia de pequeñas heridas o lesiones.

2. El escenario base para la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria sería el de un paciente que acude a un hospital (bien por urgencia, bien por una consulta habitual), requiriendo la práctica de una prueba o tratamiento concreto, a fin de mejorar o sanar de una enfermedad que padece. Sin embargo y por cuestiones azarosas, no se puede acudir al medio diagnóstico en cuestión. Ello provoca que el paciente no pueda ser atendido a tiempo, produciéndose o el fallecimiento del mismo o el empeoramiento irreversible de su salud. Si bien cabe la posibilidad de que aun practicándose la prueba, el padecimiento no hubiese sido detectado, o que incluso conociéndose la patología, ésta no podría haber sido tratada; existe una certeza: el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas prácticamente a cero.

Es precisamente en este punto en el que se plantea la hipótesis de la pérdida de oportunidad: la causalidad física no permite hallar una conexión directa entre la posible actuación dañosa y el resultado final. La duda estriba en si un acto concreto ha podido ser el origen del daño final o no, y de aplicarse la doctrina de la responsabilidad civil de manera estricta, no cabría la posibilidad de indemnizar supuestos de hecho como el anteriormente comentado, algo que en algunos casos sería un atentado contra la justicia material. MEDINA ALCOZ es esclarecedor cuando se pronuncia sobre esta cuestión “La doctrina de la pérdida de oportunidad propugna el libramiento de un resarcimiento cuando queda acreditado, no que mediará el nexo físico de causalidad, sino, simplemente,

que las probabilidades de obtención de una ventaja fueran reales, serias o considerables”³⁹.

De las palabras de este autor se desprende que es necesario desarrollar un razonamiento inductivo sobre la causalidad material, que se traduce en un juicio previo que sirve a los efectos de discernir si la oportunidad perdida es circunstancial o tiene bases sólidas, y consecuentemente debe ser resarcible. Todo esto se realiza en casos como el ejemplo anteriormente mencionado, en el que no se dan todos los ingredientes de la responsabilidad civil, sobre todo el elemento causalidad. Ello deriva, de acuerdo con las afirmaciones de MEDINA ALCOZ, de que el conocimiento que el ser humano llega a alcanzar de la realidad es imperfecto, característica que se ve incrementada en los procesos judiciales; por lo que este autor considera que figuras como la pérdida de oportunidad y la prueba de presunciones, entre otras, forman parte de nuestra doctrina y jurisprudencia⁴⁰. El autor da un paso más y añade que estas ideas podrían considerarse técnicas a las que acude el juzgador cuando su sensibilidad jurídica queda maltrecha ante la objetividad de los hechos⁴¹.

La incidencia que la pérdida de oportunidad tiene sobre la causalidad es prácticamente su estandarte. Partimos de un escenario fáctico por el cual el perjuicio final no viene motivado por la actuación médica,

39 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 315.

40 MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 81.

41 No obstante, este autor señala límites, y divide en dos grupos las posibilidades resarcibles, por un lado las que denomina “pérdida de una ilusión” y por otro “dignidad de la chance”. La primera de las opciones la conformarían aquellos supuestos en los que la pérdida de oportunidad no es sólida, sino únicamente circunstancial, de ahí el calificativo “ilusión”. La segunda de las figuras alude a la “dignidad” del concepto, refiriéndose a la consistencia de la oportunidad perdida, debiendo entenderse que prácticamente roza la rigurosidad de las exigencias de causalidad, sin llegar a alcanzarlas. A lo que añade este autor “La doctrina de la oportunidad perdida auxilia a la víctima que acredita una etiología posible, pero sólo cuando no pueda imputársele la ausencia de la información con que podría averiguarse si hubo o no efectivamente lazo causal. Se aplica así en supuesto de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. No se aplica cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más seguro en torno a la existencia del lazo causal)”. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit.*, p. 99.

sino que la eventualidad dañosa se ve desplazada hacia los márgenes de probabilidad del supuesto. Se trata de un trasvase del escenario de hechos al Derecho, que obliga a romper las reglas clásicas de la causalidad e incluir valoraciones casuísticas en presupuestos jurídicos⁴².

2.3. Razón de ser de la pérdida de oportunidad

1. Ante un menoscabo en materia sanitaria, el paciente se encuentra en una clara situación de desigualdad, tal y como ocurre en los supuestos de aplicación de la figura del daño desproporcionado. Es importante tener presente que la víctima carece de conocimientos científicos en Medicina, lo que le dificulta mucho su capacidad probatoria frente a un hospital o médico concreto. Dicha desventaja puede provocar que casos susceptibles de indemnización escapen al control judicial.

La pérdida de oportunidad permite una presunción de la que se puede desprender que la no actuación o el despliegue negligente de actividades, privó a la víctima de un beneficio. En virtud de ello, se inicia un juego de porcentajes que posibilita que la indemnización se incremente o disminuya, pero que jamás alcance el 100% del daño final. El porcentaje 100% requiere la plena certeza, algo de lo que se carece en el caso de la pérdida de oportunidad, ya que se trata de una noción basada en suposiciones y en la que se parte de la hipótesis de que se desconoce cuál hubiese sido el desarrollo de los acontecimientos.

2. ASUA GONZÁLEZ resume esta idea en dos puntos de vital importancia para la pérdida de oportunidad. En primer lugar, la autora invoca el sentido de justicia, a fin de comprender la admisión de este concepto, en el sentido de que la utilización de algunas doctrinas como la del “todo o nada” hieren este principio, al resultar indemne una actuación potencialmente dolosa, culposa o negligente, que ha provocado un daño en una víctima; simplemente por la dificultad probatoria. En segundo lugar, esta autora

42 De manera similar se pronuncia RUBIO TORRANO “De acuerdo con ella, no puede establecerse una relación de simetría entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente, puesto que aquélla simplemente disminuye las probabilidades de curación o supervivencia, esto es, una pérdida de oportunidades para el paciente, que el Tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, pero tomando directamente como base para la valoración el daño a la salud del padecido”. RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”... *op.cit.*; concretamente en página 55.

acude al concepto de “asimetría probatoria”, en virtud del cual evidencia una desigualdad entre la situación procesal en la que se encuentra la víctima, frente a la del médico⁴³.

LUNA YERGA insiste en un aspecto para el que resulta clave la pérdida de oportunidad, “los daños pasivos”. Estos perjuicios son los que se producen por errores de diagnóstico y omisiones de tratamiento, por lo que no media una actividad médica dañosa, algo que hace que la necesidad de una construcción doctrinal como la pérdida de oportunidad se muestre más que evidente. Entendemos que con estos “daños pasivos” este autor se refiere a la frustración de expectativas, algo de difícil prueba, en virtud de lo cual sería necesario acudir a figuras como la presente⁴⁴. La imposibilidad de acreditar una circunstancia no implica que ésta no sea real o por lo menos que haya una sombra de sospecha. Por ello la pérdida de oportunidad es útil para conectar indicios y circunstancias desconocidas, desde las máximas de la experiencia⁴⁵.

GALLARDO CASTILLO da un último giro justificativo para argumentar que la pérdida de oportunidad trasciende de la cuestión probatoria y causal: el principio básico de la responsabilidad, la reparación del daño⁴⁶.

43 En base a esta última afirmación ASUA GONZÁLEZ señala que la admisión de esta noción depende del sistema de acogida de probabilidad de cada ordenamiento jurídico, ya que en países donde el nivel de exigencia sea elevado o estricto, la aplicación de esta figura sería imposible. A lo que añade que con ello se vulneraría el principio básico de la responsabilidad civil, que es precisamente resarcir el daño sufrido, ya que resultarían incólumes muchos casos en los que la lesión es una realidad y la actuación dañosa también, a pesar de las incapacidades probatorias. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 69.

44 LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica – sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 38.

45 GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 45. No obstante, esta autora asevera que para poder acudir a este concepto, previamente el perjudicado ha tenido que agotar todas las vías probatorias posibles, y una vez que se compruebe que a pesar del esfuerzo la causalidad no se encuentra lo suficientemente demostrada, es cuando se podrá utilizar la pérdida de oportunidad.

46 A pesar de que el principio básico de nuestro sistema de responsabilidad civil hunde sus raíces en la subjetividad y en la causalidad, existe una máxima por la cual la importancia de la lesión se ve apartada por el concepto de reparación del daño; es decir, se le otorga una posición preminente al resarcimiento del menoscabo en sí mismo, independientemente de la lesión, lo que nos permite entrever la posibilidad de que la contingencia no reciba un resarcimiento del 100%. Esta dinámica tiene su origen en el proteccionismo del particular que ha sufrido el daño, en virtud de lo cual la doctrina del Derecho civil se ha modificado profundamente. GALLARDO CASTILLO, María

Igualmente interesantes son las afirmaciones de GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ sobre esta cuestión, al apuntar que la razón de ser de esta idea radica en corregir las consecuencias de la incertidumbre. De tal forma que, aún no quedando probada la causalidad, si se evidencia la existencia de una oportunidad con peso, que se perdió como consecuencia de una actuación médica, cabe el reproche del caso⁴⁷.

Como conclusión podemos extraer, que a pesar de que esta figura es similar a otra cuya finalidad es la de allanar la actividad probatoria (daño desproporcionado), este concepto forma parte nexo causal, facilitando esa actividad inductiva de hallar una relación entre el daño sufrido (la pérdida de oportunidad) y la actuación u omisión.

2.4. Figuras afines y diferencias para con la pérdida de oportunidad

1. La naturaleza de la pérdida de oportunidad, que tiene su origen en las dificultades de la causalidad, hace que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan afanado en la búsqueda de figuras afines, cuya finalidad sea prácticamente idéntica: intentar paliar las desigualdades propias del proceso judicial, a fin de lograr un procedimiento más garantista. Vamos a elaborar un breve análisis de aquellas construcciones doctrinales similares a la pérdida de oportunidad, como lo son la prueba de presunciones y la teoría del aumento del riesgo.

En primer lugar, la *prueba de presunciones* se caracteriza por ser un recurso probatorio de amplio espectro, que puede utilizarse en todo tipo de procedimientos en los que exista algún tipo de dificultad de prueba. Su función es sencilla, al librar a la parte

Jesús: “De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”... *op.cit.*; concretamente en página 2140. La justificación que propugna AAGARD es prácticamente idéntica a la de los autores que ahora hemos analizado “The loss of **chance** doctrine addresses the perceived injustice of the traditional doctrine by recognizing a potential cause of action in any case in which the defendant’s negligent conduct decreased the plaintiff’s **chance** of recovery from a preexisting condition. Thus, the loss of **chance** doctrine gives a cause of action to the hypothetical plaintiff whose doctor’s negligence decreased her likelihood of survival from thirty-five percent to twenty percent”. AAGARD, TODD S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, *Michigan Law Review*, núm. 96, 1998, pp. 1335 – 1361; concretamente en página 1492.

47 GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”... *op.cit.*; concretamente en página 194.

obligada de la carga de demostrar la causalidad, se permite al Juez valorar la certeza de un hecho tomando como base indicios razonables. De esta forma se hace posible la conexión del daño con los hechos del litigio, fundamentándose en las reglas de la experiencia.

En segundo lugar, *la teoría del incremento del riesgo* sigue una línea prácticamente idéntica a la de la construcción doctrinal anteriormente comentada, ya que pretende favorecer la prueba del nexo causal. No obstante la similitud entre ambas técnicas, el origen de ésta última tiene una naturaleza distinta, dado que parte del dato objetivo de que la parte demandada ha incrementado el riesgo o las posibilidades de lesión con sus actuaciones. Esto provoca que la dinámica probatoria habitual resulte relajada, en la medida en que se entiende que ha existido una actuación de escasa diligencia, e incluso imprudente o dolosa por parte del demandado, que se refleja en el resultado final y que muy probablemente ha sido la causa directa del daño. En virtud de estas circunstancias, la parte actora encuentra allanado el camino probatorio en materia de causalidad⁴⁸.

2. ¿Cuál es la diferencia entre estos dos conceptos y la pérdida de oportunidad? La finalidad de esta última idea es la de otorgar una indemnización, o por lo menos un porcentaje de la misma, sobre una expectativa frustrada o posibilidad perdida. Así, mientras que las anteriormente mencionadas nociones son utilizadas por el juzgador para aquellos supuestos de hecho en los que la causalidad es difícil de demostrar, la pérdida de oportunidad, si bien puede aplicarse también en este tipo de asuntos, tiene otro campo de acción, como lo es la imposibilidad de acreditar la existencia de un nexo causal. Parece que el elemento diferenciador se centra en que la pérdida de oportunidad es una figura a la que acude el Juez cuando valora potencialmente las posibilidades que ha visto frustradas la víctima, y que ante su incapacidad probatoria, subsana dichas excepciones con la utilización de esta técnica. A esto debemos añadir, que mientras que en las figuras anteriormente comentadas, la vertiente dañosa conforma un daño real y efectivo, en la pérdida de oportunidad el resultado final no es el indemnizado, sino la pérdida de expectativas.

48 De acuerdo con las afirmaciones de FORAN a este respecto, en primer lugar el actor debe demostrar que la actuación negligente por parte del médico efectivamente ha aumentado sus posibilidades de sufrir un daño, y en segundo lugar, que la actividad en cuestión ocasionó, no sólo dicho acrecentamiento, sino que también fue un factor principal en la causación final del daño. FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”... *op.cit.*; concretamente en página 490.

2.5. El daño resarcible

1. El daño resarcible en la pérdida de oportunidad abarca todo un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual (como bienes extracorporales), pasando por el agravio a los bienes de la personalidad, siendo éstos últimos los más habituales, por conformar un atentado contra la vida o la integridad física de la víctima⁴⁹.

49 LUNA YERGA aborda el daño en la pérdida de oportunidad de la siguiente manera “El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso”. LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”... *op.cit.*; concretamente en página 5. De una forma muy similar se pronuncia GARCÉS – GARRO RANZ “La doctrina de la pérdida de oportunidad permite obtener un *quantum* indemnizatorio por los tipos de daños acaecidos, ya sean de carácter patrimonial, personal o moral, evaluándolos desde el concepto de daño actual, el cual se configura como un daño que debe tener el carácter de apreciable y evaluable en el momento actual, con lo que podrá cuantificarse tanto el daño pasado como el futuro”. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 43. Doctrina apoyada por AAGARD, que asevera que los daños indemnizables son los siguientes “A defendant doctor whose negligent misdiagnosis deprives a plaintiff of a **chance** to recover from a preexisting condition potentially has caused several different types of compensable harms. Five categories of harm potentially occur in a **lost chance** case: the ultimate harm, the **lost chance** of survival itself, increased physical pain and other physical losses, emotional losses, and consequential damages such as additional medical costs”. AAGARD, Todd S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”... *op.cit.*; concretamente en página 495. Por su parte LLAMAS POMBO se muestra bastante cauteloso y crítico cuando trata la cuestión del daño en la pérdida de oportunidad. Apunta este autor que únicamente debe acudirse a esta construcción doctrinal a los efectos de indemnizar aquel menoscabo que se desconoce si se produciría o no, esto es, cuando existe la más absoluta indeterminación. Basa su afirmación en dos extremos, ya que si se conoce que el perjuicio se hubiese evitado, no tiene sentido acudir a la pérdida de oportunidad, sino que debería indemnizarse la totalidad del supuesto. Contrariamente, si las posibilidades eran muy remotas, el daño no debería ser objeto de indemnización, por lo que concluye este autor señalando que la pérdida de oportunidad debe limitarse a supuestos marcados por la imprecisión, esto es, que se desconozca si se hubiese producido o no el daño. LLAMAS POMBO, Eugenio: “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” ...*op.cit.*; concretamente en página 2. Opinión compartida por MEDINA ALCOZ, al señalar éste que una alta probabilidad de evitar el daño debe traducirse en la existencia de un nexo causal y consiguientemente, la pérdida de oportunidad no sería necesaria. Otro tanto ocurriría en supuestos de éxito muy limitado, de ahí que esta noción deba limitarse a litigios en los que exista incertidumbre sobre su viabilidad. MEDINA ALCOZ, Luis: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 47, 2009, pp. 107 - 158; concretamente en página 123.

2. La naturaleza del daño patrimonial es clara, así como su materialización en la pérdida de oportunidad, pudiéndose observar en los supuestos en los que ésta se encuentra relacionada con procedimientos judiciales o concursos. En estos casos una actuación negligente de un abogado o procurador puede provocar en el actor un daño patrimonial subdividido en un lucro cesante y daño emergente.

El atentado moral y espiritual se materializa en un perjuicio provocado en bienes extracorporales, que puede traducirse en el sufrimiento, preocupación o malestar que puede ocasionar la frustración de una oportunidad. Opción que puede materializarse en la práctica totalidad de vertientes de la pérdida de oportunidad.

Por último, la agresión contra los bienes de la personalidad, como lo son la vida y la integridad física, es el aspecto clave a fin de adaptar la pérdida de oportunidad a la responsabilidad sanitaria.

3. Huelga señalar que es necesario aplicar estas tres vertientes dañosas al ámbito sanitario. El daño contra la incolumidad física del paciente conforma uno de los ejes de la pérdida de oportunidad, debiendo observarse desde dos perspectivas. Por un lado, la del daño emergente, como lo es la materialización real de una contingencia como consecuencia de una omisión o una actuación negligente (pérdida de un miembro por la falta de tratamiento de un herida, por ejemplo). Por otro lado, el lucro cesante entraña una mayor complicación, dado que se encuentra envuelto por una sombra de incertidumbre añadida a la de la propia construcción doctrinal. Podría entenderse como el daño futuro posible aún no materializado, pero que como consecuencia de una actividad médica se ha incrementado la posibilidad de que éste se produzca. Imaginemos un caso en el que un paciente ha sido sobreexpuesto a radiación, por ejemplo, aumentándose así las posibilidades de que éste, en un futuro, sufra una patología relacionada con este incidente aislado. Por supuesto, las dificultades inherentes a esta vertiente dañosas son múltiples, ya que la actividad probatoria se encuentra recrudescida; a lo que deberíamos añadir, que por razones obvias, la indemnización debería otorgarse en el momento en el que el daño fuese real, y no cuando se produjese la actividad negligente, ya que la incertidumbre no permitiría opción indemnizatoria alguna⁵⁰.

50 MEDINA ALCOZ acude a los vocablos de *lucro captando* para hablar del lucro cesante y *damno vitando* en relación al daño emergente. MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y*

La segunda de las vertientes, la de los daños a los bienes extracorporales, tiene una aplicación muy similar en la responsabilidad sanitaria a la de cualquier otra opción dañosa. En esta ocasión se traduciría como la angustia o sufrimiento que padece la víctima como consecuencia de ver sus expectativas frustradas, o en el caso del lucro cesante, la preocupación e incomodidades que puede comportar la incertidumbre por una posible enfermedad futura, como consecuencia del actuar médico⁵¹.

El último de los aspectos a mencionar es el patrimonial, en el cual volvemos a encontrarnos ante la división del daño emergente y el lucro cesante. Como daño emergente podríamos considerar aquel que se provoca al paciente como consecuencia de los

días de inactividad o tratamientos que éste ha tenido que desembolsar. En lo que al lucro cesante respecta, debemos situarnos en un escenario distinto, como lo sería por ejemplo, la pérdida de ganancias posibles que una persona deja de obtener, como consecuencia de la lesión sufrida, que le imposibilita para su trabajo. El ejemplo clásico y el más evidente, sería el de un músico, pianista por poner un ejemplo, que como consecuencia de una atención deficiente tras una fractura en una de sus manos, pierde parte de la movilidad de los dedos, resultando imposibilitado para el ejercicio de su trabajo. El lucro cesante lo encontraríamos en el revés económico y profesional sufrido por éste, en su ámbito laboral⁵².

III. ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO

En la segunda parte de este trabajo se procederá a aplicar todo lo analizado a lo largo de las anteriores páginas sobre la pérdida de oportunidad a la casuística concreta. Para tal fin se efectuará un examen jurisprudencial de en algo más de una década de resoluciones (desde el año 2000 hasta prácticamente la actualidad) que se hayan pronunciado sobre esta materia concreta, utilizando como único medio de organización, la afinidad fáctica de los distintos casos.

Iniciaremos este apartado con supuestos en los que la pérdida de oportunidad viene provocada por la falta de realización de una prueba diagnóstica, seguido por litigios en los que la problemática se basa en la práctica tardía de actividades de diagnóstico, continuando con casos de pérdida de oportunidad por no efectuar un tratamiento a tiempo, pasando por aquellas resoluciones en las que una pérdida de oportunidad se entrelaza con un error de diagnóstico; finalizando con el análisis de aquellas controversias en las que se exige responsabilidad por una pérdida de oportunidad en actos médicos relacionados con alumbramientos.

3.1. La pérdida de oportunidad ante la falta de realización de pruebas diagnósticas necesarias

La temática del apartado que estudiaremos a continuación es bastante sencilla, ante la necesidad de un

jurisprudencial de derecho de daños público y privado... op.cit., p. 74.

51 El daño moral ya se apuntaba en el año 1998 como uno de los potenciales daños de esta figura, dado que además de la probabilidad frustrada, el abanico dañoso provocado al paciente era mayor, de ahí la necesidad de acudir a una eventualidad más, como lo es el daño moral, que podría traducirse en la incertidumbre o angustia que ha generado esa situación en la persona que ha perdido una posibilidad de éxito por una actitud negligente. ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: "La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp 1 - 2; concretamente en página 2. ARCOS VIEIRA, en una línea similar, considera que precisamente ésta, la del daño moral, es la única de las vertiente indemnizables más clásica de la pérdida de oportunidad "De hecho, la imposibilidad de prueba del nexo causal en estos casos – entre la situación actual del demandante, que éste considera perjudicial, y una acción u omisión del demandado – explica que la doctrina se haya replanteado cuál sea realmente el daño invocable, entendiéndose que lo constituye estrictamente la pérdida de una *oportunidad*, respecto de la cual parece que cabe aplicar con mayor facilidad la teoría de la *conditio sine que non*. Lo que, en el fondo, supone resolver el problema de la relación de causalidad a costa de complicar el de la determinación y posterior valoración del daño, porque en realidad la oportunidad perdida no es sino una «partida» -aunque, frente a otras, más fácilmente – del concepto más amplio de daño moral – en el sentido de daño no susceptible de valoración económica". ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2005, p. 55. Por su parte XIOI RÍOS, con una teoría muy similar a la seguida por ARCOS VIEIRA, asegura que si bien es cierto que el daño moral puede ser considerado uno de los perjuicios de la pérdida de oportunidad, no puede equipararse, tal y como la doctrina clásica hacía. Con esta vía argumentativa se conseguía, aunque forzosamente, superar los obstáculos que presentaba la causalidad. En este asunto la pérdida de oportunidad ostentaba un papel secundario y de mero maquillaje. Este autor acude a una serie de argumentos lógicos a fin de negar esta relación, partiendo en primer lugar del hecho de que la existencia de un bien o un derecho indemnizable no puede depender de la efectiva concurrencia de un nexo causal; en segundo lugar, la mera privación de una actuación no puede considerarse un daño resarcible, sino el perjuicio derivado del mismo, algo que no ocurre si adoptamos la forma de la pérdida de oportunidad. XIOI RÍOS, Juan Antonio: "El daño moral y la pérdida de oportunidad"... *op.cit.*; concretamente en página 14.

52 YZQUIERDO TOLSADA pone especial énfasis en diferenciar el lucro cesante del daño propio de la pérdida de oportunidad, tal y como señala este autor, no es lo mismo la incertidumbre sobre un eventual beneficio futuro que podría haberse llegado a obtener, que la certeza de la pérdida de una posibilidad real existente. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998"... *op.cit.*; concretamente en página 538.

diagnóstico, un paciente ve dificultada la prueba a la que es necesario someterle, bien por una negligencia o una cuestión del azar; hasta el punto de que ésta no llegar a practicarse, con graves consecuencias para su salud.

3.1.1. Supuestos en los que la figura fue estimada

1. La primera de las resoluciones es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007⁵³. En este litigio un hombre acudió a un hospital aquejado de una angina de pecho, siendo ingresado en la unidad coronaria del centro sanitario en cuestión. Se comenzó un tratamiento farmacológico, que de acuerdo con los protocolos establecidos en el sanatorio, no debía superar las 78 horas si el paciente seguía aquejado de los mismos dolores o su situación coronaria no mejoraba. Dado que el estado del enfermo no evolucionaba como debía, el equipo médico observó la necesidad de practicar una coronariografía de urgencia, a fin de diagnosticarlo y actuar con rapidez, dado que ya se había aguardado un tiempo de espera prudencial.

A pesar del apremio, la coronariografía en cuestión no pudo llegar a practicarse, por no encontrarse el servicio a disposición del personal sanitario. Ello entrañó una tardanza innecesaria en el diagnóstico, lo que provocó que el paciente no pudiese ser tratado a tiempo, abocando ello en una compleja intervención a la que tuvo que someterse de manera urgente, que sin embargo no logró frenar un infarto de miocardio que acabó con la vida del enfermo.

En base a las circunstancias antedichas, la familia del fallecido pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la muerte del enfermo, siendo sus pretensiones inadmitidas en primera instancia y parcialmente admitidas en apelación. En virtud de la situación, la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Es necesario tener presente que se trata de un paciente que acudió a un centro sanitario aquejado de una angina de pecho, es decir una situación de gravedad, y que siguiendo los protocolos hospitalarios permaneció bajo tratamiento y en observación, durante un periodo de 48 a 78 horas. Ante la falta de una mejoría visible, se optó por efectuar una práctica diagnóstica drástica que permitiría obtener un resultado

certero, o por lo menos atisbar el grado de la lesión, a los efectos de poder iniciar un tratamiento o programar una cirugía. De acudirse a ambos medios (prueba y tratamiento) no existía una certeza de curación, aunque sí un mínimo de posibilidades. No obstante, cualquier probabilidad de sanación se perdió por la imposibilidad de someter al paciente a la prueba en cuestión. Lo que se tradujo en una actuación a ciegas, que no evitó el fallecimiento del enfermo por un fallo cardiaco.

De estas últimas líneas podemos extraer la esencia misma de la noción de la pérdida de oportunidad, la concurrencia de una interrupción azarosa en la relación médico - paciente que provoca un desenlace fatal, como lo es el fallecimiento de éste último. En esta misma línea parece pronunciarse el juzgador “La sentencia no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo y ello constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, que a la postre fue determinante de la posterior evolución del paciente, sin que esta relación de hechos fundamentan el criterio de imputación haya sido combatida mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de la que se considera infringida”⁵⁴.

El daño del caso que nos ocupa no fue provocado por la actuación u omisión sanitaria que sufrió el paciente, sino que éste ya se encontraba en un estado grave. De las palabras del Alto Tribunal se desprende precisamente esto, que aquello que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo por un fallo cardiaco, no en vano él llegó al centro de salud aquejado de una angina de pecho. La reparación por pérdida de oportunidad recae sobre el retraso de diagnóstico y tratamiento que sufrió el paciente, como consecuencia de que no le fue practicada una prueba que resultaba de vital importancia para su diagnóstico⁵⁵.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007... *op.cit.*

⁵⁵ En una línea prácticamente idéntica se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 6209/2009, ponente Martí García) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 579/2011, ponente Pico Lorenzo).

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007, Sala Primera, recurso 3360/2000, ponente Seijas Quintana.

2. La segunda de las resoluciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007⁵⁶, puede ser una de las más esclarecedoras, en la medida en que la pérdida de oportunidad se manifiesta inequívocamente. Un paciente acude a un centro médico cercano a su localidad de residencia derivado de urgencias, sobre las cuatro de la mañana, por presentar una isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de la arteria iliaca. Ante la imposibilidad de establecerse la etiología del cuadro que presentaba, se optó por la vía más correcta y rápida, como lo era la práctica de una arteriografía, la cual debía efectuarse con urgencia y en un plazo máximo de 20 horas desde el ingreso del enfermo. Esta técnica es la más idónea, en la medida en que puede arrojar un diagnóstico concluyente y permitir un tratamiento rápido. Aunque el facultativo que debía practicar la mencionada prueba se encontraba en su día de descanso, acudió al centro sanitario cuando fue llamado, dada la urgencia del supuesto. Sin embargo, esta actuación resultó infructuosa, por no encontrarse el equipo de personal auxiliar complementario necesario para realizar el acto médico, debido a que era fin de semana. Este sanatorio no prestaba este servicio de manera ininterrumpida, ya que los fines de semana no había personal a tal efecto. A pesar de la imposibilidad material de practicar la arteriografía, no se optó por una medida drástica que solucionase la situación, como lo podría haber sido el traslado del paciente a otro hospital, donde esta prueba habría podido practicarse. La falta de tratamiento provocó el fallecimiento del enfermo por una disección de la aorta⁵⁷.

Ante las circunstancias antedichas los familiares del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en primera instancia, no así su recurso de apelación, que resultó parcialmente estimado ante la Audiencia Provincial competente; a pesar de lo cual, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto es un buen ejemplo de la pérdida de oportunidad y su juego de porcentajes. Comentábamos algunas páginas atrás que los márgenes de probabilidad en los que se mueve la pérdida de oportunidad, a pesar de las divergencias doctrinales existentes, son del 55% y del 45%. Ahora bien, autores

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, Sala Primera, recurso 1007/2000, ponente Montes Penadés.

57 De haberse practicado la arteriografía se hubiese detectado la disección de la aorta que se sospechaba que padecía el paciente y se habría podido actuar en consecuencia. Se colige de la literatura médica aceptada, que dado el cuadro que presentaba el paciente, bien mediante cirugía cardiaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito se encontraban acotadas a un máximo del 20%.

como DE ÁNGEL YÁGÜEZ optan por una mayor discrecionalidad en lo que los porcentajes se refiere. Prueba inequívoca de la idoneidad de esta opción es la sentencia que nos ocupa, donde el porcentaje de éxito ronda el 20% y aun así el recurso fue estimado.

Aunque la pérdida de oportunidad parece poder enterearse en la práctica totalidad de la sentencia, lo cierto es que el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse sobre la misma, acudiendo en su lugar a una omisión de medios⁵⁸.

No obstante lo señalado, lo cierto es que consideramos que la pérdida de oportunidad está latente en la práctica totalidad del supuesto. Un paciente acude a un hospital derivado de un centro de asistencia primaria con un diagnóstico de gravedad, ya que a fin de hallar el origen de su dolencia era necesaria la práctica urgente de una prueba de cierta complicación, requiriéndose personal especializado. A pesar de que el facultativo que debía efectuarla no se encontraba trabajando, debido a la urgencia se prestó rauda para su realización, una actuación loable que resultó infructuosa, por no ocurrir lo mismo con el resto del personal auxiliar. Encontramos precisamente en este punto la manifestación misma de la noción de la pérdida de oportunidad, en la medida en que, a pesar de que el enfermo requería una actuación rápida a los efectos de salvar su vida, o por lo menos para mejorar su salud, ésta no puede llegar a practicarse por una cuestión azarosa que incidió desfavorablemente en la relación médico – paciente.

De los hechos se desprende, que si bien es cierto que no existía certeza alguna de sanación, y que tal y como se menciona en el relato, la posibilidad de mejora no superaba el 20%, no practicar la prueba necesaria y la consiguiente imposibilidad de actuar, incidieron en la situación del paciente; condenándolo a carecer de cualquier probabilidad de sanación, o cuanto menos, de tratamiento.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001⁵⁹ sigue una línea prácticamente

58 Concretamente asevera sobre la omisión de medios lo siguiente “En vista de la concreta actuación del profesional demandado, de la situación del paciente y de las posibilidades terapéuticas que ponen de relieve los informes periciales, parece que imputar al demandado el daño que supone la muerte del paciente parece excesivo en relación con la omisión no de una prueba diagnóstica, que el médico no podía llevar a cabo, sino con la omisión de una indicación de traslado a otro centro en que la prueba se pudiera realizar cuando la disección aórtica no era ni probable, sino meramente, “no descartable””.

59 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, Sala Tercera, recurso 4596/1997, ponente González Navarro.

idéntica a la de las controversias anteriores. En este asunto D. Luis María ingresó en el Servicio de Urgencias de un hospital cercano a la localidad donde residía, sobre las doce del mediodía, aquejado de un fuerte dolor en el tórax. Se le practicó un estudio analítico y un electrocardiograma, de los que se dedujo la posibilidad de que padeciese un posible aneurisma aórtico. Dada la situación, era necesario someter al paciente a una artografía, que sin embargo no pudo efectuarse porque no había angiólogo de guardia.

Se intentó paliar esta dificultad con un TAC, que arrojó un resultado negativo, que después se calificó como “falso negativo”. Casi cinco horas más tarde se consiguió la confirmación del diagnóstico por vía de otra práctica probatoria, una ecocardiografía, que permitió diagnosticarle de aneurisma aórtico disecante.

Con estos datos, tanto el médico que le había atendido desde un primer momento, como el que había practicado la prueba, acudieron a un quirófano donde se encontraban operando los miembros del equipo cardiovascular del hospital (otro caso de aneurisma aórtico). Éstos señalaron, que dado que tendrían que finalizar la intervención que se encontraban desarrollando, sería preferible remitir al enfermo a otro sanatorio a fin de evitar riesgos por la espera, dado que ya se había perdido mucho tiempo en el diagnóstico. Sin embargo, este traslado no fue posible porque el centro donde iba a ser enviado denegó esta solicitud por ausencia de personal, por lo que fue necesario aguardar a que el equipo cardiovascular concluyese la cirugía. A pesar de los esfuerzos desplegados, el paciente falleció pasadas las ocho de la tarde de ese mismo día.

En virtud de estos hechos, los parientes de D. Luis María pretendieron el resarcimiento del daño sufrido. Sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este supuesto es probablemente uno de los más llamativo que estudiaremos en el presente apartado de prácticas probatorias omitidas, dado que un paciente gravemente enfermo que requiere una actuación rauda, ve ralentizado, no sólo el tratamiento a recibir porque llegó en segundo lugar, sino también el diagnóstico; por el simple hecho de que aunque el hospital contaba con los recursos materiales necesarios, no tenía un facultativo capacitado para utilizarlos. Todo ello obligó a los médicos que lo atendían a utilizar otros medios, que permitieron alcanzar un diagnóstico, pero tardío. A estos desdichados factores

tenemos que añadirle el hecho de que las rápidas actuaciones de los profesionales del centro apuntaron a un traslado urgente para tratar al enfermo, el cual tampoco fue posible. Todos los esfuerzos resultaron en vano, porque a pesar de que el paciente fue intervenido, éste apenas sobrevivió a la cirugía, feneciendo dos horas después de entrar al quirófano.

El juzgador se muestra firme con la condena al centro sanitario, y no a los médicos, cuando ante la defensa del mismo haciendo alusión al “régimen de cola”, como necesidad de todo sanatorio para justificar la tardanza, apunta “El llamado régimen «de cola» es criterio -alumbado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar. Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. Porque era necesario explicar -y era el Servicio de la Salud el llamado a hacerlo y no lo ha hecho- porqué no había angiólogo de guardia. Y era necesario explicar también -y era el Servicio andaluz de la Salud el que tenía la carga procesal de hacerlo, y tampoco lo ha hecho, porqué el Hospital de la Virgen Macarena no pudo hacerse cargo del paciente. No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles -dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en «la cola»⁶⁰.

De las palabras del Alto Tribunal parece poder inferirse, que si bien éste no menciona expresamente la pérdida de oportunidad, sí que considera como elemento clave para el fallecimiento del paciente la limitación de medios del centro, que provocó una espera exagerada para una afección como la que sufría el enfermo.

4. El cuarto litigio a analizar es un caso idéntico al anteriormente comentado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007⁶¹. En

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001... *op.cit.*

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007, Sala Primera, recurso 21/2000, ponente García Varela.

este proceso D. Silvio sufrió un accidente cuando estaba trabajando, le cayó una viga encima de una pierna, y fue trasladado urgentemente al hospital más cercano al lugar del accidente. En el centro sanitario le fue inmovilizada la pierna, únicamente por la parte posterior, y se ordenó el traslado del paciente a otro sanatorio donde pudiese practicársele una arteriografía, ya que los vasos de la pierna podían estar comprometidos y en sus instalaciones no contaban con un servicio vascular. Sin embargo, en el segundo centro la máquina estaba averiada, de forma que no pudo sometérsele a la práctica diagnóstica en cuestión. Habiéndose efectuado algunas comprobaciones superfluas, se consideró que la pierna no se encontraba comprometida y el paciente fue directamente remitido al primer hospital, donde su familia tomó la iniciativa de ingresarlo en una clínica, a fin de que se le pudiese realizar el estudio pertinente. Efectuada la arteriografía, se comprobó la amputación de tres de los vasos de la pierna accidentada en su tercio distal, por lo que se adoptó una actitud expectante (inmovilización parcial de la pierna y tratamiento conservador), hasta que al día siguiente se observó que la pierna presentaba una isquemia irreversible, siendo necesaria la amputación de la misma por debajo de la rodilla.

En base a los mencionados hechos, D. Silvio pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en primera instancia y confirmada en grado de apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Nuevamente nos encontramos ante una resolución típica de un caso de pérdida de oportunidad. Un paciente acude a un servicio de urgencias tras haber sufrido un accidente que muy probablemente haya comprometido la irrigación de su pierna, y por un motivo u otro, una prueba necesaria no llega a practicársele.

Es precisamente en este punto en el que nos encontramos con la materialización misma de la pérdida de oportunidad, aunque con un matiz distinto que en los supuestos anteriores. Si bien en las resoluciones precedentes el elemento azaroso que provocaba la imposibilidad de actuación consistía en la avería del aparato a utilizar o la ausencia de personal, en este litigio radica en la omisión del facultativo que atendió al enfermo en el segundo centro. Tras efectuar sucintas comprobaciones, aún a sabiendas del grave accidente sufrido por el paciente, consideró innecesaria la práctica de una prueba diagnóstica

de ese calibre y lo remitió al primer hospital con un diagnóstico preliminar favorable.

Aunque podríamos observar una omisión de medios o una vulneración de la *lex artis*, hemos calificado el presente supuesto de pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que lo contrario sería una visión parcial del caso. Observando la relación fáctica desde una perspectiva completa, es decir en su totalidad, comprobamos que lo que sufrió el paciente fue una pérdida de oportunidad provocada por una omisión de medios que le condenó a no recibir tratamiento alguno para su pierna y perderla; todo ello careciendo de la certeza de que si de haberse practicado la prueba, se hubiese obtenido un diagnóstico acertado y se habría llegado a preservar la pierna.

El Tribunal Supremo se muestra acorde a la posición que aquí mantenemos cuando señala “La sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos jurídicos fueron aceptados por la Audiencia, ha manifestado la evidencia de la actuación imprudente por el Dr. Jesús Manuel, su conducta incorrecta y contraria a la “*lex artis*” en la asistencia prestada al demandante en el Servicio de Urgencias del “Hospital Juan Canalejo”, al no realizar los tactos, exploraciones y pruebas oportunas, especialmente la arteriografía, habida cuenta de que ya en Ferrol se había detectado un compromiso vascular circulatorio, y venía (sic) diagnosticado de esta manera, sin que le libere de responsabilidad el hecho de que la máquina para efectuar las arteriografías estuviera averiada, pues, aunque así fuera, y dada la trascendencia de esa prueba, lo lógico y sensato hubiera sido trasladar al paciente a otro Centro donde la misma pudiera realizarse; e, igualmente, dicha resolución ha argumentado que todo ello se desprende claramente de la documentación médica aportada con la demanda, también incorporada al precedente juicio de faltas; y que la prueba pericial médica practicada en el proceso corrobora las conclusiones anteriores, también recogidas en el juicio penal, toda vez que el perito informante en autos valoró el proceso asistencial de que fue objeto el demandante, ha explicado los aspectos en que se concreta la actuación incorrecta del demandado, y concluyó que, en cuanto a la relación que la amputación tiene con la actuación médica dispensada al paciente, si bien parece claro que no ha sido ni suficientemente correcta ni diligente, no puede establecerse con certeza que haya determinado, de forma cierta, directa y total, en la no viabilidad del miembro, aunque ha agotado las posibilidades, pequeñas o grandes, que el paciente podría tener de haberse llevado a cabo aquella de forma adecuada, es decir, que si bien no puede

establecerse con certeza que las insuficiencias detectadas en la asistencia al demandante fueran la causa de la amputación de la pierna izquierda tras el grave traumatismo sufrido el 13 de julio de 1987, lo cierto es que las mismas han privado al paciente de las posibilidades que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda. Desde la perspectiva de los datos demostrativos declarados probados en la instancia, se declara en esta sede que, en el caso de autos, el resultado provocado por la conducta del Dr. Jesús Manuel fue dañino para el paciente e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, ya que no ha actuado con un comportamiento profesional diligente y de conformidad con los datos actuales de la ciencia, lo que permite sentar que hubo negligencia en el citado demandado⁶².

Antes de finalizar este comentario conviene destacar un aspecto concreto sobre el que persevera el juzgador con contundencia: el nexo causal. Esta cuestión es precisamente uno de los puntos sobre el que la parte demandada más insiste, la inexistencia de una relación de causalidad entre no practicarse la prueba y la amputación de la pierna, dado que la situación de la extremidad inferior del paciente era grave. Es precisamente sobre este elemento sobre el que la pérdida de oportunidad toma protagonismo, ya que lo que resulta reprochado, y consecuentemente indemnizado, no es la amputación de la pierna, sino la práctica condena a ello, por no someterse al accidentado a ninguna prueba⁶³.

5. La penúltima resolución objeto de análisis es la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre

62 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2007... *op.cit.*

63 Por su semejanza con la anterior controversia estudiada, no procede efectuar un nuevo comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003 (Sala Primera, recurso 2837/1997, ponente Villagómez Rodil), en la que un paciente acudió a un centro sanitario derivado de su médico de cabecera, con un diagnóstico provisional de extrema gravedad: posible aneurisma de aorta. No obstante, la médico que la atendió, desoyendo los consejos de su compañero de profesión, consideró que la afección no era tal y sin someterlo a prueba alguna, le remitió a su domicilio; falleciendo el paciente antes de llegar a su casa. Aunque la literatura médica sitúa en torno al 50% las probabilidades de éxito en este tipo de cuadros si son intervenidos a tiempo, observamos cómo la pérdida de oportunidad del caso se encuentra en no practicar las pruebas que se habían solicitado, condenando al paciente a una muerte segura. De esta misma opinión se muestra ASUA GONZÁLEZ, cuando señala que los porcentajes de este litigio no resultaban tan acotados como para no permitir barajar una posibilidad real de sanación, de haberse actuado de manera diligente y acorde a las instrucciones del médico de cabecera del paciente. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 29.

de 2007⁶⁴. En este litigio D^a. Blanca acudió a un centro hospitalario para someterse a una cesárea programada, por desproporción pelvi-fetal. La intervención transcurrió con plena normalidad, pero la noche del día mismo de la operación la paciente comenzó a sufrir fuertes dolores abdominales, a los que el personal sanitario no les dio especial relevancia, limitándose a prescribirle nolutil; no apreciándose hasta horas después que la enferma presentaba escasa orina, diuresis hematórica, mucha sed, vómito biliar y no retorno a sonda vesical.

D^a. Blanca siguió en esta situación durante toda la mañana siguiente, pero al detectarse que tenía el vientre duro se dio aviso al médico de guardia, que le puso una sonda nasogástrica; manteniendo D^a. Blanca orina escasa y hematórica. A pesar de estos tratamientos, el estado de la paciente no mejoró, y al segundo día de la cirugía siguió sin poder orinar, llegando a un estado de taquicardia y toquiquemia (sudor frío), entrando en estado de shock. Se decidió entonces practicar una laparotomía, que se llevó a cabo sobre las 11,00 horas del mismo día, sin que la paciente llegase a recuperarse, falleciendo a las 15,30 horas; no habiéndole sido suministrado antibiótico alguno hasta momentos antes de iniciarse la laparotomía.

La autopsia reveló que lo que provocó la muerte de la paciente fue que durante la cesárea se produjo una rotura de la vejiga, que permitió la salida de la orina al peritoneo, lo que desencadenó una grave infección que no pudo ser corregida a tiempo, como consecuencia de la falta de administración de antibióticos.

Esta sucesión de hechos dio lugar a que los familiares de la fenecida pretendiesen el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en instancias inferiores, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Si bien en un principio esta controversia puede ser menos llamativa que las demás, por el simple hecho de que no existe un factor que resulte decisivo, como lo puede ser la falta de realización de una prueba o la ausencia de material, lo cierto es que ello no es óbice para no considerar este supuesto un caso de pérdida de oportunidad. ¿Dónde se encuentra entonces la *perte de chance*? A pesar de que el Alto Tribunal la sitúe en un único punto, como lo es el retraso de la intervención, estimamos oportuno considerar,

64 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 604/2004, ponente Puente Prieto.

que si bien es cierto que ésta se dilató en el tiempo de manera indebida, ello fue como consecuencia de la ausencia de un diagnóstico previo. La paciente mostraba claros signos de malestar, a lo que debemos añadir que los problemas con el drenaje y la sonda resultaban alarmantes, a pesar de lo cual no se actuó en consecuencia y no fue hasta que se observó que el vientre de la paciente estaba duro, cuando se comenzó a indagar qué le podía ocurrir, casi dos días después de la cesárea. Por lo tanto, aunque es cierto que la cirugía se dilató en el tiempo, también lo hizo el necesario tratamiento antibiótico, porque se carecía de un diagnóstico.

Parece tratarse de un claro supuesto de pérdida de oportunidad, que aunque menos evidente que los anteriormente estudiados, sigue una dinámica y una filosofía común, por la cual la tardanza en las actuaciones provocó la falta de administración de un tratamiento preventivo (antibiótico) que paliase la infección que aquejaba a la paciente. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo, aunque el eje central de su argumentación gire en torno a la segunda cirugía “Contrariamente a lo afirmado por los recurrentes, el motivo de casación ha de ser desestimado por cuanto que, en realidad, lo que los recurrentes efectúan es una diferente valoración de la prueba evaluada por el Tribunal de instancia y que, en atención sustancialmente al resultado del informe del Instituto Nacional de Toxicología, entendió que dicha responsabilidad existía y era el resultado de que, si bien los cuidados postoperatorios fueron los normales, se había dilatado la segunda intervención en exceso, realizándose ya en pleno estado de shock, lo que motivó y condicionó los resultados negativos derivados de esa tardanza en la toma de decisiones a la hora de practicar la segunda intervención. Y tal valoración de los hechos realizada por el Tribunal de instancia no puede cuestionarse en casación si no es invocando una infracción de preceptos sustantivos sobre valoración de prueba tasada o alegando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración de la prueba que, desde luego, no resulta de la literalidad del informe más arriba transcrito del Instituto Nacional de Toxicología que atribuye la causa del fallecimiento al retraso en la práctica de la segunda operación y, por ello, no cabe admitir como justificación, según la sentencia expresamente afirma, que se produzcan consecuencias como la que motivó el recurso que, de haber mediado la diligencia debida, podían haberse evitado”⁶⁵.

6. El último litigio objeto de análisis sigue una dirección prácticamente idéntica a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007⁶⁶. En este asunto a D^a. Diana se le practicó una histerectomía total con anexectomía derecha, cirugía que se desarrolló con plena normalidad, salvo porque en el curso de la misma se le seccionó el uréter derecho, algo que pasó desapercibido a los cirujanos.

Esta lesión se tradujo en una lenta evolución de la paciente, que presentaba cuadro de disnea, taquipnea, taquicardia e íleo paralítico; y más tarde tromboembolismo pulmonar. Todos estos síntomas fueron tratados por separado, sin llegar a indagarse qué los motivaba. Para cuando finalmente hubo sospechas de una posible sección del uréter y se operó a la enferma, ya habían pasado cinco días desde la cirugía. Precisamente por ello, la salud de D^a. Diana no pudo ser restablecida, acarreándole la demora en las actuaciones, importantes secuelas físicas.

La paciente pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda parcialmente estimada en instancias inferiores, por lo que fue la parte demandada la que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este supuesto, al igual que ocurre en el anteriormente analizado, la pérdida de oportunidad no es tan visible como en los litigios previamente examinados, en los que el elemento azaroso no permite acudir al medio diagnóstico o al tratamiento necesario. En esta controversia el aspecto interceptor en la relación médico - paciente se encuentra embebido en la redacción de los hechos y es necesario realizar una revisión más profunda de la relación fáctica. La respuesta a la pregunta sobre dónde encontramos la pérdida de oportunidad la hallamos en un minúsculo detalle: la tardanza en el diagnóstico, que motivó una intervención tardía, provocando graves secuelas en la paciente y que aún padece en la actualidad, o por lo menos en el momento de dictar la sentencia. Parece adecuado apuntar, que si bien es cierto que la enferma estaba siendo tratada, lo era únicamente en relación a los síntomas que padecía, y por separado, pero no por la lesión que se le provocó. Una diagnosis temprana quizás hubiese permitido que la enferma no padeciese ningún tipo de consecuencias, o de tenerlas serían de menor entidad que las que padece, algo sobre lo que sin embargo no tenemos certeza. Se trata de la definición misma de la pérdida de

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007... *op.cit.*

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, Sala Tercera, recurso 7418/2004, ponente Robles Fernández.

oportunidad, tal y como de las palabras del juzgador se desprende “De la transcripción que se ha hecho de la Sentencia recurrida resulta que en la misma el Tribunal “a quo” excluye que haya habido mala praxis en las concretas intervenciones quirúrgicas que se realizaron a la paciente, sin embargo tiene por probado que hubo un retraso en el diagnóstico y conocimiento de que se había seccionado el uréter en el curso de la primera intervención quirúrgica y que fue ese retraso en el diagnóstico, el que contribuyó a una evolución que no pudo controlarse adecuadamente al no conocerse su causa y que culminó con la pérdida funcional del riñón derecho de aquella. Además en su argumentación tiene por probado que ese retraso en el diagnóstico fue debido al trasiego hospitalario a que se sometió a la paciente, tratada por diferentes Servicios del Hospital Clínico San Carlos, y se basa para ello en los reiterados Informes del Médico Forense Don. Carlos Ramón en los que se explicita A) que ha habido un evidente retraso en el diagnóstico de la sección del uréter de la paciente en el curso de la primera intervención quirúrgica y que tal sección fue la causa generadora de los padecimientos de esta, señalando incluso que los ginecólogos que practicaron la tercera intervención debían haber solicitado la colaboración de un urólogo o un cirujano digestivo para averiguar las causas de los derrames persistentes en cavidad abdominal. B) que ese retraso fue originado por los distintos cambios de planta y los distintos Servicios médicos que examinaron a la actora sin la necesaria coordinación, y C) que tal retraso en el diagnóstico fue un factor relevante en la evolución de los padecimientos de la actora y una concausa trascendente en el resultado final que culminó con la pérdida del riñón derecho. La propia Inspección Médica en su Informe reconoce que la paciente fue atendida por distintos Servicios médicos, con relación a los cuales los informes del Dr. Carlos Ramón no dejan lugar a duda sobre su inadecuada coordinación a los efectos de realizar un diagnóstico como era la sección de un uréter, complicación que puede darse en una histerectomía total como la practicada. Tampoco dejan duda las demás conclusiones ya expuestas contenidas en aquellos informes, que son las tenidas en cuenta por la Sala en una valoración absolutamente lógica y razonable, con base en las cuales tiene por probado un retraso en el diagnóstico y una descoordinación a efectos de obtener este, al ser varios los servicios médicos intervinientes, siendo ese retraso una causa fundamental determinante de una evolución del padecimiento que culminó con la práctica de la nefrostomía”⁶⁷.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007... *op.cit.*

3.1.2. Asuntos en los que la figura fue desestimada

7. La primera de las resoluciones desestimadas, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008⁶⁸, resulta de sumo interés, ya que nos permite ver con gran claridad la pérdida de oportunidad y la razón de ser de su inadmisión. En este litigio una mujer joven acudió a un servicio de urgencias, sobre las 11 de la noche, con un cuadro de cefalea intensa, náuseas y vómitos de varios días, con reducción de nivel de conciencia, taquipnea y pupilas no reactivas. Fue explorada en el Box 4 por un médico residente junto con el médico adjunto, que apreciaron respiración de kussmaul y continuación de apnea, con posible parada cardiorrespiratoria y signos de edema pulmonar agudo. Se procedió a su intubación y ventilación mecánica, instaurándose tratamiento de remoce, suero fisiológico intravenosos, así como naloxona y anexate; solicitándose además un TAC urgente.

Sin embargo, y a pesar de la premura, el citado TAC no se practicó hasta pasada una hora más o menos, y para cuando se le sometió al mismo, la enferma presentaba una hemorragia cerebelosa, con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral. El neurocirujano de guardia descartó cualquier posibilidad de intervención por el rápido deterioro hemodinámico y neurológico que sufría la paciente, falleciendo ésta a las nueve de la mañana del día siguiente.

La familia de la fenecida pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en ninguna de las instancias inferiores, en virtud de lo cual recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La semejanza entre este supuesto y los anteriores es clara, hasta el punto de que se siembra la duda de qué pudo motivar al Tribunal Supremo a tomar una decisión como la que adoptó, y hasta qué punto no es arbitraria. La justificación no obstante, se colige de los propios hechos: si bien es cierto que la prueba del TAC pudo haberse demorado excesivamente para una situación de urgencia como la que acontecía, también lo es que no se perdió ninguna oportunidad, porque no existía. El estado de la enferma estaba tan deteriorado, que ni siquiera una actividad diagnóstica temprana hubiese permitido ningún tratamiento.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 9349/2003, ponente Herrero Pina.

Ante la ausencia de una oportunidad de vida o de restablecimiento, la figura de la pérdida de oportunidad queda vacía de contenido y no cabe indemnización alguna. El Tribunal Supremo se reafirma en esta idea cuando asegura “Por otra parte, la recurrente considera que ese retraso en la intervención de especialista en Neurología determinó el fallecimiento de la paciente, circunstancia difícilmente sostenible en una examen ponderado de los elementos de prueba, pues queda desvirtuada por todos los informes y en todos los documentos que figuran en las actuaciones, en los que se refleja la gravedad del cuadro que presentaba la paciente a su ingreso en urgencias, que evolucionó de manera inmediata, con parada cardiorrespiratoria, coma y edema agudo de pulmón, que de acuerdo con tales informes precisa una previa estabilización de la paciente para poder realizar las oportunas pruebas médicas, que desde el principio ofrecieron un resultado que hacía inútil e inviable la intervención de tales especialistas”⁶⁹.

De las afirmaciones del juzgador se infiere que ciertamente no se trata de una resolución caprichosa, sino que su fundamentación es clara y coherente. No se aprecia la pérdida de oportunidad porque la paciente, dada la gravedad de su estado, no tenía oportunidad alguna, al carecer de cualquier posibilidad de sanación.

8. La segunda controversia no es tan evidente como la anterior, aunque comparte con ésta la misma sombra de arbitrariedad superficial, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006⁷⁰. En este caso D^a. Leticia, diagnosticada a muy corta edad de Osteogénesis Imperfecta, padecimiento que le había ocasionado múltiples fracturas y aplastamiento de vértebras, así como la degeneración

macular irreversible en ambos ojos; acudió a su médico habitual al quedarse embarazada, a fin de someterse a un exhaustivo seguimiento. Cuando llegó el momento del alumbramiento, éste se produjo sin mayores complicaciones, dado que se pretendió que fuese rápido. Sin embargo, pasados dos meses desde el mismo, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores y molestias en la zona pélvica y lumbar que no fueron diagnosticados hasta pasados dos meses desde la primera consulta (debido a su dificultad), hallándose una necrosis de cabeza avascular con aplastamiento de cabeza femoral e incipiente en la cadera derecha, por lo que se suspendió el tratamiento paliativo al que se estaba sometiendo la enferma, ya que podía resultar contraproducente, y se comenzó con una terapia acorde a la lesión que padecía. No obstante, la situación de D^a. Leticia no mejoró como se pretendía, restándole a la paciente importantes secuelas.

D^a. Leticia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus intenciones fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que se vio en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Una paciente con una grave afección ósea, tras un parto normal, comienza a padecer fuertes dolores en la zona pélvica. Puede resultarnos llamativo que una situación de hecho como ésta no sea objeto de reproche, más si cabe cuando tenemos presente que el equipo médico debía estar sobre la pista, dada la dolencia de D^a. Leticia. Ante los padecimientos de la enferma, su médico le indicó un serie de tratamientos paliativos, que sin embargo resultaron contraproducentes. Observando el litigio en cuestión nos surge la siguiente pregunta, ¿no es la decisión del Alto Tribunal arbitraria, al existir supuestos de hecho muy similares en los que un diagnóstico tardío fue considerado una pérdida de oportunidad? Más si cabe cuando se trata de un alumbramiento en una mujer que padecía una enfermedad degenerativa ósea y que la lesión se produjo en la zona pélvica. Nuevamente nos vemos en la necesidad de desarrollar un análisis más detallado de la relación fáctica, y es que si bien es cierto que el parto podía incrementar el riesgo de un daño en la zona pélvica, no ocurría lo mismo con la zona lumbar. Es complicado establecer una relación causal entre ambos elementos, a lo que debemos añadir, que al tratarse de una enfermedad poco conocida y de un menoscabo complejo, las posibilidades de errar el diagnóstico eran altas. La diagnosis tardía de la lesión no es reprochada, por el simple hecho de que se trataba de un supuesto especialmente complicado de diagnosticar, que podía inducir a

69 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008... *op.cit.* ASUA GONZÁLEZ nos acerca un asunto muy similar, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1999, en el que un paciente aquejado por una contusión lumbar acabó fallecido como consecuencia de un shock séptico. La familia del fenecido pretendió la indemnización del daño, por considerar que debido a la falta de diagnóstico, las posibilidades de supervivencia del mismo desaparecieron. Sin embargo, vieron sus intenciones desestimadas al considerar el Tribunal Supremo que el enfermo, en el momento de la primera atención, ya sufría del fallo multiorgánico que acabó con su vida, en el que el índice de supervivencia con un diagnóstico certero no supera el 10% de los casos. El Alto Tribunal consideró que la pérdida de oportunidad no tenía cabida en un litigio como el presente, dado que el enfermo no tenía posibilidades reales de sobrevivir. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 28.

70 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Tercera, recurso 4672/2002, ponente Robles Fernández.

error. Consecuentemente la oportunidad perdida no es tal, porque la posibilidad de conocer la magnitud del daño era prácticamente imposible en un primer momento, dado que se requerían meses de evolución. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo "...de la prueba pericial practicada se desprende con claridad que son multifactoriales las causas, así como los factores que influyen en la necrosis avascular de cadera, no siendo muy frecuente la relación entre el embarazo y la necrosis, cuya sintomatología es imprecisa. En el propio Informe Don. Andrés que al igual que el emitido por Doña. Montserrat tiene en cuenta los antecedentes médicos de la Sra. Leticia, tanto oftalmológicos como su osteogénesis imperfecta con cifosis dorsal, se contienen entre otras las siguientes consideraciones relevantes a los efectos de la presente litis: A) la osteogénesis imperfecta es una enfermedad poco corriente, de origen desconocido, de pronóstico rarísimo y poco estudiada. B) la necrosis avascular en las caderas es una enfermedad articular grave que puede producirse por causas variadas, ya externas, ya propias de la pared vascular, ya internas del vaso sanguíneo y aun cuando se dice que el embarazo podría ser una causa generadora de esa necrosis, no se precisa que el embarazo de la Sra. Leticia y su seguimiento fuera precisamente la causa de la necrosis por esta padecida. C) que la necrosis puede ser en situaciones normales de difícil diagnóstico"⁷¹.

9. Continuamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007⁷², en la que se estudia una controversia similar a la anterior. En este caso D^a. Nuria se estaba sometiendo a un tratamiento de reproducción asistida en un hospital cercano a su localidad de residencia. Sin embargo, la falta de obtención de resultados llevó a los facultativos que la estaban atendiendo a practicarle de una serie de pruebas, que arrojaron un diagnóstico de endometriosis grado IV. En virtud de ello, se le realizó una laparotomía exploratoria que diagnosticó un bloqueo pélvico producido por adherencias del aparato genital a sigma, cara posterior del ligamento ancho, que dificulta la intervención conservadora de miomectomía. Se paralizó la terapia de fertilidad, dado que hasta que no fuese tratada, la paciente no tendría posibilidades de concebir. Por ello fue remitida a otro hospital, con el fin de que fuese evaluada de forma más precisa, y operada, de ser necesario. En el segundo centro se le

realizó una nueva diagnosis y se le informó sobre las posibles alternativas que tenía, siendo la más fiable la cirugía. Se programó la práctica de una laparotomía exploratoria y en el caso de ser necesaria una intervención, se aprovecharía la anestesia suministrada para proceder a la misma.

Durante la laparotomía se comprobó lo ineludible de la actividad quirúrgica, por lo que se acometió, tal y como se había planeado. Sin embargo, cuando se intentaron despegar las múltiples adherencias que presentaba la paciente, esto resultó imposible, por lo que se finalizó la operación y se le diagnosticó de síndrome adherencial masivo, endometriosis grado IV. En el postoperatorio se le presentó a la enferma peritonitis por perforación de sigma y el día 5 de junio de 1995, D^a. Nuria tuvo que ser intervenida de una operación tipo Hartmann por peritonitis fecaloidea, por perforación de colon sigmoide, practicándosele cierre del muñón distal con seda 2/0, resección de bordes y colostomía terminal de descarga; un riesgo propio de la cirugía a la que había sido sometida.

Debido a la intervención de urgencia que requirió, así como a las adherencias que no pudieron ser eliminadas, a la paciente le fue desaconsejado tener hijos, por lo que abandonó el programa de reproducción asistida.

D^a. Nuria pretendió el resarcimiento del daño sufrido (esterilidad), siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

En este proceso puede resultarnos complicado hallar la pérdida de oportunidad, por lo que es necesario que prestemos especial atención a las secuelas que le quedaron a la paciente tras la segunda cirugía. Sostiene la recurrente que las lesiones que padece fueron consecuencia de la perforación de colon, y las adherencias de eliminación dificultosa son las que no le permiten tener hijos. La operación, que en principio le debería haber dado esa oportunidad se la quitó, provocando una pérdida de oportunidad, al sumarle a la patología que tenía, graves lesiones.

En principio esta hipótesis podría resultarnos válida, en la medida en que las consecuencias que sufrió D^a. Nuria, que en ningún momento vinieron motivadas por una vulneración de la *lex artis*, acarrearán un añadido a la problemática previa que padecía; lo que motivó que no pudiese tener hijos y la consiguiente pérdida de oportunidad. Sin embargo, ocurre algo similar a lo acontecido en el litigio de la sentencia del

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006... *op.cit.*

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 7007/2002, ponente Puente Prieto.

Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008, dado que la situación inicial de la paciente ya era complicada. A pesar de que se había sometido a muchos tratamientos de fertilidad, jamás había logrado quedarse embarazada, debido a las múltiples adherencias que sufría. Éstas fueron intervenidas, aunque su eliminación fue imposible y por ello la paciente jamás podría llegar a tener hijos. La pregunta que debemos formularnos es, ¿qué oportunidad perdió entonces? D^a. Nuria era estéril y la única posibilidad que tenía de concebir era someterse a una cirugía que eliminase las adherencias que no le permitían tener hijos. Esta operación se produjo, pero no arrojó resultados positivos, por lo que siguió siendo incapaz de procrear.

Si bien es cierto que tras la actuación quirúrgica surgieron una serie de complicaciones añadidas, que hicieron más remota aun la posibilidad de un embarazo, no debemos perder de vista que el margen de probabilidad del que partía la paciente era cero. El interrogante al que es necesario dar respuesta es el siguiente ¿qué oportunidad real resultó perdida? Ninguna, la paciente tenía nulas posibilidades de procrear y el hecho de que ahora el diagnóstico sea definitivo, no agrava su situación inicial. El Juzgador parece abogar por esta misma opción “En cuanto al cuestionamiento sobre la posibilidad de embarazo de la actora ha de destacarse que una cosa es la posibilidad de que dicho embarazo tenga lugar y otra es el riesgo que la paciente haya de correr como consecuencia de dicho embarazo y a consecuencia de la reducción del tamaño del intestino, lo que en modo alguno afecta a la afirmación que se contiene en la sentencia en cuanto a su rechazo a la posibilidad de quedar embarazada...”⁷³.

10. El último de los casos que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005⁷⁴, en la que D^a. María Ángeles requería la práctica de una angiografía, por padecer una retinopatía diabética. Sin embargo y en lugar de someterse a ésta, se intentaron distintas vías diagnósticas, resultando todas ellas infructuosas. En base a tales circunstancias, se evidenció la necesidad de acudir a la angiografía, prueba que a pesar de tener una urgencia media, se demoró mucho en el tiempo, por lo que la paciente tomó las riendas de la situación, acudiendo a un médico privado para que se la realizase. Cuando se conoció el resultado

de la misma, la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles había degenerado bastante.

D^a. María Ángeles pretendió el resarcimiento del daño sufrido por la prueba tardía, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La pérdida de oportunidad a la que alude la recurrente encuentra su razón de ser en que la tardanza de la prueba provocó que ella misma tuviese que tomar la decisión de someterse a ésta de manera autónoma, siendo ya tarde cuando se le practicó, porque su enfermedad había empeorado. Puede resultar llamativo que una actividad diagnóstica con una urgencia media se dilate tanto en el tiempo, a pesar de lo cual volvemos a hallarnos ante la dificultad de encontrar la pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que la angiografía no era curativa, sino diagnóstica, y su finalidad era la de determinar el grado de afectación de la paciente a efectos de control, pero no de tratamiento. El empeoramiento que sufrió la enfermedad que padecía D^a. María Ángeles no tiene su origen en la espera para la práctica de la prueba, sino en la evolución misma de su dolencia. De una manera casi idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “La Sala de instancia entiende que la situación en que se encuentra la demandante no se debe al retraso existente de unos meses hasta que acude a la medicina privada para hacer el AGF primero, porque es una prueba que no tiene carácter curativo y segundo, porque no se ha demostrado, sino todo lo contrario, que la situación entre 1.995, 1.996 y 1.997 ha seguido estacionaria sin evolución desfavorable, por lo que se debe a la enfermedad que padecía, con anterioridad incluso de acudir al Hospital público de Sagunto, es decir, “retinopatía diabética de predominio exudativo con afección macular”; y tercero, la afirmación que hace el informe del Doctor Ángel (aportado por la actora) en el sentido de que haberse tratado unos años antes con láser se podría haber cortado el estado avanzado no se sostiene en el sentido de que la actora estuvo siendo tratada con láser durante los años 1.995 y 1.996 en ese hospital público”⁷⁵.

Aunque la naturaleza de esta controversia es un poco distinta a la de los anteriores, la razón de ser de la desestimación es prácticamente idéntica, la imposibilidad de hallar una verdadera oportunidad perdida. Debemos tener presente que de llegar a indemnizarse el supuesto, tendría que haber sido más bien

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007... *op.cit.*

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 20/2005, ponente Puente Prieto.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005... *op.cit.*

por otros derroteros como el daño moral, traducido en la angustia de la paciente al desconocer el grado de desarrollo de su enfermedad⁷⁶.

3.2. La pérdida de oportunidad motivada por pruebas diagnósticas practicadas, pero de forma tardía

La principal diferencia de este bloque con el anterior está en que, mientras que en el apartado previo la pérdida de oportunidad se encontraba en una prueba médica no ejecutada, en esta sección el problema no reside en no practicar una actividad diagnóstica, porque el paciente es efectivamente sometido a la misma, sino que ésta se realiza tardíamente; provocando esta demora daños en el enfermo.

3.2.1. Controversias en las que la figura fue estimada.

1. La primera de las resoluciones que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006⁷⁷, en la que D. Alfredo sufrió en aplastamiento del cuerpo L2, retrolítesis L4 con lesión pedículo derecho y antigua fractura careta articular inferior izquierda, profusión discal global L3 – L4 con fragmento extraído foraminal derecho y compromiso radicular L3 y retrolítesis L4 – L5 con distorsión discal secundaria; como consecuencia de un accidente laboral. Fue tratado de las dolencias en cuestión sin mayores problemas, salvo porque dos años más tarde comenzó a presentar dolor lumbar, irradiado al muslo derecho. Tras una exploración, se decidió que necesitaba una intervención (una artrodesis amplia), cuya finalidad era fijar las vértebras L3, L4, L5 y S1 para evitar desplazamientos que afectaran a la médula espinal; realizándose

también una exéresis de los discos L3 y L4 y la colocación de un injerto y placa.

A pesar de que la cirugía se desarrolló sin problemas, en el postoperatorio se observaron síntomas de paresia en las extremidades inferiores. Se sospechó que un hematoma podía estar comprimiendo el saco dural, pero para confirmar dicha conjetura se requería de una operación diagnóstica y reparadora. Aunque ésta debía ser urgente, se retrasó sin motivo aparente más de quince días. Como consecuencia de ello, y a pesar de que esta segunda actividad quirúrgica fue acorde a la *lex artis*, al haber estado la lesión durante un tiempo excesivo sin ningún tipo de tratamiento (por la falta de una diagnosis correcta), la situación del paciente no mejoró, restándole una paraplejía.

Las pretensiones D. Alfredo fueron rechazadas en primera instancia pero admitidas en apelación, por lo que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

El presente supuesto parece ser uno de los más claros, ya que su relación fáctica es bastante sencilla. Si bien es cierto que las actuaciones de los médicos fueron correctas en ambas intervenciones, así como en el diagnóstico, también es evidente que existió una descoordinación, que muy probablemente provocó, o por lo menos empeoró, la situación del paciente. Tras la primera operación D. Alfredo presentó una parálisis en los miembros inferiores, sobre la que se hizo un rápido diagnóstico preliminar, que requería de su confirmación con una cirugía exploratoria. La lesión se tradujo en una compresión del saco dural, que cuanto más tiempo estuviese bajo presión, de mayor envergadura podría resultar el daño final. A pesar de la premura del cuadro clínico del enfermo, lo cierto es que la actividad quirúrgica se retrasó en torno a quince días. Para cuando fue diagnosticado, la lesión era tan grave, que nada pudo hacerse a los efectos de mejorar la movilidad de las piernas del paciente.

La práctica de esta segunda operación ni aseguraba, ni garantizaba, que D. Alfredo pudiese recuperar su movilidad, ya que su finalidad no era curativa, pero la no realización de la misma supuso la pérdida de toda posibilidad de mejora, ya que la mera observancia sin tratamiento no tenía ninguna finalidad terapéutica. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo cuando comenta a este respecto “Las complicaciones derivadas de la intervenciones presentaron inmediatamente, una vez finalizada la operación y de este hecho probado la sentencia obtiene la conclusión de que hubo un actuar negligente,

⁷⁶ Cuenta con una relación de hechos muy similar las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011 (Sala Tercera, recurso 4500/2009, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 676/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 1211/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 69/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 5938/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 (Sala Tercera, recurso 741/2013, ponente Enriquez Sancho) y sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (Sala Tercera, recurso 4530/2012, ponente Teso Magella).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 19/2000, ponente Seijas Quintana.

pues “ante la previsibilidad de que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeron causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante, no dio lugar a la actuación inmediata, demorando el diagnóstico de lo sucedido hasta pasadas dos semanas de realizada la intervención” es decir, entiende que desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación...⁷⁸.

La dirección de las argumentaciones del Alto Tribunal sigue una línea muy similar a lo que apuntábamos líneas atrás⁷⁹.

2. La segunda y última de las controversias que sigue una línea resolutoria igualmente estimativa, es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002⁸⁰. En este asunto una paciente que padecía un bulto en la zona maxilar del tamaño de una lenteja y que se encontraba bajo controles por ese mismo motivo, arrojaba siempre resultados de normalidad en los mismos. Sin embargo, y a pesar de que su evolución era bastante estable, en cuestión de dos meses el nódulo aumentó de tamaño hasta tener la envergadura de una naranja, y dado que el tumor mostraba claros síntomas de malignidad, se ordenó la práctica de una ecografía y un scanner. A pesar de que la premura de estas pruebas era obvia, se retrasaron ocho meses, y para cuando fueron efectuadas, confirmaron las sospechas de malignidad. La situación de la paciente se vio agravada por una parálisis facial, porque durante la espera el bulto había seguido creciendo y había afectado a nervios de la zona. Se trataba de un carcinoma mucoepidermoide sebáceo, con metástasis en seis ganglios linfáticos.

No obstante la gravedad del resultado, la decisión que se adoptó fue, que en lugar de someter a la paciente a radioterapia, se efectuasen controles

periódicos cada quince días, algo que se mantuvo durante dos meses. Ésta falleció como consecuencia del carcinoma no tratado que padecía.

Los familiares de la fenecida pretendieron el rescaramiento del daño sufrido, siendo su demanda estimada en primera instancia y confirmada por la Audiencia Provincial competente, motivo por el cual la parte demanda recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La sombra de la pérdida de oportunidad parece entreverse en todo el relato estudiado líneas atrás. La paciente sufrió un primer retraso diagnóstico de ocho meses, a pesar de que había importantes sospechas de malignidad en el tumor que padecía, a lo que cabe añadir, que una vez conocida la gravedad de su situación, ésta no llegó a ser tratada; falleciendo dos meses después, a consecuencia de la misma.

Este litigio es probablemente uno de los más llamativos en los que la parsimonia de las actuaciones es más evidente, hasta el punto de poder calificarse como “alarmante”. Si bien es cierto que de la gravedad de la enfermedad de la paciente se desprendían las escasas posibilidades de curación, éstas fueron nulas al demorarse cualquier tratamiento una media de diez meses. Nos encontramos ante la descripción misma de la pérdida de oportunidad: la enferma fue casi condenada a morir como consecuencia de la lenta actividad médica. Es precisamente aquí donde se encuentra la pérdida de oportunidad, no en el fallecimiento de la paciente, sino en la pérdida de toda posibilidad de mejora, por el retraso sufrido en la actuación médica desplegada.

A pesar de que hubiese sido interesante conocer las aseveraciones del Alto Tribunal a este respecto, lo cierto es que al haberse analizado esta cuestión en instancias inferiores, se consideró zanjada y no llegó a pronunciarse al respecto.

3.2.2. Litigios en los que la figura fue desestimada

3. Continuamos con el estudio de las resoluciones que sufrieron una suerte desestimatoria, siendo la primera de todas ellas la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008⁸¹. En este caso D^a. Amanda, con antecedentes psiquiátricos de ataque de pánico y trastorno disociativo, acudió al servicio de

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006... *op.cit.*

⁷⁹ Son de una doctrina prácticamente idéntica las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010, Sala Tercera (recurso 3038/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 362/2009, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2011 (Sala Tercera, recurso 233/2007, ponente Menéndez Pérez) y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2294/2011, ponente Lecumberri Martí).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2002, Sala Primera, recurso 3951/1996, ponente Almagro Nosete.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008, Sala Tercera, recurso 7931/2004, ponente Puente Prieto.

urgencias de su localidad, con un cuadro de agitación psicomotriz y conducta desorganizada. Fue atendida por un psiquiatra, que le diagnosticó de un ataque de pánico y comportamiento disociativo, prescribiéndole ansiolíticos y recomendándole una cita con la unidad de salud mental de su centro sanitario.

En poco menos de dos meses se vio en la necesidad de acudir de nuevo al mismo hospital, por presentar un reiterativo cuadro de agitación psicomotriz a pesar del tratamiento que estaba recibiendo, que además le provocaba estados de tristeza y de amnesia temporal. Su médico le diagnosticó de trastorno disociativo y en el plazo de un mes le pautó una revisión con el psiquiatra. Pasado un año desde este acontecimiento acudió a su médico de cabecera con un nuevo ataque de pánico, siendo rápidamente remitida al sanatorio más cercano, donde se le diagnosticó trastorno de conversión y estado de ansiedad.

Cinco meses más tarde, la paciente comienza a sentir episodios de pérdida de visión por los que fue trasladada con carácter urgente al servicio de oftalmología, pero al no encontrarse nada extraño se le envió al servicio de neurología. Días después de esta consulta tuvo que volver a urgencias por cefalea, vómitos y desorientación en tiempo y espacio, síntomas ante los cuales se le practicó un TAC que arrojó el siguiente resultado: tumor cerebral. Ante esta situación se le practicó de manera urgente una craneotomía con biopsia de masa, en la que se le diagnosticó la malignidad del tumor. Se inició de manera inmediata un tratamiento, a pesar del cual días después la paciente fue perdiendo capacidades neuronales, por lo que se decidió suspenderlo, falleciendo ésta en menos de una semana.

Los familiares de D^a. Amanda pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, por lo que al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Ciertamente puede resultar curiosa la decisión del juzgador en este asunto, en el sentido de que el tumor que tenía la paciente no evolucionó con tal rapidez como para justificar su fallecimiento en tan poco tiempo, sino que éste contaba con varios meses de desarrollo. Lo llamativo del caso es que la enferma había presentado trastornos, que si bien podían ser la consecuencia de una enfermedad mental, también podían tener un origen físico. A pesar de ello, no se efectuaron pruebas complementarias a las psiquiátricas, presumiéndose que el cuadro que hubo padecido la paciente tiempo atrás volvía a repetirse.

La pregunta que debemos formularnos llegados a este punto es ¿por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado una controversia como la presente, en la que la práctica probatoria se evidenció insuficiente y tardía, provocando un error de diagnóstico y éste a su vez, una pérdida de oportunidad? Porque la actividad médica fue correcta. Los síntomas que mostraba la paciente eran confusos y poco concluyentes, más relacionados con una afección psiquiátrica que física, por lo que lo más adecuado fue la terapia que recibió.

Conviene que nos cuestionemos si en el caso que nos ocupa existe una opción perdida, y lo cierto es que no. Las posibilidades de diagnóstico, localización y tratamiento del tumor eran prácticamente nulas con la sintomatología que tenía la paciente. En este hecho se basa la razón de ser que justifica la decisión que adoptó el Alto Tribunal. Sin embargo, y aunque resultaría de sumo interés conocer la argumentación del juzgador a este respecto, ello no será posible porque la pérdida de oportunidad no fue objeto de análisis en el recurso de casación.

4. El siguiente supuesto de hecho, aunque tiene un objeto similar (una tumoración) cuenta con unas circunstancias distintas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 2005⁸². En este litigio D. Luis María fue diagnosticado el 24 de mayo de un posible tumor vesical, siendo confirmada su patología el día 29 de ese mismo mes. El propio día 29 el paciente comenzó a sentir un cuadro de dolor abdominal, por lo que acudió al servicio de urgencias de su localidad, donde fue sondado de forma exterior y dado de alta una vez se hubo estabilizado. El día 16 de junio, fecha en la que iba a ser operado, acudió con carácter previo al centro sanitario de su localidad por dolor en el hipogastrio, estreñimiento y anuria de veinticuatro horas de evolución, por lo que se le practicó un TAC (que no se había hecho con anterioridad) en el que se detectó, no sólo el tumor que había sido diagnosticado días antes, sino una metástasis en la vejiga. El paciente falleció sin poder llegar a ser intervenido, a causa de un fallo multiorgánico.

Los parientes del fenecido pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores.

La pérdida de oportunidad por la que abogan los familiares de D. Luis se fundamenta en el tiempo que transcurrió desde el diagnóstico hasta la fecha en la que estaba programada la cirugía, al considerarlo

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 142/2005, ponente Puente Prieto.

excesivo (en torno a quince días), ya que, de acuerdo con las afirmaciones de los familiares del enfermo; ello acarreó la muerte del paciente, como consecuencia de una pérdida de oportunidad (de haber sido operado con más celeridad, hubiese salvado la vida).

Si bien puede resultar llamativo que el plazo de intervención para una situación como la antedicha sea de quince días, igualmente curioso es considerar que ese lapso de tiempo pudiera tener tanta incidencia en la enfermedad de D. Luis María, como para llegar a ser la causa de la metástasis que padecía, algo que evidentemente requiere un plazo de evolución muy superior. Debemos tener presente que el primer diagnóstico que se le realizó al paciente era incompleto, ya que no se llegó a localizar el segundo tumor que tenía en la vejiga y que hacía que la actividad quirúrgica careciese de sentido, dado lo complicado de la situación de D. Luis María. Se trataba de una dolencia de larga evolución en la que los quince días que se tardó en planear la operación en nada incidieron, dado el grado de desarrollo de la misma.

Parece que no hay ninguna pérdida de oportunidad, porque el enfermo carecía de cualquier posibilidad de curación o mejora. De esta misma manera se pronunció el Tribunal Supremo al asegurar “En definitiva, hay una clara diferencia entre los hechos que se declararon probados por la sentencia recurrida con los de la sentencia invocada como contradictoria, pues la sentencia recurrida no considera relevante el tiempo transcurrido desde la primera visita al urólogo, el 15 de marzo de 2.001, hasta el fallecimiento el 5 de julio de 2.001, supuesto claramente distinto al contemplado en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia, llegando además a la conclusión, no tomada en consideración por la de contraste de que, en cualquier caso, el fallecimiento no se produjo como consecuencia del retraso en el diagnóstico, sino que el proceso de la enfermedad resultaba en cualquier caso irreversible”⁸³.

83 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005... *op.cit.* Se dirimen en una argumentación muy similar las más recientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (Sala Tercera, recurso 3580/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Sala Tercera, recurso 1282/2006, ponente Trillo Alonso), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011 (Sala Tercera, recurso 2573/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 3747/2009, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2011 (Sala Tercera, recurso 6444/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (Sala Tercera, recurso 6226/2006, ponente Lesmes Serrano), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 6546/2006, ponente Martí García), sentencia

5. La última de las resoluciones que analizaremos es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007⁸⁴, en la que D^a. María, que no se encontraba inmunizada frente a la Toxoplasmosis y era consciente de ello desde una edad muy temprana, al quedarse embarazada no le señaló nada sobre este extremo a su médico. Durante la gestación acudió al servicio de urgencias de su localidad de residencia por sangrado vaginal, siéndole diagnosticado riesgo de aborto, por lo que se le prescribió reposo domiciliario. Se solicitó además la práctica de pruebas de serología de toxoplasmosis, Lues y Rubéola, cuyos resultados no fueron conocidos por la paciente hasta pasados varios meses, siendo el primero de los parámetros positivo. Ante esta situación se le sometió a una ecografía, en la que en principio no se observaron evidencias de enfermedad fetal⁸⁵. Sin embargo, y a pesar de este resultado alentador, finalmente nació un niño aquejado de graves dolencias.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por no haberse practicado una prueba de mayor calado a la gestante, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque D^a. María se sometió a actividades diagnósticas prenatales cuando se dieron los primeros problemas en la gestación, lo cierto es que éstas no fueron de gran fiabilidad (análisis y ecografía), algo que impidió diagnosticar la afección que presentaba el feto. No obstante, ¿nos encontramos ante una pérdida de oportunidad? Lo cierto es que no, ya que del mismo modo que ocurría en la controversia anterior, la sintomatología no era alarmante, aunque la situación sí lo fuese.

La pérdida de oportunidad es inexistente, en primer lugar porque sin la información esencial de D^a. María el diagnóstico era imposible, y aunque podían practicarse más pruebas, lo cierto es que éstas

del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5736/2009, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (Sala Tercera, recurso 4795/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (Sala Tercera 2931/2011, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2602/2011, ponente Lecumberri Martí) y sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 680/2010, ponente Lecumberri Martí).

84 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 4745/2003, ponente Puente Prieto.

85 No se trataría de un caso de *wrongful birth* porque nos hayamos en un estadio posterior a la semana número 22.

comportaban la asunción de riesgos innecesarios, en base a las circunstancias conocidas. En segundo lugar, conviene tener presente que el feto sufrió el contagio de toxoplasmosis con carácter previo a toda actividad de diagnóstico, por lo que carecía de “oportunidad” alguna desde el momento mismo de la concepción.

A pesar de que sería de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no tenemos constancia de ello, porque la pretensión en casación de los padres fue intentar equiparar la presente relación fáctica con un supuesto de *wrongful birth*.

3.3. La pérdida de oportunidad y la ausencia del tratamiento necesario

En este bloque de asuntos analizaremos casos en los que la problemática gira en torno a la falta de actividad ante un diagnóstico concreto, o bien una actuación tardía.

3.3.1. Supuestos en los que la figura fue estimada

1. El primero de los litigios que analizaremos es uno de los más llamativos que encontraremos en el presente apartado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008⁸⁶. En esta controversia D. Valentín, un buceador experimentado, se encontraba practicando una inmersión a bajas profundidades, algo para lo que estaba autorizado, dado que de acuerdo con la reglamentación vigente, el punto de buceo se encontraba a menos de dos horas de la cámara hiperbárica más cercana. Durante el desarrollo de la actividad deportiva D. Valentín sufrió un accidente de descompresión sobre las 13,45, hora en la que se dio aviso de la situación en la que se encontraba y de sus necesidades. Aunque su estado era de gravedad no se movilizó ningún helicóptero, y en su lugar fue una ambulancia en su busca, algo que implicó que el paciente tardase una hora en llegar al centro médico más cercano, en el que además no pudo ser tratado, porque no contaba con una cámara hiperbárica. Permaneció en este hospital hasta las 18,30 de la tarde, hora en la que se había programado su traslado a otro sanatorio, donde sí que contaban con los medios necesarios para tratarle. Sin embargo, su transporte fue nuevamente en ambulancia en lugar

de en helicóptero, porque el piloto había sido mal informado sobre la altura que podía llegar a soportar el paciente y consideró que era inseguro volar a la que se le comentó, todo ello barajando datos incorrectos. El enfermo llegó al segundo centro a las 23,30 de la noche, donde fue tratado de manera inmediata en la cámara hiperbárica. No obstante, se había perdido mucho tiempo y la lesión neurológica de D. Valentín ya era bastante severa, traducándose en paraplejía⁸⁷.

D. Valentín pretendió el resarcimiento de las lesiones sufridas, siendo sus pretensiones inadmitidas en instancias inferiores por considerarse superfluas, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

La evidencia y claridad del presente supuesto resultan patentes. Un buceador experto se encuentra sumergido en una zona donde puede practicar este deporte, únicamente porque existe una cámara hiperbárica a menos de dos horas de distancia. Al sufrir un desgraciado accidente necesitó hacer uso de la mencionada terapia, de la que prácticamente se le priva al sucederse un error tras otro, hasta llegar a relegar el tratamiento casi diez horas; con las consecuencias que ello tuvo para su integridad física. La certeza de sanación o mejora no existe en ninguna terapia, ni tampoco en el uso de la cámara hiperbárica, donde hay un margen de error de casi un 30%. No obstante, existe un elemento seguro en este caso, un retraso de más de diez horas en un acto médico urgente es una práctica condena para un paciente.

El juzgador consideró fútil la argumentación de la Administración, por la cual el uso de recursos, así como su distribución, es competencia de la misma; por lo que optar por movilizar o no un helicóptero es una opción propia. Sin embargo, la pérdida de oportunidad va más allá de la falta de movilización de un helicóptero y comienza con el traslado de un paciente que requiere un tratamiento a un centro que carece de medios a tal efecto, así como su retención durante largas horas sin una terapia adecuada, retrasando su curación. Tanto una actuación como la otra, privaron a D. Valentín de toda posibilidad de sanación o mejora. De esta misma manera opina el Tribunal Supremo cuando apunta “El Sr. Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, Sala Tercera, recurso 4776/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

⁸⁷ Debemos tener presente que la terapia de la cámara hiperbárica no supone una garantía de curación, dado que existe un porcentaje de un 28,5% de accidentados que son tratados en un plazo inferior a seis horas, que presentan lesiones permanentes.

diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor precocidad, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación. En estas circunstancias, a juicio de esta Sala, la de instancia se equivoca al negar la responsabilidad de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana por no haberse demostrado la relación de causalidad entre la atención que dispensó al recurrente y las lesiones que actualmente padece”⁸⁸.

2. El segundo supuesto a analizar, aunque igualmente evidente, no resulta tan llamativo como el anterior, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006⁸⁹. En este litigio D. Juan Miguel sufrió un grave accidente de tráfico que le procuró las siguientes lesiones: traumatismo craneal con Glasgow 10-11, sin focalidad neurológica, traumatismo torácico con enfisema subcutáneo de predominio zona clavicular y cuello del lado derecho, traumatismo abdominal y fractura de la muñeca derecha.

Las actuaciones médicas desplegadas fueron plenamente diligentes y el estado de D. Juan Miguel mejoró ostensiblemente, salvo porque sentía fuertes dolores en la mano fracturada, algo a lo que no se le dio mayor importancia. Sin embargo, pasados unos días su estado comenzó a evolucionar de manera preocupante, hasta el punto de que sus dedos se pusieron azules y fríos, a lo que el personal sanitario limitó el tratamiento a mantener en alto la mano. Ahora bien, incluso cuando el paciente fue remitido a planta seguía acusando fuertes dolores, algo que se intentó paliar realizándose una pequeña incisión en la escayola, y en segundo lugar, abriéndola por completo, pero sin extraerla. Horas después, al observarse que la mano no había mejorado, el mismo médico que le venía atendiendo decidió quitarle el yeso, encontrándole dos escaras por decúbito, de las que derivó una isquemia que provocó la pérdida de esa mano, al requerir su rápida amputación.

D. Juan Miguel pretendió ser resarcido por el daño sufrido (la pérdida de su mano), pero su demanda fue desestimada en primera instancia, siendo estimada en apelación ante la Audiencia Provincial competente, de forma que la parte demandada recurrió en casación ante el Tribunal Supremo

No es necesario un gran esfuerzo cognitivo a fin de hallar la pérdida de oportunidad en el asunto que nos ocupa. D. Juan Miguel comenzó a acusar molestias que evolucionaron a fuertes dolores en una mano que tenía inmovilizada, una vez hubo mejorado de sus graves lesiones. A pesar de las constantes alusiones a su malestar, no se actuó en consecuencia, aunque D. Juan Miguel presentaba síntomas preocupantes: color azulado en los dedos, así como frialdad en los mismos. Tal fue la inactividad ante los padecimientos que presentaba el enfermo, que el yeso acabó provocando en su extremidad una importante lesión, que requirió la amputación de la mano. De haberse actuado correctamente, de acuerdo con las circunstancias de D. Juan Miguel (diagnóstico y tratamiento), es probable que la situación final no fuese la misma. El Tribunal Supremo parece mostrarse de esta misma opinión al afirmar “En primer lugar, el personal facultativo observó la presencia del síndrome compartimental (falta de riego sanguíneo y falta de oxigenación), dados los síntomas que presentaba la mano y dedos del lesionado, así como los masajes y cambio de posición ordenada del miembro. Se detectó, por tanto un síndrome compartimental en el antebrazo izquierdo y cuando salió de la UCI sufrió una isquemia en el citado brazo que le produjo la lesión permanente objeto de la presente reclamación, lo que contradice la versión de la recurrente en el sentido de que “no existían síntomas claros e indubitados de síndrome compartimental”. En segundo lugar, hay una causa que explica la producción del resultado puesto que, dados los síntomas observados, es claro que el personal facultativo que atendió al paciente dentro y fuera de la UCI no previó el efecto natural de la compresión del miembro intervenido, la isquemia, ni adoptó los medios ordinarios para evitar su aparición favoreciendo la circulación sanguínea y oxigenación del miembros afectado, liberándolo de la presión a que estaba sometido; todo lo cual permite imputar el daño a la demandada por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, por el resultado, pues que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica en la medida en que ante una complicación natural por la compresión a que estaba sometido el

88 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008... *op.cit.* GARCÉS – GARRO RANZ comentando este mismo asunto, opina que el paciente no perdió el 100% de las posibilidades de curación al no ser introducido en una cámara hiperbárica a tiempo, ya que en materia sanitaria siempre nos movemos en las arenas de la incertidumbre. Sin embargo, queda acreditada la existencia de un retraso indebido y anexo al mismo, la pérdida de cualquier oportunidad de la víctima de someterse a un tratamiento acorde a sus circunstancias. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 55.

89 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006, Sala Primera, recurso 59/2000, ponente Seijas Quintana.

miembro, no adoptaron los medios necesarios para evitar la aparición de la isquemia que se produjo por falta de riego⁹⁰. La pérdida de oportunidad está presente en todas las actuaciones relacionadas con la mano amputada. No se hizo nada, no sólo para tratar la extremidad, sino a fin de conocer qué aquejaba al paciente⁹¹.

3. La tercera de las resoluciones sigue una línea muy similar a la anteriormente comentada, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002⁹², en la que D. Ernesto presentaba un tumor en la región peribucal, por lo que fue remitido al servicio de cirugía máxilofacial para su diagnóstico y tratamiento. Se le practicaron todas las pruebas necesarias, arrojando éstas resultados de malignidad, por lo que su extirpación temprana era el único tratamiento posible. Sin embargo nada de esto se hizo, sino que en su lugar la prueba se guardó en su historial clínico y ni siquiera se le notificó esto al paciente. Ello entrañó que el estado de salud del enfermo se viese agravado por la demora (seis meses), requiriendo como consecuencia de ello una intervención y un tratamiento más agresivos.

D. Ernesto consideró que la atención médica recibida no fue la adecuada, por lo que pretendió ser resarcido por el daño sufrido, viéndose en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

Nuevamente la evidencia de la controversia cae por su propio peso y se observa cómo la pérdida de oportunidad envuelve la práctica totalidad del supuesto. Tal y como se desprende de la lectura de los hechos, el paciente se sometió a las pruebas que le habían sido prescritas, evidenciando éstas que era necesaria una rápida actuación. Sin embargo, en lugar de hacer esto, los resultados se archivaron y no se le notificó nada al paciente. Es precisamente en este punto donde podemos observar, sin lugar a dudas, la pérdida de oportunidad. Aunque no puede llegar a conocerse con exactitud lo que supuso la falta de comunicación del resultado, podemos partir de que el

90 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006... *op.cit.*

91 En una línea muy similar se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio 7 de 2011 (Sala Tercera, recurso 6777/2009, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2757/2010, ponente Lecumberri Martí) y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 2892/2011, ponente Enriquez Sancho).

92 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, Sala Tercera, recurso 3827/2001, ponente Lecumberri Martí.

tratamiento paliativo tuvo que ser mucho más agresivo. De esta misma opinión se muestra el juzgador al afirmar “Los hechos sobre los que se sustenta la acción de responsabilidad por disfuncionalidad de los servicios públicos sanitarios, por la demora aproximada de seis meses en la remisión del informe y análisis médico, por parte del servicio de cirugía del hospital “La Alcaidesa” al de cirugía máxilofacial del hospital “La Paz”, para la valoración y aplicación del tratamiento que requería la patología que presentaba el demandante -después de habersele extirpado y biopsiado un nódulo retroauricular izquierdo-, son reconocidos en el expediente administrativo por la inspectora-médico doña Camila -folio 11-, en el que precisa que “si bien no se puede conocer con exactitud las consecuencias de la citada demora, no obstante, considera que el tipo de patología que presentaba el paciente aconsejaba que la aplicación del tratamiento fuera lo más precoz posible”⁹³.

4. El último de los litigios que estudiaremos en este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009⁹⁴, que al igual que ocurría en la controversia anterior, gira en torno a la no notificación de un resultado médico. D^a. Inés fue sometida a dos transfusiones de sangre, como consecuencia de haber sufrido sendos abortos en el año 1993. Las unidades de sangre que le transfundieron estaban infectadas por el virus del VIH, por lo que ésta fue contagiada, algo de lo que se tuvo conocimiento en el año 1994 por una prueba de triple screening que se

93 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006 (Sala Tercera, recurso 6445/2001, ponente Robles Fernández) es prácticamente idéntica a la resolución inmediatamente estudiada, por lo que su análisis sería repetitivo. En este litigio fue una nueva falta de notificación la que provocó la pérdida de oportunidad, aunque en este caso motivado porque la paciente, D^a. Mercedes, no pudo acudir a una cita. Al solicitar una nueva visita, ésta fue fijada diez meses más tarde, fecha en la que el carcinoma que padecía la paciente se había extendido, hasta el punto de que el único tratamiento posible fue la extirpación de ambos ovarios y el útero. La pérdida de oportunidad la hallamos, no en la esterilidad de D^a. Mercedes, sino en la pérdida de expectativas. ASUA GONZÁLEZ nos presenta un litigio muy similar, una sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso sección cuarta, de 5 de noviembre de 2003, en la que un paciente al que habían eliminado una lesión verrugosa maligna, fue citado con posterioridad para comunicarle el resultado, que era de malignidad. Sin embargo, por alguna razón que desconocemos, éste no pudo acudir a esta consulta, algo que provocó que el resultado canceroso no le fuese notificado hasta dos años después, para cuando cualquier actuación resultaba inútil, falleciendo el enfermo al de seis meses de conocer la noticia. Esta controversia sufrió la misma suerte estimatoria que el caso ahora estudiado. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* *op.cit.*, p. 61.

94 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7787/2004, ponente Herrero Pina.

le practicó a la paciente, al encontrarse ésta embarazada, y de lo que sin embargo no fue informada hasta pasados tres años, en 1997. Fue precisamente el 9 de septiembre de 1997 cuando D^a. Inés recibió la noticia de su condición de seropositiva, con las consecuencias que ello suponía. El hecho de que la enferma no conociese que se encontraba contagiada de Sida, implicó que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar que su hijo resultase contaminado (tanto durante el embarazo, como durante la lactancia).

A pesar de que inicialmente las intenciones de la actora y su familia fueron parcialmente admitidas en instancias inferiores, éstos pretendieron su plena estimación, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo, junto con la parte demandada.

Nos hallamos ante un supuesto muy similar al anterior, hasta el punto de que vuelve a ser una comunicación tardía el origen del daño. Es innegable que existe un elevado riesgo de contagio de VIH de una madre al feto, pero a día de hoy es posible desplegar medios y cautelas (que ya existían en 1994), que permitan evitar una transmisión.

D^a. Inés desconocía la afección que padecía, a pesar de que en el curso de una prueba durante el embarazo ésta le fue diagnosticada. Se nos presentan dos hipótesis en el presente caso, por un lado, cómo hubiese actuado la paciente de conocer dicha eventualidad, y por otro, qué habría ocurrido de aplicarse los medios para aislar al feto del VIH. Es por ello por lo que la pérdida de oportunidad no se encuentra en la contaminación con VIH de la madre al feto, sino en que éste se vio privado de cualquier posibilidad de nacer sano.

Aunque la decisión del Tribunal Supremo a este respecto resultaría de sumo interés, el juzgador no llega a pronunciarse sobre este extremo⁹⁵.

95 ASUA GONZÁLEZ comenta un supuesto muy similar al ahora analizado, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999, que nos presenta un caso en el que un paciente sufrió un accidente de tráfico del que derivaron una serie de lesiones de una gravedad media, y que sin embargo dadas sus características, éstas debían estar sometidas a un estricto control y tratamiento, al tener una elevada potencialidad de degenerar en una gangrena gaseosa. No obstante, ninguno de estos puntos le fueron notificados al paciente, por lo que no pudo llegar a adoptar ningún tipo de cautela, sufriendo una gangrena, que como única vía de solución tuvo la amputación. Observamos cómo las circunstancias de ambos litigios resultan similares, ya que la falta de notificación de una circunstancia de gran relevancia provocó que los pacientes no pudieran adoptar precauciones, conllevando ello importantes secuelas para ambos. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* op.cit., p. 31.

3.3.2. Casos en los que la figura fue desestimada

5. La primera de las resoluciones que analizaremos dentro del grupo de las desestimadas de este apartado, es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007⁹⁶. En este asunto D. Fermín ingresó en el servicio de cirugía cardiovascular de un hospital cercano a su localidad de residencia, a los efectos de ser valorado de una cardiopatía reumática, figurando un antecedente de ACVA siete años antes. Para su diagnóstico se le indicó que cesase en la medicación que se encontraba tomando (Sintrom), siéndole practicada el día 13 de septiembre una ecografía, en la que se confirma la existencia de una afectación trivalvular y coronaria angiográficamente normales, requiriéndose la práctica de una intervención, de carácter más o menos urgente. Ésta no se planificó con mucha celeridad porque la UCI del centro sanitario se encontraba cerrada por reformas, del día 13 de septiembre al 27 del mismo mes. En virtud de ello, el paciente fue dado de alta, con su medicación habitual, siendo citado para su reingreso el día 19 de septiembre. Al llegar la mencionada fecha, el enfermo acudió nuevamente al sanatorio donde iba a ser operado, presentando el día 20 dolor abdominal, vómitos y rectorragias; algo probablemente motivado porque en la medicación indicada para el tratamiento no se incluyeron antiagregantes. Al día siguiente es visto por el digestivo, que ordena dieta absoluta, indicando nolitil para dolores y Primperan por si tenía vómitos, solicitando también la práctica de rectoscopia y enema opaco, con carácter urgente.

A pesar de los esfuerzos desplegados, a partir de las nueve y media de la noche el paciente dejó de responder a estímulos, por lo que tras ser valorado por cirugía cardiovascular, se le diagnosticó de ictus embólico en el territorio cerebral medio izquierdo. Dos días más tarde, el servicio de neurología decidió iniciar medidas antiedema con Manital, así como ventilación con O₂ a alto flujo y dexametasona, al observarse la falta de mejora.

A partir de ese momento la salud del enfermo se fue degenerando, por lo que la familia solicitó su traslado al primer hospital donde había estado ingresado, el de su localidad de origen. Sin embargo, este deseo no llegó a cumplirse, al fallecer D. Fermín durante la tramitación del mismo.

96 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, Sala Tercera, recurso 9302/2003, ponente Robles Fernández.

La familia del finado consideró que los hechos del supuesto deberían ser reprochados, aunque su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La duda que se suscita en el presente litigio radica en la razón de ser por la cual el Alto Tribunal no ha considerado la existencia de un daño indemnizable en la presente controversia. Debemos tener en cuenta que un paciente que requería una intervención, más o menos urgente, no pudo ser sometido a la misma por el simple hecho de que la UCI del centro sanitario se encontraba en reformas; por lo que la cirugía se atrasó. Se trata de una contingencia subsanable con una actuación tan simple como la solicitud de un traslado. Sin embargo, y a pesar de ello, se decidió que el enfermo fuese operado en el sanatorio donde se le practicaron las pruebas, siendo dado de alta y nuevamente citado a fin de ser sometido a dicha actividad quirúrgica.

Puede resultar complicado comprender por qué el Tribunal Supremo no ha reprochado un litigio como el presente en base a la pérdida de oportunidad, algo que nos hace preguntarnos si el juzgador está adoptando una postura arbitraria en la aplicación de esta construcción doctrinal. Ahora bien, un análisis más exhaustivo del asunto nos muestra lo adecuado de su decisión. Si bien es cierto que el paciente requería una operación, la urgencia de la misma no era tal como para necesitarla a muy corto plazo. Muestra inequívoca de ello es que al enfermo no se le mantuvo ingresado durante la espera, sino que fue remitido a su domicilio.

Partiendo de la corrección de las pruebas practicadas, así como del diagnóstico arrojado por las mismas, la pérdida de oportunidad se torna inviable, tal y como asegura el Tribunal Supremo “Por todo lo expuesto el motivo de recurso ha de ser desestimado, pues el fallecimiento del marido de la recurrente no fue debido a una mala praxis médica, por un retraso negligente en la práctica de la intervención quirúrgica no considerada como urgente que se le iba a practicar o por la pauta de una medicación que era la adecuada a la vista de sus padecimientos cardiovasculares, sino por una evolución de esos padecimientos, por los que estaba siendo tratado según lo que prescriben los conocimientos médicos estando en ello conforme todos los Informes médicos obrantes en autos. No acreditada pues la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad

patrimonial que se reclama, el motivo de recurso debe ser desestimado”⁹⁷.

6. La segunda controversia a estudiar, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009⁹⁸, es muy similar a la anterior, por lo que no será necesario un análisis en profundidad. D. Pedro Pablo sufrió un accidente de moto, ingresando en el hospital más cercano al lugar del siniestro sobre las 2,21 de la mañana. Nada más llegar al centro sanitario se le realizó una valoración inicial, que arrojó un resultado de traumatismo craneoencefálico menos grave (Galsgow 12-13). Tras este diagnóstico se comenzaron a efectuar las pruebas pertinentes para comprobar el alcance la lesión, entre las que se encuentra un análisis, así como un TAC, que se practicó sobre las cuatro de la mañana; ya que la preparación del paciente fue complicada y el resto de las actividades diagnósticas requerían también de su tiempo.

El resultado del TAC fue más grave del esperado, ya que D. Pedro Pablo padecía graves lesiones cerebrales. Se dispuso su traslado a otro sanatorio donde pudiesen ser tratadas, dado que en el que se encontraba no existían medios a fin de intervenir un daño cerebral de tal magnitud. El enfermo salió del centro sanitario sobre las cinco de la mañana y llegó al segundo hospital pasadas las seis, ingresando en estado de coma profundo, falleciendo pocas horas después.

Los familiares del finado consideraron que la muerte de D. Pedro Pablo fue consecuencia de una actuación negligente, pero no vieron admitidas sus pretensiones en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

De nuevo se trata de una controversia en la que una lectura preliminar evidencia una clara pérdida de oportunidad. Un paciente que había sufrido un accidente de moto y que mostraba síntomas de lesión cerebral, fue atendido en un centro donde no podía ser

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007... *op.cit.* Cuentan con una dinámica prácticamente idéntica las siguientes resoluciones más actuales: sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (Sala Tercera, recurso 7584/2005, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2011 (Sala Tercera, recurso 2939/2009, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (Sala Tercera, recurso 1343/2007, ponente Menéndez Pérez), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (Sala Tercera, recurso 5893/2006, ponente Menéndez Pérez) y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 5250/2010, ponente Lecumberri Martí).

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 9484/2004, ponente Herrero Pina.

tratado de las mismas y no fue remitido a otro hasta pasadas tres horas. No obstante, limitar el análisis a esta cuestión sería fragmentario, dado que debemos tener presente que en un primer momento, con el diagnóstico preliminar que se le realizó al paciente nada más llegar al servicio de urgencias, se evidenció que padecía una lesión cerebral, pero no que era de tal gravedad. Era necesario, que antes de trasladar al paciente, éste fuese estabilizado. Lo contrario podría suponer un empeoramiento para su estado, por lo que se optó por proseguir con el estudio diagnóstico, a los efectos de dilucidar el alcance de la afección.

Aunque pasaron tres horas desde la llegada del enfermo hasta que éste fue trasladado, ello fue debido a que durante ese periodo de tiempo se le estaban practicando toda una serie de pruebas, entre las que se encontraba un TAC, que ya de por sí requiere un tiempo de preparación. Una vez obtenido el resultado de la prueba definitiva, el TAC, se observó que el daño cerebral que padecía el paciente no podía ser tratado en ese centro, por lo que se iniciaron los trámites para el traslado. Este plazo, que a simple vista puede parecerse excesivo no lo fue, ya que es indispensable tener presente que fue necesario intubar al paciente, estabilizarlo, preparar una ambulancia medicalizada, localizar a un médico y una enfermera para que hiciesen el traslado con él; así como hallar un hospital donde pudiese ser atendido y que estuviese cerca de donde se encontraba. Ante esta perspectiva que se nos presenta, la pérdida de oportunidad se encuentra cada vez más desdibujada.

La actuación del centro sanitario fue adecuada, así como los lapsos temporales, que fueron los necesarios. El triste resultado final fue consecuencia directa de la gravedad de las lesiones que padecía el paciente y no porque éstas se hubiesen agravado por la espera; y aun habiendo sido así, ello no comprendería la responsabilidad, ni del centro, ni de su personal, por el simple hecho de que la demora era necesaria. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando destaca “En definitiva, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, al no apreciar una demora con efecto sustanciales en la asistencia sanitaria y en el empeoramiento de las gravísimas lesiones sufridas por el paciente, no son determinantes de una crítica como la que el recurrente realiza y que conduce a la calificación como ilógica u arbitraria de la valoración de los elementos probatorios efectuada por el Tribunal de instancia, que, correctamente y en función de dichos elementos, apreció que las lesiones, cerebrales gravísimas sufridas

por el paciente no eran susceptibles de tratamiento quirúrgico”⁹⁹.

El paciente no perdió oportunidad alguna, pues carecía de ella¹⁰⁰.

7. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006¹⁰¹ sigue un derrotero muy similar. D. Jaime sufrió un accidente laboral por el que fue atendido por el propio médico de la empresa, quien al efectuar una observación preliminar comprobó que presentaba un bulto en una ingle. D. Jaime fue diagnosticado de una hernia inguinal, siendo remitido al hospital más cercano, a los efectos de su valoración. Tras las pruebas pertinentes se le restó importancia al bulto, dándole mayor relevancia a un problema neuronal, probablemente consecuencia del accidente sufrido.

Pasados seis meses desde el percance, D. Jaime comenzó a presentar problemas de deambulación, algo que achacó a la hernia inguinal que padecía, por lo que acudió a un centro privado a fin de que le fuese extirpada. Sin embargo, esta cirugía no mejoró su situación, por lo que empezó a sospecharse que se trataba de un episodio neurológico, tal y como se

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009... *op.cit.*

¹⁰⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (Sala Tercera, recurso 125/2002, ponente Herrero Pina) se asemeja mucho al litigio ahora estudiado, por lo que su análisis resultaría repetitivo. Un paciente sufrió un desprendimiento de retina que permaneció asintomático hasta que éste fue irreversible, momento en el que perdió la visión. A pesar de que no había posibilidad alguna de evitar la ceguera del enfermo (ya que sólo tenía un ojo), éste solicitó la práctica de una cirugía ocular, que no se realizó con prontitud dado que no era urgente. El resultado de la misma no mejoró la situación del paciente, aduciendo éste que ello fue consecuencia de que la intervención fue tardía. No obstante, no cabe reproche alguno al presente supuesto, pues ninguna posibilidad fue perdida, el paciente ya estaba ciego y con nula esperanza de recobrar la visión. Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 (Sala Tercera, recurso 6765/2001, ponente Lecumberri Marti), versa sobre la idea de la urgencia, tal y como ocurre en este grupo de supuestos. Una paciente llegó a un servicio de urgencias con un cuadro de bronquitis aguda, pero dado que su situación no era urgente, tuvo que esperar varias horas hasta ser atendida. Para cuando llamaron a la paciente, ésta se había ido a otro centro donde se le diagnosticó de cifoescoliosis, una complicación de la bronquitis. Asegura la enferma que ella llegó al hospital con una simple bronquitis y sufrió una agravación de la misma como consecuencia del tiempo que transcurrió hasta ser atendida. El nexo causal del presente asunto es inexistente, en la medida en que una agravación tal de la bronquitis no se puede producir por tres horas de espera, por lo que lo más probable es que la enferma ya padeciese dicho cuadro cuando llegó al centro sanitario, no siéndole detectado en el diagnóstico preliminar.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 3842/2002, ponente Herrero Pina.

confirmó *a posteriori*, con el diagnóstico de demencia presenil compatible con alzhéimer.

Dadas las limitaciones que le quedaron al paciente, su familia pretendió el resarcimiento del daño sufrido, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Este litigio tiene un elemento diferenciador clave respecto de los anteriores, que hace que a simple vista la decisión adoptada por el juzgador no parezca tan arbitraria: la causalidad. La pretensión de la familia se centra en hallar una pérdida de oportunidad en la demora con la que se practicó la cirugía de la hernia, lo que sería el origen de las limitaciones de deambulación del paciente. Sin embargo, existe una imposibilidad clara para aceptar esta tesis, y es que si bien es cierto que la hernia existía y podía afectar a la salud del paciente, también lo es que su repercusión era mínima y carente de relevancia, por lo que la premura era inexistente; ya que incluso la extirpación era voluntaria.

Los problemas para caminar que afectan al enfermo no se encuentran relacionados con la hernia en cuestión. Ante esta tesitura nos encontramos con un escenario en el que, si bien la demora de la intervención es una realidad, también lo es que el daño final no derivó de la misma, por lo que no se perdió oportunidad alguna. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo cuando afirma “Y en tal aspecto la sentencia de instancia, valorando los elementos de prueba de que dispone en las actuaciones, fundamentalmente informes técnicos, concluye en la inexistencia de tal relación de causalidad, como se ha recogido literalmente en el primer fundamento de derecho, sin que la parte cuestione en este recurso dicha valoración de la prueba por ninguna de las concretas vías que la jurisprudencia acepta, como son la infracción de una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba o la alegación de que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, y sin que partiendo de los hechos tenidos como ciertos en la instancia, que se refieren a la vinculación de los referidos padecimientos del recurrente a su patología neuronal, pueda llegarse a un resultado contrario respecto de dicho requisito de relación de causalidad, cuya concurrencia mantiene la parte, pero sin que aporte ni se refiera a dato o hecho alguno que avale tal planteamiento y ni siquiera aventure razonamiento alguno sobre la relación entre la hernia crural de la que fue intervenido y tales secuelas, menos aun con un retraso en su diagnóstico y

curación, refiriendo únicamente la falta del empleo de medios adecuados al efecto, que ninguna virtualidad tiene para exigir una responsabilidad patrimonial si el resultado lesivo que se pretende reparar no es una consecuencia de tal actuación”¹⁰².

8. Aunque el siguiente caso resulta muy similar, la dificultad propia de los hechos hará que sea necesario un análisis más profuso de la relación fáctica, a los efectos de comprender la decisión del juzgador. Esta es la controversia de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006¹⁰³, en la que D^a. Estela, ATS de profesión y en el ejercicio de sus funciones, acababa de poner una inyección cuando su hija Fátima, de dos años de edad, fue corriendo hacia ella chocando contra una de sus manos, aquella con la que sostenía la jeringa, pinchándose en el ojo izquierdo. En un principio la lesión no parecía revestir mayor gravedad y los padres de la menor prefirieron mantener una actitud expectante. No obstante, dos días más tarde el ojo de la niña estaba muy irritado, por lo que acudieron al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia, donde dado el grado de inflamación del glóbulo ocular, se la mantuvo con antibióticos y constantes limpiezas, preparándola para una intervención reparadora. Para cuando la niña estuvo lista para la cirugía, 48 horas más tarde de su ingreso, su madre decidió llevarla a otro centro sanitario, donde finalmente fue operada 24 horas más tarde. A pesar de todo, la menor perdió ese ojo.

Los padres de la niña consideraron que la atención recibida no fue diligente, por lo que pretendieron ser resarcidos por el daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este asunto presenta semejanzas con los anteriores, lo cierto es que su análisis requiere una visión más amplia, ya que a primera vista se nos presenta una pérdida de oportunidad. Debemos tener presente que se trata de una niña con una lesión ocular grave, cuyo tratamiento quirúrgico (dado que desde un primer momento se conocía que habría que acudir a la cirugía) se demoró hasta 48 horas, lo que provocó la pérdida completa del glóbulo ocular.

Esta breve alusión a los hechos nos presenta el escenario ideal para la pérdida de oportunidad, ya que la parsimonia de las actuaciones comportó que

102 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006... *op.cit.*

103 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, Sala Tercera, recurso 5093/2002, ponente Puente Prieto.

una niña de tan sólo dos años perdiese la visión de un ojo. Sin embargo, es necesario ir más allá y elaborar un estudio más profundo, y es que aunque es cierto que se tardó dos días en preparar a una paciente para someterla a una intervención urgente, ello fue consecuencia del estado en el que se encontraba el ojo de la menor. Dada la inflamación que presentaba, cualquier cirugía hubiese resultado imposible, o cuanto menos contraproducente. La lesión que padecía la niña se había agravado de forma alarmante porque acudió al centro sanitario 48 horas más tarde del accidente, ya que los padres habían decidido mantener una actitud expectante. Ello implicó que el ojo de la menor llegase irritado e inflamado, lo que dificultó el diagnóstico y requirió un plazo de estabilización antes de la operación. De haberse producido el ingreso de manera inmediata, o en un plazo inferior a 24 horas desde la lesión, las posibilidades de salvar el glóbulo ocular hubiesen sido mayores. El Juzgador parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “Junto con el hecho de que de la documentación antes referida no se deduce esa inasistencia de la enferma, es lo cierto que la documentación fue correctamente evaluada por el Tribunal de instancia que concluyó, en base a los informes obrantes en las actuaciones, que el tratamiento prestado a la niña en el Hospital Gómez Ulla fue en todo caso correcto y que la gravedad de la lesión se produjo por el hecho de que no se llevó a asistencia a la niña por parte de la madre de manera inmediata, al producirse la lesión, sino a los dos o tres días, lo que impidió que la asistencia sanitaria pública adoptara las medidas conducentes a fin de evitar una infección que, por otro lado, es posible que desde el primer momento de sufrir el traumatismo se había ya producido en los términos que expresa la Clínica Médico Forense el 20 de mayo de 1.999 en el informe que antes recogimos”¹⁰⁴.

Aunque el presente litigio mostraba los ingredientes básicos para la pérdida de oportunidad, un análisis cuidadoso de los hechos ha evidenciado que no se trata de un caso indemnizable, y menos por la vía de la pérdida de oportunidad¹⁰⁵.

104 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006... *op.cit.*

105 La temática enjuiciada en la controversia anterior se asemeja en gran medida a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 6157/2002, ponente Herrero Pina), por lo que procederemos a su estudio conjunto. En este supuesto D. Luis Andrés fue diagnosticado de un soplo aórtico en 1990, que sin embargo no le dio problemas hasta años más tarde, 1998, fecha en la que como consecuencia de una sintomatología concreta, se optó por someterlo a una intervención cardíaca. A pesar de que ésta se desarrolló con plena normalidad y el paciente se recuperó, éste consideró que había sufrido una pérdida de oportunidad. Según

9. Es probable que el siguiente litigio, el de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007¹⁰⁶, sea uno de los más llamativos del apartado que nos ocupa, así como uno de los más sencillos. La andadura del mismo comienza en el año 1989, cuando D. Luis Enrique ingresa en el servicio de urgencias de un centro sanitario cercano a su residencia, con claros síntomas de apendicitis. Sin embargo, durante la pendencia de las pruebas diagnósticas que le fueron practicadas, su sintomatología remitió y aunque se le recomendó que se operase, dado que era probable que este cuadro se repitiera, el paciente se negó y solicitó el alta voluntaria. Diez años más tarde, tal y como se había previsto, el cuadro se reiteró, aunque en esta ocasión no se trataba de una simple apendicitis, sino que había degenerado en una peritonitis que le había provocado una perforación de colón ascendente, de la que tuvo que ser intervenido de urgencia.

D. Luis Enrique consideró que había sido víctima de una negligencia médica, por lo que pretendió ser resarcido por las lesiones sufridas, para lo cual tuvo que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, ya que su demanda fue desestimada en instancias inferiores.

De la lectura de los hechos se desprende por qué el Tribunal Supremo no admitió la pérdida de oportunidad del presente asunto. D. Luis Enrique aduce que al no habersele operado 10 años antes de apendicitis, no se evitó la peritonitis que se le manifestó y las consecuencias que de la misma derivaron. Lo cierto es que la posibilidad de hallar aquí cualquier atisbo de pérdida de oportunidad es cuanto menos complicado, más si cabe cuando tenemos presente, que aunque el paciente tuvo signos evidentes de apendicitis

D. Luis Andrés, si hubiese estado sometido a un tratamiento conservador al ser diagnosticado, podría haber evitado la cirugía. Huelga decir que la relación entre la ausencia de un tratamiento y la operación es inexistente, por lo que no cabe condena alguna en base a la pérdida de oportunidad. Sigue una línea muy similar la sentencia Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3412/2002, ponente Robles Fernández), en la que D. Alfredo acudió a su médico por presentar una tumoración, que tras la práctica probatoria debida arrojó resultados de benignidad. Meses después el tumor cambió de forma y se tornó doloroso, por lo que el paciente fue sometido de nuevo a la misma batería probatoria, pero en esta ocasión el pronóstico fue de malignidad. El enfermo aduce, que de haber sido operado en un primer momento, el nódulo no hubiese llegado a ser maligno. De nuevo el nexo causal se vuelve a presentar como el principal escollo a fin de admitir una pérdida de oportunidad.

106 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 5538/2003, ponente Robles Fernández.

en el año 1989, y que se tenía pleno conocimiento de que a pesar de que remitieron podían volver a aparecer, éste rechazó el ofrecimiento de extirparse el apéndice. D. Luis Enrique ya se encontraba advertido de la posibilidad de que los síntomas se repitiesen y aun así solicitó el alta voluntaria, por lo que la única pérdida de oportunidad existente es la que él mismo provocó. De esta misma opinión se muestra el Tribunal Supremo al analizar este mismo litigio “El actor en 1.989 se negó según hemos de tener por probado a ser operado de apendicitis, pese a que era sabedor de su padecimiento, que no obstante remitió en aquellas fechas. Diez años más tarde, las actuaciones médicas que hemos puesto de relieve, ponen de manifiesto que no existió el retraso que el actor pretende, pues los informes médicos y declaraciones de facultativos que hemos recogido evidencian que el cuadro clínico del abdomen no requería una intervención quirúrgica urgente, por lo que no cabe aceptar la argumentación del actor que basa toda su reclamación en un supuesto retraso en la práctica de una intervención quirúrgica que para él sería urgente, urgencia que sin embargo no han puesto de relieve ni los informes médicos, ni la prueba testifical practicada de los que tampoco se evidenciaría un deficiente seguimiento médico del post-operatorio”¹⁰⁷.

No es necesario que añadamos mucho más a la presente controversia, dado que la inexistencia de un nexo causal hace imposible cualquier reproche, incluso acudiendo a la pérdida de oportunidad¹⁰⁸.

10. La antepenúltima problemática que será estudiada en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005¹⁰⁹, cuenta con una

107 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007... *op.cit.*

108 La similitud que la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 (Sala Primera, recurso 3525/1998, ponente Villagómez Rodil) tiene con la ahora estudiada, desaconseja un análisis individualizado de la misma, por su escasa aportación académica. En este asunto la actitud negativa del paciente tiene la incidencia suficiente como para romper el nexo causal del litigio. Una niña fue diagnosticada a muy temprana edad de una dolencia que le generaba tumores, y al comenzar a sufrir molestias en la espalda, acudió a un médico traumatólogo. Éste comenzó el tratamiento conservador habitual, pues en ningún momento se le informó sobre la afección de su paciente, algo que le hubiese permitido barajar una tumoración como posible origen de su dolor. No obstante, pasaron meses hasta que el médico pudo diagnosticar el tumor que afectaba a la paciente, lo que le provocó severas lesiones irreversibles y la necesidad de una delicada cirugía de urgencia. De nuevo se trata de un supuesto donde la pérdida de oportunidad la provoca el propio paciente y no el personal sanitario, algo que quiebra el nexo causal y con ello, cualquier pretensión de reproche.

109 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005, Sala Tercera, recurso 1304/2001, ponente Puente Prieto.

fenomenología llamativa que dista de las anteriores sentencias. En este caso una menor llegó al servicio de urgencias de un hospital en estado de extrema gravedad, por haber ingerido un líquido, que hasta después de su fallecimiento no se supo que era abrillantador para suelos. Al llegar al sanatorio la paciente fue rápidamente atendida, diagnosticada y estabilizada, provocándosele el vómito en varias ocasiones, entre otras cosas. No obstante, los padres de la paciente olvidaron llevar la garrafa de la que había bebido la niña, lo que implicó que los médicos actuaran a ciegas, aunque los familiares de la enferma sospechaban que se trataba de amoníaco. A pesar de las dificultades diagnósticas, las actuaciones desplegadas dieron su fruto y la paciente mejoró ostensiblemente, por lo que pasadas las necesarias horas de observación, fue dada de alta. Sin embargo, poco después la niña comenzó a mostrar un cuadro de debilidad y dificultad respiratoria, por lo que fue rápidamente trasladada al centro sanitario, llevándose en esta ocasión la botella con el líquido que había tomado. Aunque se contaba con el recipiente, éste no estaba etiquetado, por lo que fue necesario ponerse en comunicación con el instituto de toxicología. Éste no pudo identificarlo con exactitud, por lo que recomendó el tratamiento habitual para las intoxicaciones graves. A pesar de los esfuerzos desplegados, la paciente falleció a consecuencia del envenenamiento, siendo después identificado el líquido, así como su letalidad.

Los padres de la menor estimaron que el fallecimiento de su hija debía ser resarcido, de forma que aunque sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La admisión de la pérdida de oportunidad en el caso que nos ocupa parece complicada, ya que aunque se trate de una paciente que llegó con una grave intoxicación a urgencias, el desconocimiento de la naturaleza y características del elemento contaminante, provocó serias dudas sobre las posibilidades de tratar a la niña de manera eficiente. A pesar de ello la enferma presentó una importante mejoría, por lo que se estimó que había sido debidamente atendida y fue dada de alta. Es precisamente en este punto concreto de las actuaciones médicas en el que la familia de la fallecida atisba una pérdida de oportunidad: el alta “prematura”. Estiman los padres de la menor, que dar de alta a la paciente tuvo como consecuencia no controlar su estado y no prever el súbito empeoramiento que sufrió. Sin embargo, nada puede encontrarse aquí susceptible de conformar una pérdida de oportunidad, porque todas las actuaciones médicas

fueron desarrolladas con plena diligencia. A esto debemos añadir que, dada la naturaleza del líquido ingerido por la enferma, poco más podía hacerse, ya que éste era letal. El Alto Tribunal parece decantarse por esta misma hipótesis cuando asegura “No cuestionada en esta casación la afirmación de la sentencia acerca de la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente, resulta obligada la confirmación de la sentencia recurrida al no haber sido acreditada la existencia de una deficiente asistencia médica, que en modo alguno puede deducirse de una actuación sanitaria practicada con motivo de la ingesta de un líquido, que la paciente manifestó que olía a amoníaco y que la familia expresó que consistía en agua destilada, y sin que de la circunstancia de que existiera una mejoría por la aplicación por vía endovenosa de calcio se derivara necesariamente la necesidad de monitorización del control del nivel de calcio, exigido cuando la ingestión se produce con fluosilicato de magnesio, cuya circunstancia se ignoraba por los médicos que, primero en vía de urgencias y luego en el hospital, prestaron atención médica a la paciente y que en cualquier caso no hubiera podido ser identificado, como indica la sentencia recurrida, de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina sobre pérdida de oportunidad consistente en el reconocimiento del derecho a que se declare la responsabilidad patrimonial por la privación de un tratamiento cuya eficacia no está absolutamente acreditada por causas imputables al personal sanitario”¹¹⁰.

La intoxicación que presentaba la niña, aunque se desconocía, era letal e irremediable. Independientemente de las actuaciones que fuesen desplegadas, la menor no habría podido sobrevivir a la ingesta del líquido abrillantador. Realmente esta paciente no tenía ninguna posibilidad de sobrevivir, por lo tanto, ¿qué oportunidad ha perdido? Ninguna¹¹¹.

110 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005... *op.cit.*

111 La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001 (Sala Primera, recurso 263/1996, ponente Romero Lorenzo) sigue una dinámica comparable a la del asunto ahora analizado, por lo que su estudio individualizado supondría volver a ahondar en la misma temática. D^a. Mari Juana presentaba una herida en la pierna derecha, que se sometió a un tratamiento y un exhaustivo control por su condición de diabética. Aunque la laceración no presentaba mejoría, tampoco empeoraba, por lo que se optó por incrementar el control e intensificar la terapia. Pasado un tiempo desde esta decisión, la paciente comenzó a acusar fuertes dolores, arrojando sospechas de ausencia de pulsos distales que fueron confirmadas, requiriendo la práctica de una actividad quirúrgica tan agresiva como la amputación.

11. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008¹¹² es la penúltima resolución que estudiaremos en este apartado, en la que D^a. Penélope, una niña de ocho años, fue diagnosticada de astrocitoma hipotalámico izquierdo, es decir, un tumor cerebral. Dicha tumoración estaba ejerciendo una gran presión sobre su glóbulo ocular derecho, lo que le estaba provocando ceguera. Al tratarse de un asunto urgente, la paciente fue intervenida el mismo día del diagnóstico, a los efectos de implantársele una válvula, y al día siguiente de nuevo, para practicársele una craneotomía temporopariental izquierda. Dos días después de la cirugía, encontrándose más estable, se le realizó un scanner que evidenció la existencia de restos de tumor en la zona operada, que no habían podido ser eliminados; pero al no tratarse de algo grave se optó por dejarlos ahí, dar de alta a la paciente y someterla a revisiones mensuales. El motivo de esta decisión radica en que esos restos del tumor eran sumamente delicados y su extracción podría irrogar graves daños a la paciente. Dos meses más tarde la enferma acudió al servicio de urgencias del hospital donde había sido operada, por presentar cierto malestar, observándose que los resquicios de la tumoración que habían quedado de la actividad quirúrgica anterior habían crecido; por lo que se procedió a la instalación de una nueva válvula. Tras la estabilización de la paciente, se le prescribió que volviese en un mes, a fin de comprobar el tamaño del tumor no extirpado y practicar una nueva operación, siempre y cuando la enferma fuese recuperando la vista, ya que de lo contrario sería un riesgo innecesario. Como pasado un mes la menor a penas había recobrado la visión, la familia de la niña decidió solicitar una segunda opinión, por lo que viajó a Canadá, donde la solución que les presentaron fue idéntica: de mejorar la visión de la niña, el riesgo de la cirugía sería asumible, en caso contrario, lo más prudente sería intentar reducir el tamaño del tumor con radioterapia. Con ese diagnóstico regresaron a España, donde la niña fue atendida en el mismo hospital en el que fue intervenida, y dado que no recuperó la visión de ese ojo en ningún momento, el tratamiento por el que se optó fue la radioterapia. El tamaño del tumor se redujo y

D^a. Mari Juana estimó la concurrencia de una pérdida de oportunidad en la falta de práctica de un *by-pass* cuando tuvo los primeros síntomas de alarma. Sin embargo, las posibilidades de repermeabilización de la paciente eran escasas o nulas, por lo que esta práctica médica no era viable. De todo lo aquí apuntado se deduce que las posibilidades de sanación de la paciente, desde el momento mismo en el que se presentó la lesión, eran prácticamente inexistentes, por lo que no procede acudir a la pérdida de oportunidad.

112 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, Sala Tercera, recurso 2364/2004, ponente Díez – Picazo.

fue estabilizado, pero la menor perdió la visión de ese glóbulo ocular por completo.

Los padres de la paciente consideraron que los tres meses que se dieron desde la primera actividad quirúrgica hasta la segunda fueron excesivos, así como que la radioterapia no se practicó a tiempo, condenándose a la paciente a perder la visión del ojo derecho. Sin embargo, sus pretensiones fueron inadmitidas en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Conviene destacar de la controversia que nos ocupa, que desde el diagnóstico a la intervención paliativa pasaron escasas horas, razón por la cual los recurrentes no consideran incorrecta esta primera actuación, sino que estiman que el tiempo de expectación a los efectos de comprobar si la menor conseguía recobrar la vista fue excesivo, a sabiendas de que tenía restos de tumor. Estiman los padres de la enferma, que de haberse actuado con la debida rapidez, la niña habría podido recuperar parte de la visión del ojo perdido.

Puede resultar llamativa la actitud de los médicos que trataban a la paciente, más si cabe cuando tenemos presente que a la menor le quedaron partes de tumor que podían crecer, algo de lo que se tenía conocimiento. La enferma había perdido la visión de un ojo por la presión que había ejercido el tumor sobre el glóbulo ocular en cuestión, y si ésta no lograba a recuperarla de forma espontánea, una cirugía que eliminase los restos de tumoración que le quedaban no lo haría, de lo que debe inferirse que se trataría de una terapia arriesgada, traumática e innecesaria. Fue precisamente éste el motivo por el cual se decidió mantener en esta actitud expectante: si el tumor crecía, debía ser extirpado y también si no lo hacía pero la niña recuperaba la vista, de lo contrario cualquier actividad quirúrgica carecería de sentido.

Es complicado encontrar una pérdida de oportunidad en este litigio, ya que lo que provocó la ceguera de la enferma fue el tumor que ésta tenía, y no la actividad médica desplegada.

A pesar de que resultaría de sumo interés la lectura de los razonamientos del Tribunal Supremo sobre este caso, dada la argumentación del recurso, ello no será posible¹¹³.

113 La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 5535/2003, ponente Herrero Pina) tiene una relación de hechos similar en lo que a la actitud expectante se refiere. Un paciente que sufrió un grave

12. La última de las resoluciones que estudiamos la hemos dejado para el final por ser la menos representativa de la pérdida de oportunidad, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002¹¹⁴. En este asunto D. Carlos José acudió a su médico de cabecera con un cuadro de dolor en la pierna derecha, quien tras un reconocimiento preliminar decidió remitirle al servicio de cirugía ambulatoria del centro sanitario más cercano, donde se le diagnosticó insuficiencia venosa con varios episodios de flebitis. Se le citó con el servicio de cirugía cardiovascular en un plazo de tiempo corto, fecha en la que el paciente no pudo acudir, por lo que vio retrasada la posibilidad de tratamiento los días en los que se tardó en volver a llamarle. Una vez pudo ser debidamente atendido, se constató que el enfermo requería una rápida intervención, ya que de lo contrario sería necesario amputar la pierna afectada. A pesar de que la cirugía se desarrolló correctamente,

accidente de tráfico, fue atendido en un hospital de las múltiples lesiones que sufrió, destacando sobre todas ellas una en el brazo izquierdo. Aunque desde un primer momento la evolución de la mano fue irregular, lo cierto es que el traumatismo que padecía requería de un plazo de observación antes de acudir a cualquier actividad médica, restándole al enfermo importantes limitaciones de movilidad. La víctima considera que la lentitud en las actuaciones fue lo que motivó las consecuencias que ahora padece y que es precisamente en esta omisión donde se encuentra la pérdida de oportunidad. Sin embargo dicha hipótesis atenta contra los principios de esta construcción doctrinal, porque las secuelas que le quedaron derivaron del accidente que sufrió, y no de la atención médica, que era la única opción sanitaria a adoptar en su situación. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (Sala Tercera, recurso 8362/2003, ponente Puente Prieto) es prácticamente idéntica a este grupo de supuestos, por lo que seremos breves en su análisis. D. Rogelio tuvo un grave accidente de circulación en el que sufrió múltiples lesiones. Entre las mismas había una de carácter menor en relación a las anteriores, que no pudo ser tratada en el centro en el que se encontraba, porque carecía de medios para ello. No obstante, cualquier traslado a otro hospital estaba desaconsejado hasta que el enfermo hubiese evolucionado de sus dolencias más graves. 21 días más tarde del accidente pudo ser llevado a otro hospital a los efectos de ser tratado de la lesión en cuestión, a pesar de lo cual al paciente le restaron severos daños. No es necesario remarcar demasiado que la supuesta pérdida de oportunidad que pudiese aducirse en la “espera forzosa” es inexistente, puesto que D. Rogelio, dadas sus circunstancias, no podía ser desplazado a otro sanatorio; ya que esto habría empeorado las lesiones que resultaban de mayor entidad. De manera contraria se pronuncia ASUA GONZÁLEZ, ya que considera que la indemnización del presente litigio se encuentra fundamentada. ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria... op.cit.*, p. 59. Opinión no compartida con GARCÉS – GARRO RANZ, al estimar esta autora que la actitud del Tribunal Supremo se basó más en la pérdida de oportunidad, que en la concurrencia de culpas. GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”... *op.cit.*; concretamente en página 58.

114 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2002, Sala Tercera, recurso 2203/1998, ponente Lecumberri Martí.

las lesiones vasculares que padecía D. Carlos José resultaban de tal entidad, que lo único que pudo hacerse fue amputar la extremidad en cuestión.

En base a los mencionados hechos, D. Carlos José pretendió el resarcimiento del daño sufrido, no viendo sus pretensiones admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Tal y como hemos señalado al comienzo de la redacción del presente litigio, este caso es uno de los menos representativos de la pérdida de oportunidad, por el simple hecho de que ésta no existe. El paciente no acudió a una cita por razones que desconocemos y fue nuevamente emplazado a los efectos de acudir a un reconocimiento escasos días después, algo que obviamente no pudo agravar su lesión hasta el punto de requerir una amputación, ya que sería necesario un intervalo de tiempo mayor.

3.4. La pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico

La materia objeto de estudio en este apartado puede resumirse en una análisis conjunto de la pérdida de oportunidad y el error de diagnóstico, así como la relación entre ambas nociones.

3.4.1. Conflictos en los que la figura fue admitida

1. La primera de las resoluciones que analizaremos es probablemente una de las más representativas del presente bloque, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001¹¹⁵. En este caso D. Héctor acudió a un servicio de urgencias aquejado de un cuadro de dolor en el pecho, sudoración y malestar. Al paciente se le sometió a una exploración y dos electrocardiogramas, con la excepción de que uno de ellos no fue correctamente interpretado. Dado que los resultados que arrojaron las pruebas practicadas fueron normales, el enfermo fue enviado a su casa. Sin embargo, éste regresó a urgencias seis horas más tarde, por no remitir la sintomatología que padecía, a pesar del tratamiento con vasodilatadores que le había sido prescrito. La situación de D. Héctor era propia de un infarto y no de una angina de pecho, pero dada la antes mencionada errónea lectura de los electrocardiogramas, D. Héctor fue nuevamente remitido a su domicilio con un tratamiento de analgésicos; donde falleció por un infarto de miocardio.

La familia del finado estimó que la muerte del paciente fue consecuencia de una pérdida de oportunidad motivada por un error de diagnóstico, por lo que pretendió la indemnización del daño sufrido. No obstante, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Este asunto, a pesar de que no es especialmente llamativo, es uno de los más claros por la naturaleza de la relación fáctica. Es necesario tener presente que se trata de un paciente que no acude en una ocasión al servicio de urgencia, sino en dos, a pesar de lo cual, y fruto de la interpretación incorrecta de una actividad diagnóstica (error de diagnóstico), no recibe el tratamiento adecuado. Aunque de las apreciaciones del perito puede inferirse que el paciente no mostraba el cuadro típico del infarto de miocardio, existían ciertos síntomas que resultaban preocupantes.

La primera actuación médica fue correcta, ya que la práctica probatoria desplegada fue la idónea, todo ello a pesar de que concurrió un error de diagnóstico, que motivó que no se detectase que lo que realmente padecía el enfermo era un infarto y no una angina de pecho. En virtud de la desacertada diagnosis, la terapia prescrita fue inadecuada, aunque el mayor de los errores se produjo en la segunda atención. Los vasodilatadores no estaban cumpliendo su función correctamente, probablemente porque la dolencia que se estaba tratando, o bien era distinta o de mayor gravedad, tal y como ocurrió. La actitud correcta, dadas las circunstancias, hubiese sido repetir las pruebas anteriormente practicadas, algo que no se hizo, o en su defecto mantener al paciente en observación.

Aunque en el presente caso la pérdida de oportunidad se entrelaza con la idea del error de diagnóstico, hasta el punto de que pueden llegar a confundirse, lo cierto es que hemos abogado por el primero de los conceptos, por el simple hecho de que, si bien es cierto que existió un error de diagnóstico, éste se dio en la primera atención que recibió el paciente. Esto es, que aunque fue el origen de la problemática, no conforma la esencia del litigio en cuestión, estando más presente la pérdida de oportunidad que el propio error de diagnóstico.

Desconocemos cuál era la lesión que el enfermo padecía y los márgenes de sanación o mejora que podía llegar a presentar, es decir, no podemos llegar a saber si el paciente, de haber recibido una segunda atención correcta, habría podido salvar su vida; pero lo que sí es seguro es que éste fue condenado por los

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 47/1996, ponente Romero Lorenzo.

tratamientos médicos que recibió. El Tribunal Supremo parece abogar por esta misma idea cuando asevera “Resultado de todo este acontecer, que en modo alguno puede calificarse de diligente y adecuado a la función que un Servicio de Salud debe desarrollar, ha sido que por dos veces consecutivas hubiese sido remitido a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, un paciente cuya sintomatología, analizada con mayor detenimiento o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como así se evidenció al cabo de 3 horas al producirse el tercer ingreso en situación de parada cardiorrespiratoria y estado de coma profundo, produciéndose su fallecimiento unos veinte días más tarde”¹¹⁶.

Aunque la pérdida de oportunidad se entrelaza con el error de diagnóstico, los márgenes de una y otra figura son claros. El error de diagnóstico se produjo en la interpretación errónea de una prueba practicada en la primera atención, mientras que la pérdida de oportunidad se dio en las dos asistencias, tal y como se colige de las palabras del juzgador.

2. La segunda de las controversias es prácticamente idéntica a la anterior, aunque el Tribunal Supremo se muestra mucho más contundente con la pérdida de oportunidad, hablamos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007¹¹⁷. En esta controversia D. Lucas, de 59 años de edad, con antecedentes de úlcera duodenal, diabetes e hipertensión arterial, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, con un cuadro de dolor en epigastrio con irradiación en hipocondrio izquierdo y brazo izquierdo, vómitos y aumento de tensión arterial. Una vez allí, y tras la práctica de una serie de pruebas basadas en una sospecha errónea del médico que le atendió, se le diagnosticó de crisis hipertensiva y agudización de úlcera duodenal. Fue tratado con medicación sublingual, y tras permanecer en observación hasta que los valores de hipertensión fueron normales, fue remitido a su domicilio, pautándose control al día siguiente por su médico habitual. La madrugada de ese mismo día D. Lucas se vio en la necesidad de acudir al mismo hospital por dolor intensificado en epigastrio, ante lo que se sospechó una posible perforación de úlcera, para cuyo diagnóstico se practicaron una nueva serie de pruebas que detectaron un infarto de miocardio

extenso. El paciente ingresó de manera inmediata en la UCI, a pesar de lo cual falleció sobre las diez de la mañana del día siguiente.

Los familiares del fenecido consideraron que el error de diagnóstico del que fue víctima D. Lucas provocó una pérdida de oportunidad, que prácticamente le condenó, por lo que pretendieron la indemnización del daño sufrido; para lo que tuvieron que recurrir en casación ante el Tribunal Supremo.

Las similitudes entre el presente supuesto y el anteriormente analizado son indiscutibles. Partimos de un error de diagnóstico que provoca que un infarto de miocardio no sea detectado y que el paciente fallezca, con la diferencia de que en este caso, en la segunda ocasión que D. Lucas acudió a urgencias, se le practicaron nuevas pruebas que evidenciaron que lo que padecía era un infarto. El error de diagnóstico lo encontramos en la primera atención que recibió el paciente, en la que una sospecha del médico que le atendió, hizo que las pruebas se limitasen a comprobar unas determinadas dolencias, no llegando a diagnosticar correctamente el padecimiento de D. Lucas.

La falta de una terapia adecuada provocó que el estado del paciente se viese agravado, y con ello sufriese una pérdida de posibilidades de sanación o mejora. Desconocemos, si dados los antecedentes del enfermo, cabría posibilidad alguna de curación, pero lo que resulta objetivamente claro es que se provocó la pérdida de cualquier expectativa de vida. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma idea cuando asevera “...una valoración del informe médico forense conforme las reglas de la sana crítica lleva a considerar que hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica. Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001... *op.cit.*

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2003, ponente Robles Fernández.

de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado¹¹⁸.

Aunque las probabilidades de supervivencia del paciente fuesen mínimas, llegaban al porcentaje básico que requiere el concepto, tal y como ocurría en el asunto anterior; ya que de lo contrario el Alto Tribunal ni siquiera hubiese llegado a barajar la pérdida de oportunidad. De nuevo, tal y como remarca el juzgador, el daño que resulta indemnizado no es el fallecimiento del enfermo, sino la pérdida de expectativas.

3. Hallamos una situación muy similar a la anteriormente comentada en la siguiente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007¹¹⁹. En el presente litigio una paciente fue remitida al hospital más cercano desde un centro de asistencia primaria, por presentar un cuadro de cefalea intensa frontal, mareo rotatorio, vómitos espontáneos y pérdida de conciencia de unos 30 minutos, bradicardia, aturdimiento posterior y rigidez de nuca con dolor y vértigo. Ante esta sintomatología se solicitó la práctica de las pruebas necesarias, a fin de descartar una posible hemorragia subaracnoidea. A pesar de que la recomendación señalaba claramente que fuese atendida por el servicio de neurología, la enferma fue tratada por un médico residente en Medicina general, que le sometió a toda una serie de pruebas, y al comprobar la normalidad de las mismas, así como que la paciente se encontraba asintomática, le dio el alta, prescribiéndole reposo domiciliario entre 24 y 48 horas. Aunque la atención que recibió la enferma fue correcta, lo cierto es que era imprescindible una prueba añadida, concretamente un TAC, que hubiese revelado que lo que realmente presentaba era una meningitis.

Al día siguiente tuvo que volver al centro sanitario por persistir la sintomatología que horas antes había remitido. Al practicársele una nueva exploración se observaron indicios de meningitis, contra los que poco pudo hacerse, a pesar de la afanosa labor del equipo médico que le atendió, ya que la paciente feneció horas después de su segundo ingreso.

Los familiares de la fallecida consideraron que la muerte de la enferma vino motivada por una pérdida de oportunidad reprochable, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

118 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007... *op.cit.*

119 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, Sala Tercera, recurso 6369/2003, ponente Puente Prieto.

En este litigio encontramos que la sombra del error de diagnóstico sobrevuela la práctica totalidad de los hechos. No obstante, su contundencia es menor al concurrir dos elementos accesorios, la falta de realización del TAC y el alta precipitado que recibió la paciente. Partimos de que la enferma había sido vista con carácter previo por un médico, que ya había apuntado sospechas de una dolencia grave, por lo que solicitó la práctica de un amplio estudio por el servicio de neurología, siendo en su lugar atendida por un médico de Medicina general. Lo prudente en este caso habría sido someter a la paciente a una prueba de amplio calado, como lo es el TAC, y desde luego no darle de alta, por mucho que ésta se encontrase asintomática. Con estas actuaciones las escasas posibilidades de sanación o mejora de la enferma desaparecieron. De una manera prácticamente idéntica se pronuncia el Tribunal Supremo “Ciertamente el Tribunal de instancia es tajante al aceptar que desde un primer momento no se le practicó y debió de realizarse un TAC a la paciente según resulta unánimemente de los informes obrantes en el expediente administrativo. Consta igualmente acreditado, según la sentencia, que no se intentó la embolización del aneurisma en el mismo acto en que se realizó la angiografía, concluyendo sin embargo que ello no puede acarrear sin más la responsabilidad patrimonial pretendida por el recurrente, puesto que no han quedado acreditadas las consecuencias de su no realización, ni tampoco si de haberse realizado se hubiera evitado el desgraciado fallecimiento de la enferma”¹²⁰.

4. El último de los supuestos de hecho que estudiaremos en este bloque de resoluciones estimadas es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009¹²¹. En este caso D. Jesús Manuel, que tenía antecedentes de epilgastria, acudió al servicio de urgencias más cercano a su localidad de residencia por presentar un cuadro de dolor en el abdomen.

120 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 (ponente Sala Tercera, recurso 5078/1997, ponente Xiol Ríos) cuenta con una dinámica similar en la que una paciente, tras ser diagnosticada de pancreatitis, fue intervenida de urgencias, pero por no haber camas libres en la UCI, se le remitió a planta. No obstante, se había producido un error de diagnóstico, porque lo que realmente aquejaba a la paciente era un cáncer de páncreas. Sin embargo, también media una importante pérdida de oportunidad, porque al no encontrarse la paciente en la UCI, no pudo detectarse el edema agudo que se le presentó y que provocó su fallecimiento. Sigue una línea similar la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 3383/2011, ponente Lecumberri Marti).

121 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009, Sala Tercera, recurso 7840/2004, ponente Huelín Martínez de Velasco.

Fue tratado con analgésicos y dado de alta para que su médico de cabecera mantuviese los controles debidos. Sin embargo al no mejorar, acudió el día siguiente al mismo servicio de urgencias, con un cuadro de dolor, fiebre y escalofríos. Al descartarse una posible inflamación de la vesícula, fue dado de alta de nuevo. Tres días más tarde volvió al mismo servicio médico, por no mostrar ninguna mejoría y por sufrir durante más de seis horas un cuadro de dolor abdominal intenso, para lo que se le prescribieron antiácidos, siendo remitido de nuevo a su domicilio. Horas más tarde de esta última visita, tuvo que regresar al servicio de urgencias por cuarta vez, procediéndose a su ingreso hospitalario para la práctica de pruebas al día siguiente, en las que se observó que lo que le provocaba los dolores era una peritonitis, que le había perforado la vesícula, por lo que se ordenó su rápida intervención.

A pesar de la premura y de que la cirugía se desarrolló correctamente, tras la misma el paciente presentó un fascitis purulenta como consecuencia de una infección hospitalaria, requiriendo de una nueva operación, muy agresiva, para mejorar de la mentada infección.

D. Jesús Manuel consideró que fue víctima de un error de diagnóstico que le provocó una pérdida de oportunidad. Sus pretensiones indemnizatorias no fueron admitidas en instancias inferiores, por lo que recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta controversia es probablemente una de las más claras, sobre todo en lo relativo a la separación entre el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad. Un paciente con un cuadro de problemas gástricos acudió a un centro sanitario hasta en cuatro ocasiones, en un plazo de 5 días, no siendo correctamente diagnosticado hasta el final, porque no se le realizaban pruebas de entidad, ni siquiera a efectos preventivos. Cuando se decidió su ingreso se esperó un día más para la práctica de las mismas, y para entonces la peritonitis ya había perforado la vesícula del paciente, siendo su estado de extrema gravedad. A lo que debemos añadir, que cuando comenzó a presentarse una infección (añadida, porque una peritonitis ya es una infección), se mantuvo una nueva actuación expectante, que supuso la necesidad de una práctica quirúrgica agresiva. Es precisamente en ambas conductas pasivas donde hallamos la pérdida de oportunidad, más allá del error de diagnóstico. De haberse actuado con mayor rapidez y no haberse remitido al paciente en tres ocasiones a su domicilio sin un diagnóstico, es probable que la cirugía necesaria

no habría tenido que practicarse con tal urgencia, con las complicaciones añadidas que ello entrañó. El Tribunal Supremo se decanta por esta misma idea al aseverar “El anterior relato pone de manifiesto tres datos relevantes. En primer lugar, que la afección que padecía no era extraña ni excepcional, pues la inflamación de la vesícula biliar en que consiste la colecistitis aguda, que se acompaña de dolor intenso y de síntomas digestivos, es una causa muy frecuente de consultas de urgencia y de cirugía en adultos. No obstante - aquí surge el segundo dato- y pese a contar con antecedentes por epigastralgias (tres años antes visitó el servicio de urgencias por esta causa), se tardó cinco días en ingresarle y dos más en detectarle una peritonitis que obligó a intervenirle de urgencia. La última idea consiste en que la peritonitis, en sí misma una infección, exigía una vigilancia extrema durante el postoperatorio del Sr. Jesús Manuel y, sin embargo, pese a presentar un cuadro con fiebres altas y olores nauseabundos, según él relata y asume la Administración (pues dice que la fascitis fue purulenta), no se actuó hasta seis días después, con el desenlace y las secuelas que conocemos. Consideramos que, en estas circunstancias, la indebida asistencia sanitaria queda suficientemente acreditada, pues resulta evidente que ese desenlace no es el normal de un padecimiento como el que aquejaba al recurrente y que le obligó a acudir al servicio de urgencias del hospital administrado por la Generalitat Valenciana en repetidas ocasiones, produciéndose un retraso en el diagnóstico y la consiguiente tardanza en la intervención”¹²².

3.4.2. Supuestos en los que la figura fue desestimada

5. Comenzamos el análisis de las resoluciones que corrieron la suerte contraria, es decir, fueron desestimadas. El primero de los asuntos a estudiar es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005¹²³, en el que un médico de guardia recibió una llamada de un domicilio, que fue calificado como “urgencia normal”. Al llegar a la vivienda de la que había recibido el mensaje, encontró a la enferma en la cama, con dolores abdominales y vomitando. Éste le tomó el pulso y comprobó que en el vómito no hubiese sangre, y dado que había ingerido una comida especialmente grasa, siendo una mujer obesa, le

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009... *op.cit.*

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005, Sala Primera, recurso 3272/1997, ponente Martínez - Calcerrada Gómez.

prescribió buscapina por padecer lo que él diagnosticó como un cuadro de gastritis; durando la visita en cuestión ocho minutos. Tras esta actuación la paciente presentó una ligera mejoría por el tratamiento, manteniéndose consciente y hablando, sin quejarse; hasta quedarse dormida. Sin embargo pasadas unas horas, sobre las diez de la noche, sufrió un desvanecimiento, por lo que se dio aviso al servicio de urgencias, que se presentó en el domicilio en menos de un cuarto de hora, encontrándose a la enferma ya muerta. A pesar de que no se le practicó la autopsia, el médico del registro civil estimó que la enferma falleció de un infarto de miocardio.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones de la familia de la fallecida fueron inadmitidas, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

A pesar de que en este caso un infarto fue confundido con una gastritis, lo cierto es que los síntomas parecían encontrarse bastante enmascarados y el grado de afectación coronaria es desconocido, al no habersele practicado la autopsia a la paciente. En un principio el Tribunal Supremo consideró que no había reproche alguno a la actuación del médico, dado que éste se desplazó hasta el domicilio de la enferma y desarrolló su actividad como plena diligencia, destacando el juzgador “que éste revisó sus vómitos”. El Alto Tribunal considera que con esta actuación su labor fue acorde a la *lex artis* y que no cabe reproche alguno a la atención que prestó a la paciente.

No obstante, estimamos relevante tener presente que se trataba de una enferma con particularidades a tener presentes, dado que padecía de obesidad, algo que podía incrementar las posibilidades de riesgo cardíaco. A lo que debemos añadir, que no resulta inusual que un infarto sea confundido con una gastritis o una indigestión, algo por lo que quizás el facultativo debería haber efectuado un reconocimiento más exhaustivo, y desde luego, de un tiempo superior a ocho minutos. Es probable que no se adoptasen todas las medidas necesarias a fin de llegar a diagnosticar correctamente a la paciente.

Es precisamente esta postura contraria a la resolución del presente litigio la que adopta el magistrado que elabora un voto particular, tomando como base la concurrencia de una pérdida de oportunidad, precisamente por la limitación de los medios de diagnosis utilizados. El magistrado estima que los síntomas de la paciente eran propios de una gastritis, pero también de una dolencia coronaria. Por lo

que dado que el médico había acudido en una ambulancia, fue imprudente no ordenar el traslado de la enferma, por lo menos a efectos diagnósticos. Al igual que se señala en el voto particular, estimamos que se trata de una pérdida de oportunidad en la que la escasa actividad indagatoria se materializó en un error de diagnóstico, que eliminó cualquier expectativa de supervivencia de la enferma. En esta misma línea se pronuncia el voto particular “Se trata más bien de un diagnóstico-impresión que sólo sirvió para cumplir de forma rutinaria una urgencia médica, pero sin la dedicación y atención que requería el cuadro patológico que presentaba la paciente. La omisión de medios resulta patente desde el momento a que el médico disponiendo de una ambulancia que quedó a las puertas del domicilio, no adoptó la elemental medida y hasta impuesta precaución, de disponer su traslado inmediato hospitalario, para ser atendida debidamente y reconocida por especialistas correspondientes y con el empleo de las técnicas y pruebas médicas que hubieran sido necesarias, por lo que indudablemente con este proceder profesional se privó a la fallecida y con ello se instauró en sus familiares la duda razonable y hasta fundada de que si se hubiera efectuado el ingreso, la atención dispensada hubiera sido mas completa y con probabilidades de poder salvar su vida”¹²⁴.

6. En el siguiente caso se da en una situación muy similar a la del anterior litigio, es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008¹²⁵, en la que D. Víctor Manuel, obeso y con antecedentes de hipertensión arterial de larga evolución, Hepatitis C crónica, arterioesclerosis obliterante y by-pass ilio – femoral izquierdo; acudió al servicio de urgencias aquejado de dolor inguinal izquierdo. Tras practicársele una exploración física, se le diagnosticó una posible hernia inguinal y se le remitió a su domicilio con analgésicos.

A pesar del tratamiento, el estado del paciente no mejoró, por lo que volvió en tres ocasiones más al hospital, no realizándosele hasta la última de las visitas una exploración física, analítica de sangre y orina, Rx de abdomen y valoración vascular con cita para consulta preferente en Angiología y cirugía vascular; detectando la actividad de diagnosis un posible cólico nefrítico.

124 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2005... *op.cit.*

125 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008, Sala Tercera, recurso 1824/2004, ponente Robles Fernández.

Pasado un mes, los síntomas del paciente se re-crudieron, por lo que volvió a acudir, hasta en tres ocasiones al servicio de urgencias, donde se le practicó una exploración física, Rx y petición de TAC lumbar, siendo diagnosticado de proceso lumbociático.

Dos días después de este pronóstico tuvo que acudir nuevamente al servicio de urgencias, donde se le realizó un TAC abdominal, que evidenció la existencia de un hematoma retroperitoneal compatible con pseudoaneurisma aorta – ilíaco. Se programó una intervención quirúrgica de urgencia ya que, a pesar de que la dolencia requería una rápida actuación, no se encontraba en un estado de gravedad extrema, llegando incluso a resultar de difícil diagnóstico, al presentar un cuadro distinto en estadios anteriores.

La operación se desarrolló con plena normalidad, salvo porque tras la misma el enfermo se vio afectado por una infección hospitalaria que supuso una recuperación más lenta, restándole una serie de daños propios de la afección que padeció.

D. Víctor Manuel consideró que había sufrido un retraso en el diagnóstico de una patología grave, por lo que pretendió el resarcimiento del daño sufrido, siendo su demanda desestimada en instancias inferiores, recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo.

Aunque este recurso fue estimado, debemos tener presente que la indemnización tuvo como base la infección y no la pérdida de oportunidad. En este caso no existe una pérdida de oportunidad, porque aunque es cierto que los medios de diagnóstico no eran los oportunos y no se daba con la patología concreta, esta afección difícilmente podría haber sido hallada en sus primeros estadios. Aunque la intervención tuvo que ser practicada de forma urgente, dada la naturaleza de la dolencia, suele ser su tratamiento habitual, no restándole al paciente secuelas añadidas como consecuencia de ello.

No nos encontramos ante una pérdida de oportunidad porque el estado del paciente no llegó a agravarse en ningún momento y un control previo más exhaustivo, difícilmente hubiese llegado a diagnosticarlo correctamente.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo, esto no es posible, dado que no se pronuncia a este respecto en la presente sentencia, al no ser motivo de recurso¹²⁶.

¹²⁶ Prácticamente idénticas son las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012

7. El tercero de los litigios, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007¹²⁷, probablemente sea una de las más representativas que analizaremos. Nos situamos en el mes de octubre de 1997, cuando una paciente acude a su médico habitual por presentar molestias gástricas y pirosis, por lo que se somete a una radiografía de contraste, siendo diagnosticada de hernia de hiato. Sin embargo, su estado no mejoró con el tratamiento, por lo que volvió a la consulta del médico en varias ocasiones, hasta que el 6 de mayo de 1998 se le modificó la terapia, tras una nueva batería de pruebas.

No obstante, la enferma no mostraba mejoría alguna, por lo que acudió a una clínica privada por iniciativa propia. Se le practicó un TAC abdominal el 1 de junio de 1998, que detectó un posible cáncer gástrico. Con este nuevo dato regresó al centro donde estaba siendo tratada, realizándosele un nuevo TAC abdominal, que confirmó las sospechas de un carcinoma.

A pesar de que se inició un tratamiento rápido, la enfermedad evolucionó con rapidez, falleciendo la paciente meses después.

La familia de la enferma consideró que ésta había visto frustrada toda expectativa de sanación, como consecuencia de un error de diagnóstico. A pesar de ello, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta resolución parece llamativa, así como la decisión que adopta el Tribunal Supremo al desestimarla. No en vano, debemos tener presente que la paciente sufrió un largo peregrinar médico en el que los tratamientos que le prescribían no conseguían mejoras en su salud. A pesar de que la enferma se sometió a muchas pruebas, en ninguna de ellas se encontraba

(Sala Tercera, recurso 6680/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 (Sala Tercera, recurso 176/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 5148/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 2462/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 5334/2011, ponente Martínez – Vares García), sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 815/2012, ponente Enriquez Sancho), sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 329/2010, ponente Enriquez Sancho) y la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2012 (Sala Tercera, recurso 4981/2011, ponente Martínez – Vares García).

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 7050/2002, ponente Puente Prieto.

absolutamente nada, y no fue hasta casi un año más tarde cuando se le diagnosticó un cáncer de estómago, que resultó fulminante en menos de 4 meses.

Llegados a este punto es necesario que nos planteemos por qué el Tribunal Supremo no barajó una posible pérdida de oportunidad, cuando un cáncer pasó desapercibido durante todo un año. La razón de ser es muy sencilla, a la paciente le fueron practicadas todas las actividades de diagnóstico susceptibles de detectar esa enfermedad e incluso en las endoscopias no se podía detectar nada más que una hernia de hiato. Todo ello evidencia que el desarrollo del cáncer fue ilocalizable hasta que se manifestó, y cuando lo hizo, se agravó con mucha celeridad. Este punto demuestra que no es que la paciente no fuese diagnosticada antes, sino que simplemente su afección no estaba en un estadio de malignidad. Conviene además que nos cuestionemos qué oportunidad hubiese podido perder la enferma. La respuesta es sencilla, ninguna. La afección, aunque fue grave y letal, también resultó silenciosa e ilocalizable. Por lo que durante aquel primer año en el que la paciente presentó molestias y fue tratada de las mismas, ésta no vio ninguna opción de curación perdida, porque no había ninguna posibilidad de diagnosticar el carcinoma que padecía. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta misma opción “En el presente caso, la valoración que ha realizado el Tribunal no ha sido eficazmente combatida, máxime si se tiene en cuenta que, antes del diagnóstico de cáncer, la paciente fue objeto de una práctica de endoscopia digestiva alta, en el mes de mayo de 1.998, después de ser reiteradamente atendida a efectos de facilitarle y modificarle la medicación, por la sanidad pública; y a través de esa endoscopia se confirmó simplemente la hernia de hiato y se objetivó una masa en antrogastrico vegetante y ulcerada de la que se tomaron biopsias que revelaron la existencia una gastritis atrófica crónica, pero no signos de malignidad alguno, como pone de manifiesto el perito judicial. Fue posteriormente, el 9 de junio, cuando en el Hospital de Getafe se repitió la endoscopia habiéndose practicado biopsias durante este procedimiento que confirmaron ya la presencia de una adenocarcinoma gástrico confirmado nuevamente por la realización de una TAC que confirmó la presencia de los hallazgos y la aparente irreversibilidad del proceso. En definitiva, y por tanto, en atención al resultado de este informe pericial la endoscopia no resultaba absolutamente precisa y la realización de la misma no representa, como se dice en las conclusiones del informe pericial, una indicación absoluta, estando justificada la actitud expectante adoptada por la sanidad pública y poniendo de relieve dicho informe

pericial, incluso, el fallo en la práctica de la endoscopia, con la conclusión final que aun con un tratamiento correcto no se hubiese alcanzado probablemente una alta tasa de control, aun cuando el deceso por hemorragia digestiva podría haber cambiado y haber sido objeto de un mejoramiento de su calidad de vida antes de producirse el inexorable fallecimiento a consecuencia de la enfermedad¹²⁸.

8. La penúltima resolución de este apartado sigue una dinámica muy similar a la de las dos anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 7 de julio de 2009¹²⁹. En este litigio D^a. Francisca, enferma de asma, acudió al servicio de urgencias de un hospital con una disnea de tres días de duración (tos seca, sensación de irritación faríngea con disfonía y aumento de la disnea). Fue atendida por el otorrinolaringólogo de guardia, que al no observar inflamación laríngea, le prescribió una medicación de amplio espectro. A pesar del tratamiento recibido, ese mismo día tuvo que regresar a urgencias, donde en otorrinolaringología se le apreció fibrolaringoscopia, paresia de cuerda vocal derecha. Con una diagnóstico provisional de crisis

128 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007... *op.cit.* La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (Sala Tercera, recurso 3149/2001, ponente Puente Prieto) cuenta con una relación de hechos casi idéntica, en la que una paciente comenzó a acusar dolores en una pierna, que en principio fueron achacados a una lumbociática. Pasado un tiempo, y al persistir las molestias, la enferma fue diagnosticada de un proceso isquémico, por el que acabó perdiendo la pierna en cuestión. Aunque el supuesto puede resultar chocante, lo cierto es que el padecimiento de la paciente se encontraba asintomático y su localización era imposible, por lo que cualquier intento de acudir a la pérdida de oportunidad resultaría infructuoso. De nuevo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2007 (Sala Tercera, recurso 162/2004, ponente Herrero Pina) gira en torno a la idea de la ausencia de síntomas claros. D^a. Esperanza presentaba un cuadro de molestias digestivas que no fueron diagnosticadas hasta pasados dos años. Se trataba de un cáncer de páncreas asintomático imposible de localizar, por lo que cualquier posibilidad de acudir al error de diagnóstico y a la pérdida de oportunidad se torna inviable. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (Sala Tercera, recurso 3393/2002, ponente Robles Fernández) resulta prácticamente idéntica a las anteriores. Un paciente que presentaba problemas de visión fue diagnosticado de cataratas, citándosele para la cirugía dos meses después, dado que no había premura alguna. No obstante, el enfermo fue perdiendo agudeza visual de manera gradual y para el día de la intervención ya se encontraba ciego del ojo en cuestión. Fue precisamente en plena operación cuando se comprobó que lo que realmente aquejaba al paciente era un desprendimiento de retina enmascarada por una catarata, que al no ser tratado a tiempo, acarreó la pérdida de visión del ojo. De nuevo un error de diagnóstico nos sitúa en la antesala de una pérdida de oportunidad, pero en este caso la lesión ocular únicamente podría haberse diagnosticado tras eliminar la catarata, por lo que un tratamiento a tiempo era imposible.

129 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009, Sala Tercera, recurso 2156/2005, ponente Herrero Pina.

de broncoespasmo de repetición y paresia de cuerda vocal derecha, se decide el ingreso de la paciente; encontrándose ésta consciente, orientada, bien nutrida, perfundida e hidratada, con ligera disnea que cede un poco tras administrar aerosol de Ventolín. Los siguientes días la enferma presenta una serie de crisis de broncoespasmos que remitieron sin mayores complicaciones. Pasado un tiempo, a pesar de que la paciente se mantenía estable, presentó un cuadro de cefalea y hemiplejía izquierda, por lo que se practicó un TAC de urgencia. No se observó nada, a pesar de que el TAC fue repetido, de forma que se le sometió a un RMN, a fin de valorar el tronco cerebral, hallándose una lesión hipodensa en T1 e hiperdensa en T2, sin captación de contraste a nivel de tronco cerebral compatible con lesión isquémica. Esto es, la paciente había sufrido un ictus cerebral, cuyas secuelas aunque podían mejorar, eran permanentes.

Los parientes de la enferma pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por la misma, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser desestimada su demanda en instancias inferiores.

Puede resultar complicado entender la decisión del Alto Tribunal en el presente asunto, dado que una paciente con síntomas de asfixia, algo que suele ser protagonista en los accidentes isquémicos, fue tratada como de un ataque de asma. Lo llamativo es que en esa semana en la que la enferma se encontraba en las instalaciones hospitalarias, en ningún momento fue diagnosticada correctamente, lo que acarrió que no pudiesen tomarse las medidas necesarias a los efectos de evitar el daño final que ésta sufrió.

La lectura de los hechos resulta turbadora, por lo que es necesario reflexionar por qué el Tribunal Supremo no admitió la existencia de daños objeto de responsabilidad en un caso como éste. La decisión del juzgador es muy sencilla: la limitación propia de la ciencia. Debemos tener presente que los accidentes isquémicos son difícilmente diagnosticables y prácticamente imposibles de evitar. En la práctica totalidad de supuestos los síntomas se confunden, y aun llegándose a prever, la probabilidad de que se diese una situación como la ocurrida hace que ésta sea imposible de evitar con los medios de la ciencia en la actualidad. ¿Qué oportunidad perdió la enferma? Ninguna. No existe una oportunidad en sí misma, dado que la enfermedad de D^a. Francisca no podía ser diagnosticada, y habiéndolo sido, no existía ningún tratamiento para evitarla o paliarla. De una opinión muy similar se muestra el Tribunal Supremo

“En consecuencia, y en virtud de lo expuesto no puede afirmarse que en la fecha de los hechos y en el Centro en que recibió la asistencia sanitaria Da Francisca fuera posible aplicar la referida terapia, ni que la misma, en caso de haberlo sido, hubiera evitado o aminorado las secuelas que padece, dadas la naturaleza y las complicaciones que presenta la aplicación de la misma, habiéndose utilizado para el diagnóstico y tratamiento de la paciente todos los medios disponibles según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en aquel momento.” Si no era posible aplicar dicha terapia no era precisa la información al respecto ni se ha producido pérdida de oportunidad¹³⁰.

9. El último litigio que estudiaremos en este apartado, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001¹³¹, sigue un derrotero distinto al de las resoluciones hasta ahora analizadas. En este asunto D^a. Esperanza, que estaba recibiendo asistencia domiciliaria, fue diagnosticada de una infección en las vías respiratorias altas sin filiar, que se trató con antibióticos y antipiréticos. Al no mejorar su estado, y por petición expresa de su médico de cabecera, acudió al servicio de urgencias del hospital más cercano a su localidad de residencia, donde se le diagnosticó de brucelosis. Se le prescribió un nuevo tratamiento, pero pasados unos días la paciente presentó una hemorragia digestiva, por lo que fue remitida al hospital más cercano, donde se le detectó una gastritis medicamentosa; fijándosele una cita con Medicina interna, a la que no acudió. El médico habitual de la paciente volvió a visitarla en su domicilio por una revisión rutinaria, no observando ninguna agravación de la enfermedad que padecía. Sin embargo, tres días más tarde los hijos de la enferma llamaron al mismo médico, porque ésta había empeorado, algo que éste pudo verificar al comprobar la existencia de hematomas en diversas partes del cuerpo, por lo que ordenó su ingreso inmediato. A pesar de ello, sus hijos no llevaron a D^a. Esperanza al hospital hasta pasados dos días. Cuando fue ingresada se le diagnosticó de diátesis hemorrágica generalizada secundaria a trombopenia intensa, y aunque se le trató urgentemente, no pudo evitarse el fallecimiento de la enferma.

Tanto en primera instancia como en apelación, las pretensiones indemnizatorias de los familiares de la fenecida fueron inadmitidas, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

130 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009... *op.cit.*

131 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001, Sala Primera, recurso 568/1996, ponente García Varela.

Lo que puede resultar más destacable del presente litigio es que ciertamente sí que existe una pérdida de oportunidad, no en vano la afección que padecía D^a. Esperanza tenía tratamiento y de haberse actuado de manera correcta, es probable que no hubiese muerto. Sin embargo, no es una eventualidad dañosa susceptible de ser indemnizada, por la simple razón de que esta pérdida de posibilidades vino provocada, más por la actuación de los familiares de la fallecida, que por la del centro sanitario donde fue atendida. Tenemos constancia de que la enferma no sólo no acudió a una cita en un estadio temprano de la dolencia, sino que en la última visita de su médico habitual, cuando éste consideró que la paciente se encontraba en una situación de “urgencia grave” y que requería un ingreso inmediato, sus familiares no trasladaron a su madre hasta pasados dos días. Para cuando ésta llegó al sanatorio, su estado era de suma gravedad y nada pudo hacerse por su vida. ¿Concorre una efectiva pérdida de oportunidad? La respuesta a esta pregunta debe ser positiva, pero por supuesto ésta no es punible, porque esta situación no fue provocada ni por el médico de D^a. Esperanza, ni por el hospital, sino por sus propios hijos, que desoyendo los consejos médicos, pospusieron el ingreso de su madre, con fatales consecuencias.

Dado que éste no fue uno de los temas objeto de debate en el recurso de casación, el Tribunal Supremo no llegó a pronunciarse a este respecto.

3.5. La pérdida de oportunidad en relación a los casos de lesiones en el alumbramiento

En este apartado se analizarán supuestos de hecho en los que la pérdida de oportunidad se encuentra relacionada con casos de alumbramiento, en los que bien por la falta de actuación, bien por el retraso de una prueba, bien por la falta de monitorización o cualquier circunstancia tardía; se provocan importantes lesiones al feto, o se le priva de cualquier posibilidad de nacer sano.

3.5.1. Litigios en los que la figura fue admitida

1. La primera de las resoluciones de este apartado es la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007¹³², probablemente una de las más representativas de todo el bloque. En este litigio D^a. Marisol ingresó en el servicio de urgencias más cercano a su

localidad de residencia, con pródromos de parto y rotura de bolsa en gestación de 37,3 semanas.

A pesar de que la paciente mostraba claros síntomas de requerir una cesárea, ésta no le fue practicada y se mantuvo una actitud expectante, llegando a prolongarse el alumbramiento durante casi 35 horas. Cuando se acudió a la cirugía, había pasado un tiempo excesivo, viéndose afectado el *nasciturus* por un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor estimaron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, de la que le derivaron serios daños. A pesar de ello, su demanda fue desestimada en instancias inferiores, de forma que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Dada la naturaleza de este tipo de controversias, puede ser complicado distinguir entre la noción del daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad. Sin embargo, la línea diferenciadora se encuentra en un elemento clave: la actitud expectante. Lo característico del daño desproporcionado es la causación de daños físicos al feto en la extracción del mismo, pero en este caso el perjuicio no lo provoca la actuación médica en sí, sino la demora.

Al comienzo de la lectura del presente supuesto hemos comentado que se trata de uno de los litigios más representativos, algo que se evidencia en la tardanza de las actuaciones médicas: 35 horas. Este retardo se agrava si tenemos presente que desde un primer momento se tenía constancia de la necesidad de una cesárea, algo de lo que se colige, que cualquier dilación no sólo se torna indebida, sino también peligrosa y carente de sentido. Es precisamente en esta innecesaria demora donde parece encontrarse la pérdida de oportunidad. Aunque no existe una certeza de que el feto no habría resultado afectado de haber sucedido de otra forma los acontecimientos, porque quizás esta lesión comenzó a desarrollarse desde el momento mismo de los primeros síntomas de parto, es innegable que con el retraso sufrido las posibilidades de que éste padeciese algún tipo de daño cerebral se fueron incrementado; y de forma inversamente proporcional, las probabilidades de que la niña naciese indemne iban disminuyendo. En una línea muy similar se pronuncia el Tribunal Supremo “En estas circunstancias ha de concluirse que una valoración lógica y razonable de dichos informe pone de manifiesto que no se adoptaron oportunamente las medidas que situación aconsejaba, habiéndose producido una demora en la práctica de la cesárea que atendidas las circunstancias debió llevarse a cabo

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 1213/2004, ponente Herrero Pina.

con anterioridad, privando con ello a la paciente de la atención adecuada y de un medio que podía contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, por lo que no puede considerarse lógica ni conforme a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en la instancia, que al no considerar tal demora llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos de prueba”¹³³.

De las afirmaciones del juzgador deducimos que el principal protagonista del caso no es otro que el excesivo tiempo perdido, lo que nos permite distanciarnos del concepto de daño desproporcionado, y acercarnos a la pérdida de oportunidad¹³⁴.

2. El segundo litigio a analizar, la sentencia del Tribunal Supremo 15 de marzo de 2007¹³⁵, es prácticamente idéntico al anterior. En este asunto D^a. María llegó al servicio de urgencias del hospital de su localidad con síntomas de parto, habiendo superado con creces los nueve meses de embarazo. En un primer momento se adoptó una actitud pasiva, por la falta de madurez del cuello del útero, pero una hora más tarde y practicados los ineludibles controles, se decidió la inducción del parto. A pesar de ello, el alumbramiento no se produjo, por lo que se optó por una nueva espera, dada la nula progresión del proceso. Al día siguiente se decidió un nuevo intento de provocar el alumbramiento sin efectuar nuevos controles del estado del feto, hasta que horas más tarde, cuando se barajó la posibilidad de romper la bolsa, se observó que ésta estaba teñida de un color oscuro, lo que revelaba sufrimiento fetal; tomándose entonces la decisión de practicar una cesárea de urgencia. A pesar de esta actividad quirúrgica, lo cierto es que la neonata mostraba importantes lesiones cerebrales, ocasionadas por la lentitud con la que se produjo el parto, derivadas de un sufrimiento fetal agudo.

Los padres de la menor consideraron que su hija fue víctima de una pérdida de oportunidad, por lo que pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al ser su demanda desestimada en instancias inferiores.

133 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007... *op.cit.*

134 En esta línea se sitúa la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2012 (Sala Tercera, recurso 2441/2010, ponente Menéndez Pérez).

135 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007, Sala Tercera, recurso 4106/2002, ponente Robles Fernández.

La semejanza entre este asunto y el anterior es destacable, ya que de nuevo es una actitud expectante en un alumbramiento la que provoca los daños que sufre el feto. Se trataba de una paciente que había rebasado el tiempo habitual de gestación y a pesar de que fue sometida a tres inducciones del parto, no respondía a dichos estímulos. Es llamativo además, que en ningún momento se tomase la precaución de fijar un férreo control sobre el estado de la criatura, más si cabe si tenemos presente que el parto se estaba dilatando excesivamente.

Siguiendo el esquema básico de la pérdida de oportunidad, aunque no podemos conocer a ciencia cierta si de haberse practicado una cesárea a tiempo se hubiese evitado el daño, lo cierto es que la ausencia de la misma supuso una práctica condena para el feto. El juzgador parece abogar por esta misma línea argumentativa “... resulta palmario que hubo una mala praxis médica en el control del parto, y en concreto de la evolución que estaba teniendo el feto, no valorándose en el momento adecuado el sufrimiento de aquel, lo que determinó que se acordase tardíamente la práctica de una cesárea, con la que ya no pudo evitarse las consecuencias de aquel sufrimiento fetal, produciéndose al recién nacido un daño antijurídico traducido en todas las lesiones y secuelas que el Tribunal “a quo” tiene por probado”¹³⁶.

3. El tercero de los litigios es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005¹³⁷, que a pesar de las similitudes que comparte con los asuntos anteriores, cuenta con un elemento diferenciador importante. En este caso D^a. Cecilia, que salvo por una intervención de apendicitis en el segundo semestre había tenido un embarazo sin riesgos, acudió al servicio de urgencias de su localidad, sobre las nueve de la mañana, con claros síntomas de parto. Aunque todo parecía normal, sobre las cinco de la tarde y sin lograrse la expulsión del feto, comenzaron a acusarse síntomas de braquicardia en el *nasciturus*, que había sido monitorizado minutos antes. Momentos más tarde, cuando fue avisado el ginecólogo de guardia, se intentaba acudir al parto vaginal con utilización de ventosa, pero tras varios intentos en los que la cabeza del feto resbalaba, se decidió la práctica de una cesárea. A pesar de esta última acción, el niño nació con severas lesiones cerebrales.

136 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007... *op.cit.*

137 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2005, Sala Tercera, recurso 6367/2001, ponente Puente Prieto.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de lo cual se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, al resultar su demanda desestimada en instancias inferiores.

Aunque esta resolución puede ser una de las menos llamativas, dado que el retraso, aunque es importante, no alcanza los niveles de demora de los dos supuestos anteriores, lo especialmente significativo del mismo se fundamenta en que la paciente no fue atendida por un médico desde el primer momento, es más, no fue así hasta que la cesárea era prácticamente una necesidad. La demora en la presente controversia radica en que la gestante acudió al centro hospitalario a las 9 de la mañana y no fue ni siquiera monitorizada hasta casi ocho horas más tarde, cuando tras una actitud expectante ante el alumbramiento, se observó la necesidad de una actuación rápida. A pesar de que tanto la cesárea como las maniobras con la ventosa fueron raudas, resultaron insuficientes, dado que las lesiones que padecía el feto ya habían sido provocadas durante la espera.

De nuevo el escenario de la pérdida de oportunidad es idéntico, desconocemos si una cesárea a tiempo habría evitado los padecimientos de la criatura, aunque prácticamente tenemos la certeza de que la falta de actuaciones privó al *nasciturus* de cualquier posibilidad de nacer sano.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer la opinión del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que no llega a pronunciarse sobre este tema¹³⁸.

4. La última de las resoluciones de este apartado tiene una identidad propia, ya que es algo distinta a

138 En la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2002 (Sala Primera, recurso 281/1997, ponente Martínez – Pereda Rodríguez) D^a. Eva quedó ingresada por mostrar los primeros síntomas de parto. No obstante dicha actitud preventiva, lo cierto es que el despliegue de medios fue limitado, ya que no se llegó a monitorizar a la paciente hasta pasadas varias horas. Fue entonces cuando se observaron los primeros síntomas de sufrimiento fetal, ante los cuales no se actuó en consecuencia, dado que no se dio aviso al ginecólogo hasta que el parto ya estaba casi en su etapa final. La criatura nació con severas lesiones cerebrales. La pérdida de oportunidad de este asunto se encuentra, al igual que en el supuesto anterior, tanto en la falta de monitorización, como en la ausencia de un ginecólogo ante un parto de tan alta peligrosidad. Prácticamente idéntica resulta la relación de hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004 (Sala Tercera, recurso 3641/2000, ponente González Navarro) en la que un neonato sufrió una severa anoxia cerebral como consecuencia de una vuelta de cordón, algo que resultó visible en la monitorización del feto, pero respecto de lo que no se actuó en consecuencia.

las anteriormente analizadas, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009¹³⁹. En este asunto D^a. Reyes, de 32 años de edad y primípara con diabetes gestacional, tuvo un embarazo de riesgo, lo que supuso que ésta se encontrase bajo severos controles. En una prueba rutinaria se le diagnosticó de macrosomía fetal, lo que comportó la lógica adopción de cautelas añadidas.

Al final de su embarazo D^a. Reyes acudió a un hospital con claros síntomas de parto, en el cual, a pesar de todo lo antedicho, se intentó acudir a un parto por vía vaginal y sin presencia de un ginecólogo; produciéndose algo previsible: una distocia de hombros que dificultó la extracción fetal y que requirió unos cuatro minutos de maniobras. El niño ingresó en prematuros con asfixia perinatal por distocia de hombros y circular de cordón, restándole únicamente secuelas en un brazo, que se resumen en una limitación funcional del 50%.

Los padres del menor consideraron que acudir a un parto vaginal, prácticamente condenó al neonato a sufrir las severas lesiones que padece. Es por ello por lo que pretendieron la indemnización de ese daño, pero al ser su demanda desestimada en instancias inferiores, recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

Lo primero que debemos tener presente al abordar este caso es que los márgenes de error en los fetos macrosomáticos son amplios, dado que las posibilidades de fallo giran en torno a un kilogramo, lo que puede acarrear que un feto no macrosomático se considere como tal, y viceversa. Sin embargo, en este litigio había un elemento añadido, la gestante padecía diabetes, lo que aumenta en un elevado porcentaje la posibilidad de que el feto presente este cuadro. Los problemas con este tipo de criaturas residen en que las probabilidades de que se produzca una distocia de hombros se incrementan de manera exponencial, con lo que ello puede suponer. Precisamente por esta razón es necesaria la adopción de medidas de control añadidas, tanto durante el embarazo como en el parto: asistencia de un médico durante el mismo y la posibilidad de acudir a una cesárea programada, entre otras cosas. Ninguna de éstas se dio en el presente litigio, ya que D^a. Reyes se encontraba únicamente en compañía de una matrona y se forzó el parto natural, dado que ésta no estaba capacitada para practicar una cirugía.

139 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, recurso 1593/2008, ponente Martínez – Vares García.

¿Dónde hallamos la pérdida de oportunidad? En el simple hecho de crear una atmósfera desfavorable para el feto, lo que supuso que se le condenase prácticamente a sufrir una distocia de hombros, con las graves consecuencias que ésta acarreo para su salud. Desconocemos si de haber estado presente un médico la lesión hubiese sido más leve, o si de haberse acudido a la cesárea ésta no se habría dado, en virtud de lo cual es necesario acudir a la pérdida de oportunidad como único medio de reproche.

A pesar de esta teoría, y si bien es cierto que el daño es indemnizado, lo cierto es que el Tribunal Supremo no estima la concurrencia de una pérdida de oportunidad en el presente supuesto, sino simplemente una “mala praxis”. Es probable que dicha opción tenga un origen más material que dogmático, ya que de acudir el Alto Tribunal a la pérdida de oportunidad, la indemnización recibida por la parte actora sería inferior, dado que se trata de un porcentaje determinado. Concretamente señala a este respecto “A nuestro juicio no estamos en este supuesto, porque la no presencia del médico especialista en ginecología y obstetricia en el parto que nos ocupa no es que privara a la parturienta de una oportunidad adecuada de diagnóstico de lo que se debería hacer, sino que impidió que fuera adecuadamente tratada, produciéndose por tanto infracción a la *lex artis* exigible en la prestación del servicio asistencial que le era debido. Dadas las características del parto que se iba a producir en el que se sabía que la embarazada había desarrollado una diabetes gestacional, e, igualmente, se había confirmado una sospecha inicial de macrosomía del feto, era presumible, como afirma la prueba pericial obrante en autos, que el parto anunciado hiciese necesaria una cesárea, de modo que una mínima precaución aconsejaba la presencia del médico, único facultativo capaz de adoptar la decisión de practicar la misma, como igualmente era previsible que las características del feto produjeran como sucedió una distocia fetal sin que conste que se produjera una adecuada práctica de la misma, sobre todo cuando, como recoge la Sentencia y el informe, se estaba produciendo una bradicardia de expulsivo que también habría indicado la cesárea, que obligó al empleo del fórceps y, tratándose como aconteció de una distocia de hombro posterior que dificultaba la extracción, y que demoró la misma hasta los cuatro minutos, maniobras que la presencia del médico hubieran facilitado e, incluso, evitado con la práctica de la cesárea, y todo ello produjo las consecuencias conocidas”¹⁴⁰.

3.5.2. Asuntos en los que la figura resultó desestimada

5. La primera de las tres resoluciones desestimadas en esta temática objeto de trabajo es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005¹⁴¹. D^a. Paloma se quedó embarazada de lo que fue calificado como un embarazo normal, con la única singularidad de que en uno de los controles su ginecólogo le comentó que se trataba de un “feto grande”. A pesar de que toda la gestación evolucionó con normalidad, en el momento del parto surgieron las complicaciones porque el *nasciturus* resultó ser macrosomático, algo que provocó una distocia de hombros con una posterior asfixia de la criatura, que tuvo que ser expulsada con el uso de fórceps. La lesión cerebral fue tan severa que el neonato falleció días después de su nacimiento.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido, a pesar de que se vieron en la necesidad de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en casación, al haber sido su demanda desestimada en instancias inferiores.

Lo que consideran los progenitores del menor es que al no haber sido atendidos con los medios necesarios, se produjo una pérdida de oportunidad y su hijo falleció, más si cabe cuando se conocía que el feto era “grande”. Sin embargo, de la relación fáctica no se extraen estos puntos, y es que debemos tener presente que si bien es cierto que a la madre se le comentó que el *nasciturus* era “grande”, ello no implicaba necesariamente una macrosomía, sobre todo porque la paciente carecía de antecedentes o síntomas que hiciesen pensar lo contrario.

Si bien es cierto que no se acudió a una cesárea, fue porque en principio ésta se consideró innecesaria, dado que no había signos de alarma que así la requiriesen; como tampoco las medidas de “emergencia excepcionales” que mencionan los recurrentes. Por otro lado, las actuaciones médicas fueron correctas, ya que cuando se dio la distocia de hombros la criatura fue extraída con rapidez, a pesar de que sufrió

de 2009... *op.cit.* Autores como MEDINA ALCOZ abogan por esta misma línea, al considerar que en los casos de sufrimiento fetal la pérdida de oportunidad no tiene razón de ser, ya que se desconoce realmente qué oportunidad, medida en lucro cesante, se llega a perder. Se ignora en qué trabajaría esta persona y cuáles serían sus capacidades. MEDINA ALCOZ, Luiz: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado...* *op.cit.*, p. 90.

141 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2005, Sala Tercera, recurso 8107/2000, ponente González Navarro.

140 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre

graves lesiones que no se debieron tanto a las maniobras, como a la distocia en sí.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar, porque no había posibilidad alguna de saber que el feto era macrosomático y menos aun que se produciría una distocia de hombros, en virtud de lo cual al menor no le fue arrebatada ninguna posibilidad.

A pesar de que resultaría de sumo interés conocer las argumentaciones del Tribunal Supremo a este respecto, lo cierto es que el juzgador no llega a pronunciarse sobre esta cuestión.

6. La segunda controversia desestimada consta de una relación fáctica más sencilla que la de la anteriormente analizada, o por lo menos más clara, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007¹⁴². En este litigio D^a. Elisa, primípara y con un embarazo normal, acudió a una revisión habitual, en la que se constató que se había iniciado el proceso del alumbramiento, por lo que su ginecólogo la remitió directamente al servicio de urgencias más cercano. Al llegar, sobre las nueve de la noche, fue ingresada y debidamente monitorizada, sufriendo un parto irregular, por lo que le fue suministrada oxitocina a los efectos de acelerar el proceso y evitar posibles riesgos. Sobre la una de la mañana se inició la fase de expulsión, y dado el estado de ansiedad de D^a. Elisa, se optó por una técnica mecánica para que fuese rápido, siendo los resultados de la monitorización normales. Se utilizaron fórceps para la extracción, naciendo el niño veinte minutos más tarde, presentando dos vueltas de cordón umbilical, que le provocaron asfixia en el proceso de expulsión. A pesar de que la reanimación fue rápida y diligente, la criatura sufrió una severa lesión cerebral que fue diagnosticada como Síndrome de Best y atrofia generalizada con zonas de multi - infarto secundaria a isquemia.

Los padres del menor consideraron que no acudir a una técnica más drástica, como la cesárea, privó al feto de cualquier posibilidad de evitar las severas lesiones que padece. No obstante, sus pretensiones indemnizatorias fueron inadmitidas en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo.

La sencillez de los hechos del presente asunto es destacable, se trata de un embarazo normal, un parto normal, en el que no se presentó complicación alguna

142 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, Sala Tercera, recurso 6998/2003, ponente Herrero Pina.

hasta que el niño hubo nacido, siendo precisamente en ese momento en el que se evidenció que éste había sufrido una asfixia durante la expulsión. Resulta complicado encontrar en el caso que nos ocupa algún tipo de negligencia u omisión en la atención, tal y como pretenden los recurrentes. El parto fue más o menos rápido, encontrándose la paciente acompañada en todo momento por una matrona, siendo monitorizada de forma constante e ininterrumpida y estando atendida por un equipo médico. En ningún momento la criatura arrojó muestras de sufrimiento fetal durante la pendencia de la dilatación, como tampoco en el alumbramiento, por lo que es evidente que el daño se provocó en el momento expulsivo. No podemos barajar como posible la opción de haber acudido a una cesárea a fin de evitar el daño, dado que en nada se evidenciaba esta necesidad y fue necesario que el menor estuviese fuera del claustro materno para observar su situación.

¿Dónde se encuentra la oportunidad perdida? En ningún lugar. La asistencia que recibió la criatura fue correcta, las actuaciones fueron diligentes, en ningún momento existió una duda o sospecha de sufrimiento fetal; siendo los daños que sufrió el recién nacido, prácticamente inevitables, ya que éstos se produjeron de manera casi fortuita, en la última parte del parto. El Alto Tribunal parece abogar por esta misma teoría cuando asevera “Por otra parte, en la sentencia de instancia no se desconoce la jurisprudencia invocada por la parte en este motivo, relativa a la lesión producida por la privación del derecho al tratamiento médico adecuado y conveniente, por el contrario, la cuestión es que, teniendo en cuenta dicha doctrina, el tribunal a quo considera “que en el caso que nos ocupa, la actuaciones médicas que se reprochan se han situado en el estándar aceptable de actuación médica, y siendo ésta de medios y no de resultados, entendemos que se adoptaron las medidas precisas para solventar la problemática que aquejaba a la paciente”, apreciaciones que, como se ha indicado al resolver el motivo anterior, no resultan desvirtuadas por las alegaciones de la parte, que no las ha atacado por alguna de las vías que permiten revisarlas en casación”¹⁴³.

7. Hemos dejado para el final la resolución que puede resultarnos más controvertida por la falta de claridad de los hechos, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004¹⁴⁴. En este

143 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007... *op.cit.*

144 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004, Sala Primera, recurso 3340/1999, ponente González Poveda.

litigio D^a. María Inmaculada, de 40 años, se encontraba en su segundo embarazo, habiendo sufrido con carácter previo dos abortos, por lo que su gestación fue seguida con especial cautela y se practicaron controles añadidos. A pesar de que tuvo un cólico nefrítico y un amago de aborto, lo cierto es que su embarazo se desarrolló con más o menos normalidad. El día 23 de mayo acudió a una cita habitual con su ginecólogo, quien por sospechas de un posible parto la remitió al centro sanitario más cercano, para su monitorización. Sin embargo, como los resultados fueron normales y no había comenzado la dilatación, ni tampoco las contracciones, fue enviada a su domicilio. Tres días más tarde fue nuevamente citada por su ginecólogo para una revisión y una ecografía, encontrándose todo normal, pero confirmándose un retraso en la dilatación, ya que la paciente había salido de cuentas. Dos días más tarde D^a. María Inmaculada acude a la consulta de su ginecólogo acusando molestias, por lo que éste procede a practicar las mismas pruebas que en la ocasión anterior, comprobando que el niño se encuentra encajado y que el parto podía darse en un día o dos. Al de un día y medio la paciente llamó a su médico para comentarle que padecía un cierto malestar, pero al comprobar por vía telefónica que no se trataba de contracciones, el médico le comentó que si no mejoraba acudiese al hospital, y en caso contrario, que fuese a la consulta a la mañana siguiente. Así lo hizo y acudió el día 30 a la consulta, donde su médico le realizó una ecografía y comprobó que había comenzado a dilatar, por lo que el parto era inminente, quedando la paciente ingresada y monitorizada. Sin embargo, el alumbramiento no avanzaba, lo que hizo que se observase en el monitor una ligera desaceleración en el feto, por lo que se acudió directamente a una cesárea de urgencia; requiriendo el recién nacido reanimación por parte del anestésista, al apreciarse éste hipotónico y presentar problemas respiratorios.

Tras unas horas en la incubadora se observó que la criatura no mejoraba su estado de salud, por lo que fue trasladado de manera urgente al servicio de neonatología de otro centro sanitario, a fin de que pudiese ser debidamente atendido y diagnosticado. El balance final de las lesiones del menor es que éste padece hipotomía cervical, que se traduce en retraso madurativo por encefalopatía en etiología sufrimiento fetal perinatal.

Los padres del menor pretendieron el resarcimiento del daño sufrido por su hijo, pero su demanda fue desestimada en instancias inferiores, por lo que recurrieron en casación al Tribunal Supremo.

Se trata de un embarazo con algunas complicaciones, dados los antecedentes de la paciente y las amenazas de aborto que tuvo, aunque éste se desarrolló con plena normalidad hasta el final. Sólo cabe mencionar la excepción de que en el ocaso del parto, éste se presentó lento e irregular. A pesar de ello, se mantuvieron controles constantes que evidenciaban que esto no significaba ningún tipo de riesgo añadido para el feto, ya que éste únicamente mostró una desaceleración cardíaca en un estadio final, ante el cual se actuó con la rapidez debida; acudiendo a una cesárea.

Por otro lado, en lo relativo a la atención recibida por el neonato al nacer, y una vez reanimado éste, se inició una terapia dentro de una incubadora, cuya finalidad era observar su evolución en las siguientes horas a su nacimiento. Al no mostrar signos de mejoría, fue remitido a otro centro para ser tratado. Esta actitud expectante no fue incorrecta, ya que se desconocía qué lesión padecía el menor, y efectuar un traslado y someterlo a pruebas nada más nacer, hubiese resultado contraproducente para su salud.

Sobre este último aspecto en concreto se pronuncia el Tribunal Supremo “El informe emitido por el Dr. Juan Francisco califica de “prudente” la conducta profesional del pediatra Sr. Arturo de mantener al recién nacido en la incubadora que le administraba calor y oxígeno “dos medidas de reanimación física que debían ser suficientes en un niño que no presentaba alteraciones respiratorias ni circulatorias”; igualmente se califica de prudente el que tras tres horas de incubadora y al persistir las alteraciones del tono muscular y detectar posibles estertores pulmonares, el pediatra prescribe el traslado con carácter urgente al servicio de neonatología Del Hospital del Río Ortega”¹⁴⁵.

Como añadidura, el juzgador parece seguir una línea muy similar en lo que a la atención recibida por la gestante se refiere “La valoración que la juzgadora de instancia hace del informe pericial se funda en una distinción semántica entre lo que era “adecuado” y lo que era “prudente” hacer ante el estado de la gestante, disquisición que no puede aceptarse ya que al ordenar el ginecólogo la realización de una monitorización fetal para el siguiente día 31, si la paciente no comenzaba su parto en horas posteriores a la exploración, realizada en la tarde del día 30, no infringió ninguna norma de conducta profesional ya que nada

145 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004... *op.cit.*

indicaba en el estado de la paciente la necesidad de proceder a esa monitorización fetal el mismo día 30 por la tarde. No puede aceptarse, en consecuencia, la valoración que de la prueba pericial realiza la sentencia de primera instancia aceptada por la que es objeto de este recurso de casación, lo que lleva a la estimación del motivo primero de este recurso, por ende, del segundo al no apreciarse una conducta negligente en el ginecólogo demandado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en el anterior fundamento de esta resolución¹⁴⁶.

IV. CONCLUSIONES

1. La pérdida de oportunidad, tal y como apuntaba MEDINA ALCOZ, ha sido calificada históricamente como “la hermana pobre” del Derecho de daños. Este adjetivo le ha acompañado desde sus inciertos inicios, hasta casi la actualidad, tal y como hemos podido observar en la actitud casi temerosa que presenta en ocasiones el Tribunal Supremo.

Pero realmente, ¿qué ha motivado que esta idea tan sencilla sea prácticamente relegada al olvido o sea considerada “el segundo plato de la doctrina”? Probablemente la incertidumbre que gira en torno a ella.

2. En primer lugar, debemos tener presente que su naturaleza, aún a día de hoy, resulta incierta. Mientras que algunos autores apuntan que se trata de una construcción doctrinal relacionada con la facilidad probatoria, tal y como ocurriría con el daño desproporcionado, otras corrientes doctrinales estiman que su incidencia se centra en la causalidad; pasando por otras teorías, que directamente afirman su naturaleza infundada.

Todo ello ha generado en torno a este concepto una sombra de duda, pero sobre todo de imprecisión, que se evidencia en cada ocasión que ésta va a ser utilizada o aplicada.

3. En segundo lugar, nos encontramos con la dificultad añadida de que la relación fáctica es vital en este concepto, algo que ocasiona irremediamente que ésta se muestre frágil, como también lo son los hechos en todo caso de responsabilidad civil.

4. En tercer lugar, se trata de un concepto que gira en torno a los porcentajes, por lo que la seguridad que se desprende del mismo resulta limitada. Ante el establecimiento de unas cuotas mínimas y máximas, a fin de poder llegar a estimar la responsabilidad de un litigio, el juzgador debe optar por reprochar o no un daño. Si una actuación priva de un amplio margen de posibilidad de mejora a un paciente, el daño deberá ser reprochado, sin embargo la solución será distinta cuando esa probabilidad se muestre inferior al porcentaje mínimo establecido.

5. La pérdida de oportunidad es una figura circunstancial, porque se centra en las eventualidades propias de cada controversia, es decir, en los hechos. Esta aseveración supone que la pérdida de oportunidad sólo pueda barajarse caso por caso, no pudiéndose efectuar hipótesis amplias, más allá del simple establecimiento de líneas doctrinales generales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2009.
- AAGARD, TODD S.: “Identifying and valuing the injury in lost chance cases”, *Michigan Law Review*, núm. 96, 1998, pp. 1335 – 1361.
- ADROBHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Directores): *Los Avances del Derecho antes los avances de la Medicina*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- ALARCÓN PONCE, Antonia: “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 184, 2011, pp. 509 – 514.
- ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: “La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp 1 – 2.

146 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004... *op.cit.* En esta línea se pronuncian las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2010 (Sala Tercera, recurso 5866/2008, ponente Pico Lorenzo), sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (Sala Tercera, recurso 817/2010, ponente Martí García), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 993/2010, ponente Lecumberri Martí), sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 6870/2010, ponente Martí García) y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (Sala Tercera, recurso 3725/2011, ponente Lecumberri Martí).

- ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2005.
- BORGHETTI, Jean – Sébastien: “La réparation de la perte d’une chance en droit suisse et en droit française”, *European review of private law*, núm. 16, 2008, pp. 1072 – 1082.
- BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra: “Indemnizada la pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 113, 2013, pp. 1 – 4.
- CRESPO MORA, M^a. Carmen: “Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de oportunidad procesal”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, pp. 207 – 313.
 - *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2005.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999.
 - “La responsabilidad civil del abogado”, *InDret*, núm. 1, 2008, pp. 1 – 54.
- DE LA CALLE SANTIUSTE, Ángel: “Pérdida de oportunidad en salud”, *Ars Médica: revista de humanidades*, Vol. 5, 2006, pp. 141 – 147.
- FORAN, Ellen M.: “Medical Malpractice: A lost chance is a compensable interest”, *Bridgeport Law Review*, núm. 12, 1992, pp. 471 – 503.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad civil médica*, Thomson – Reuters, Cizur Menor 2011.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús: “De nuevo sobre el concepto de lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, *Diario La Ley*, núm. 18, 2009, pp. 2139 - 2149.
- GARCÉS – GARRO RANZ, Montserrat: “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, *CEFLEGAL (Comentarios y casos prácticos)*, núm. 111, 2010, pp. 33 – 72.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: “Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios”, *Diario La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1512 – 1517.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y MEDINA ALCOZ, Luis: “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”, *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 – 226.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, núm. 3, 2003, pps. 1 – 9.
- GONZÁLEZ, Clara I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- GUILLÓ SÁNCHEZ – GALIANO, María de los Desamparados: “Aspectos problemáticos de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 113 – 119.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: “El daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 69, 2009, pp. 1 – 2.
 - “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 110, 2012, pp. 1 – 3.
- LORENZO – REGO, Irene: “El nexo causal en la responsabilidad civil sanitaria”, *Práctica de Derecho de daños*, núm. 103, 2012, pp. 6 – 20.
- LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico – sanitaria”, *InDret*, núm. 2, 2005, pp. 1 – 19.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: “La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado”, *Diario La Ley*, núm. 7114, 2009, pp. 1 – 9.
- MEDINA ALCOZ, Luis: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 47, 2009, pp. 107 – 158.
- MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Cizur Menor 2007.
 - “La teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 97 – 112.

- PANIZA FULLANA, Antonia: “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del *quantum* indemnizatorio”, *Revista Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 1, núm. 11, 2012, pp. 51 – 64.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 – 26.
- RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53 – 59.
- SÁNCHEZ CARO, Javier: “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista española de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 121 – 126.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Elcano 2000.
- SISO MARTÍN, Juan: “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 154, 2008, pp. 764 – 767.
- TRUCKOR, Michelle L.: “The loss of chance doctrine: Legal recovery for patients on the edge of survival”, *University Dayton Law Review*, núm. 24, 1998, pp. 349 – 373.
- VINEY y JOURDIAN en VINEY, G., y JOURDAIN, P.: *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., París 2006.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9 – 38.
- YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A.: “Pérdida de oportunidad”, *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, Vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 1 – 36.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 533 – 542.