

La responsabilidad de la Administración por la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, que encuentra su mayor expresión en el ámbito sanitario, permite imputar responsabilidad patrimonial a la Administración en supuestos en los que no se puede demostrar el nexo causal entre la actuación médica omitida y los daños causados.

La doctrina de la pérdida de la oportunidad (también conocida como *teoría de la «chance»*), es una técnica de imputación de responsabilidad que, de manera gradual y desde finales del siglo pasado, ha ido afianzándose en la praxis jurisprudencial de nuestros tribunales.

Como pone de relieve la doctrina, frente al rigor con el que tradicionalmente se ha aplicado el elemento del nexo causal —exigiendo una total certeza de su concurrencia, en especial para reconocer perjuicios por lucro cesante—, la doctrina de la oportunidad perdida «habilita una indemnización cuando, no habiéndose podido demostrar el nexo causal, se acredita que eran serias o considerables las probabilidades de que, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima habría obtenido un beneficio, utilidad o ventaja» (MEDINA ALCOZ).

Este concepto es el adoptado por la jurisprudencia, influida en gran medida por la aplicación que de esta doctrina hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

G A _ P

Dice así el Tribunal Supremo que «la denominada *pérdida de oportunidad* se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente [o, en su caso, el fallecimiento], con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo» (STS de 3 de diciembre del 2012, rec. 815/2012 y, en el mismo sentido, STS de 19 de octubre del 2011, rec. 5893/2006, y de 22 de mayo del 2012, rec. 2755/2010).

Son así supuestos típicamente encuadrables en esta doctrina los casos en que, por el retraso en un diagnóstico, el paciente perdió la oportunidad de haber seguido un tratamiento que, con un cierto grado de probabilidad, le hubiera permitido, ya sea la curación, ya sea una prolongación de la supervivencia.

En algunas ocasiones es incluso posible cuantificar el tanto por ciento de probabilidad de curación de la que se ha privado a la víctima. Un caso de este tipo es el tratado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio del 2008 (rec. 4776/2004), en el que a un buceador que sufrió un accidente de descompresión no se le remitió a la cámara hiperbárica más cercana y le quedaron secuelas. El Tribunal Supremo afirma que la recompresión de una persona «en una cámara hiperbárica (que si bien) no garantiza al 100 % el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 % de los tratados en las seis primeras horas presentan lesiones permanentes, en cualquier caso, (en el supuesto de la Sentencia) se le hurtó al paciente la eventualidad de pertenecer al 71,5 % de [los] lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente».

También cabe considerar encuadrables en la teoría de la *chance* —aunque ésta no se invoque expresamente— los supuestos en los que se omite el consentimiento informado y el tratamiento médico practicado produce la muerte o un daño.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril del 2000 (RJ 2000\3258) declara, en este sentido, que la «situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la operación» (el mismo criterio es seguido por las sentencias de 25 de febrero del 2003 (RJ 2004\3889) y de 22 de junio del 2005 (RJ 2005\5323),

Por último, la noción de pérdida de oportunidad está también presente en las demandas en las que la omisión de la adecuada información a la madre gestante sobre las anomalías padecidas por el feto le impiden adoptar la decisión de interrumpir el embarazo, lo que en el derecho anglosajón se conoce como demandas por *wrongful birth* y *wrongful life*. En estos casos,

nuestra jurisprudencia niega que el nacimiento de un hijo pueda considerarse como un daño, dado que el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida, pero sí reconoce que puede existir un daño moral al haberse lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad como valor jurídicamente protegido (STS de 4 de noviembre del 2008, rec. 4936/2004).

Una cuestión que no parece estar clara en la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre pérdida de oportunidad es la de si debe o no concurrir una mala praxis médica para apreciarla. En principio, parece que debe haber una actuación contraria a la *lex artis* para que pueda apreciarse la responsabilidad, pues en la responsabilidad sanitaria operan, como regla general, criterios de imputación subjetiva que requieren para su reconocimiento una culpa o anormalidad del funcionamiento de los servicios sanitarios.

Así lo confirman las sentencias que niegan la aplicación de la doctrina de la *chance* por falta de culpa o anormalidad en el funcionamiento de los servicios sanitarios, afirmando que «para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios» (SSTS, entre otras, de 17 de julio del 2012, rec. 5334/2011, y de 30 de septiembre del 2009, rec. 263/2008).

El razonamiento que siguen los tribunales es, por regla general, el de partir de la apreciación de «una infracción de la *lex artis*, y, por tanto, (de) la acreditación de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable», para precisar a continuación que «la obligación de indemnizar ha de girar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados» (STSJ de Madrid 2316/2006, de 23 de octubre).

Sin embargo, encontramos también una doctrina jurisprudencial que parece contradictoria con ésta, por cuanto afirma que la doctrina de la pérdida de oportunidad se configura como «una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en aquellos casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico» (además de la ya citada STS de 6 de febrero del 2018, pueden citarse, entre otras, las de 13 de enero del 2015, rec. 612/2013; de 3 de diciembre del 2012, rec. 2892/2011, y de 27 de septiembre del 2011, rec. 6280/2009, entre otras muchas).

Pero, en realidad, tal contradicción no existe, pues en todas las sentencias que acogen la doctrina de la pérdida de oportunidad se aprecia, si no una clara quiebra de la *lex artis*, sí al menos una falta de la diligencia necesaria para haber evitado el resultado dañoso. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre del 2011 (rec. 4895/2007), «aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente

a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las Administraciones sanitarias».

En cuanto a la valoración de los daños una vez apreciada la responsabilidad por oportunidad perdida, se caracteriza por una elevada dosis de incertidumbre o, si se quiere, por una gran discrecionalidad del órgano juzgador a la hora de determinar en cada caso las indemnizaciones procedentes. Ello es así porque en la determinación de la indemnización entran en juego «dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación (médica omitida) hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo» (STS de 2 de diciembre del 2012, rec. 815/2012).

Por ello, como señala la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre del 2012, «a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia [...] ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 1990\154), derive en una “apreciación racional aunque no matemática”, pues, como refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8945), se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 (RJ 1988\1451), “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria».

Interesa, por último, señalar que, en los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que hubieran posibilitado el aborto terapéutico, existe una jurisprudencia consolidada en virtud de la cual «no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos —daño moral y daño patrimonial— deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño» (STS del 20 de marzo del 2012, rec. 4165/2010, y, en el mismo sentido, SSTs de 4 de noviembre del 2008, rec. 4936/2004; de 16 de junio del 2010, rec. 4430/2008, y de 27 de octubre del 2010, rec. 4978/2007).