



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA TEORÍA DE LA  
PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE  
LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA**

Autor: Carolina González-Alloza Barraca

5º E-5

Derecho Civil

Tutor: Prof. Dr. D. Iñigo Alfonso Navarro Mendizábal

Madrid

Abril 2019

## **RESUMEN**

La figura de la pérdida de oportunidad es una construcción de origen jurisprudencial cuya creación y aceptación puede ser considerada como relativamente reciente. El objeto del presente trabajo de investigación es analizar la aplicación que el Tribunal Supremo español ha dado a la pérdida de oportunidad en responsabilidad médico-sanitaria. Con este propósito, se procurará una primera aproximación teórica a la figura que englobe el concepto en sí, su origen y sus características principales. No obstante, el objetivo último será proporcionar un análisis que permita averiguar los factores que determinan la admisión o inadmisión de la pérdida de oportunidad por el Tribunal Supremo, así como tratar de resaltar, a raíz de dicho análisis, cuáles son las características configuradoras de la pérdida de oportunidad. Por último, se realizará una breve aproximación a la determinación de la naturaleza y cuantificación del daño resultante de una pérdida de oportunidad pues, a efectos prácticos, la indemnización es la cuestión que mayor relevancia tiene para las partes implicadas en el litigio.

**Palabras clave:** pérdida de oportunidad, teoría/doctrina de la pérdida de oportunidad, incertidumbre, relación de causalidad, probabilidades, *lex artis*, Tribunal Supremo.

## **ABSTRACT**

The “loss of a chance” is a concept with a jurisprudential origin whose creation and acceptance can be considered as relatively recent. The purpose of this research paper is to analyze the use that the Spanish Supreme Court has given to the concept and doctrine of the “loss of chance” regarding medical liability. For this purpose, I will give a theoretical approach to the concept that will encompass the definition of the concept itself, as well as its origin and main characteristics. Nonetheless, the ultimate objective will be to provide an analysis that will allow determining the factors that the Supreme Court takes into account when admitting or denying the existence of a “loss of chance”. Also, as a result of said analysis I will come up with the main elements that characterize this concept. Lastly, a brief approach will be made regarding the determination of the nature and damage quantification from a “loss of chance”, since, for all practical purposes, compensation is the most relevant issue for the parties involved in the litigation.

**Key words:** “loss of chance”, “loss of chance doctrine”, uncertainty, causal link, probabilities, *lex artis*, The Supreme Court.

# ÍNDICE

<b>1. LISTADO DE ABREVIATURAS:</b> .....	5
<b>2. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>3. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD:</b> .....	8
<b>3. 1. Concepto y características</b> .....	8
<b>3. 2. Recorrido histórico de la figura de la pérdida de oportunidad</b> .....	10
<b>3. 3. Recepción en España de la teoría de la pérdida de oportunidad</b> .....	15
<b>4. APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: SUPUESTOS DE ADMISIÓN</b> .....	18
<b>4. 1. 1. Carácter imprescindible o ineludible de la prueba diagnóstica omitida</b> .....	19
<b>4. 1. 2. Tardanza excesiva en la realización de una prueba diagnóstica y/o de un tratamiento médico</b> .....	24
<b>4. 1. 3. Omisión de información relevante (previa) al paciente</b> .....	29
<b>5. APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: SUPUESTOS DE INADMISIÓN</b> .....	33
<b>5. 2. 1. Ausencia de nexo causal</b> .....	33
<b>5. 2. 2. Irrelevancia de la prueba y/o tratamiento tardío u omitido dado el estado irreversible y/o complicado pronóstico de salud del paciente</b> .....	37
<b>6. RAZONES QUE PERMITEN QUE EL TRIBUNAL SUPREMO ADMITA LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA</b> .....	41
<b>7. INDEMNIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b> .....	47
<b>8. CONCLUSIONES</b> .....	52
<b>9. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	56

## 1. LISTADO DE ABREVIATURAS:

AN	Audiencia Nacional
ATS	Asistente Técnico Sanitario
CC	Código Civil
FJ	Fundamento Jurídico
INTCF	Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses
Núm.	Número
Op. Cit.	Opere Citato
p./pp.	Página/Páginas
Pág.	Página
RC	Recurso de Casación
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TAC	Tomografía axial computarizada
TEDH	Tribunal Supremo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UCI	Unidad de Cuidados Intensivos
UVI Móvil	Ambulancia de Soporte Vital Avanzado
Vol.	Volumen

## 2. INTRODUCCIÓN

A las 11.30h de la mañana del 22 de febrero de 2019, Ticio decide hacer un descanso porque se encontraba hastiado de preparar el recurso de casación que en pocas semanas tenía que presentar ante el Tribunal Supremo. Así, se pone a andar camino de la cafetería de la esquina y mientras busca en sus bolsillos el mechero para encenderse un cigarro, tiene la mala suerte de que el viento que soplaba fuerte ese día, tira una gran maceta desde el sexto piso de la casa por la que justamente pasaba. Nuestra historia se terminaría si las heridas causadas a Ticio fuesen leves y hubiesen resultado en una indemnización de 6.000€ por responsabilidad extracontractual de Doña Justina, dueña del piso del que procedía la maceta. Pero, desafortunadamente, la maceta cayó impulsada por el viento y fue a parar directamente sobre la mano con la que Ticio sostenía el cigarro. Ante los fuertes dolores de los que se aquejaba Ticio, los transeúntes llamaron a una ambulancia que trasladó a nuestro protagonista al hospital más cercano.

Una vez en el hospital fue atendido por la Dra. Caya que le mantuvo en observación y le administró unos antiinflamatorios. Pasaron unas horas y la doctora empezó a apreciar que el miembro tenía un alarmante color azul-amorado por lo que advierte de un posible compromiso vasculotorio del brazo. Decide, por tanto, que es de extrema urgencia practicarle una angiografía para determinar el estado de los vasos vasculares. Sin embargo, todo el personal que debía ayudar a la doctora en dicha prueba se encontraba de fin de semana. Por ello, mandan a Ticio a otro centro hospitalario, pero, como no podía ser de otra forma en nuestra historia de infortunios, la máquina que debía hacer la prueba se encontraba averiada. El facultativo que le atiende en este centro, el Dr. Ulpiano, después de realizarle unas comprobaciones superfluas del brazo, le remite al primer hospital, con un diagnóstico favorable.

Sobre las 9.30h de la mañana siguiente, ya en el primer hospital, la Dra. Caya, que no se quedaba tranquila con el diagnóstico del Dr. Ulpiano, pide a su equipo que se deje de días de descanso y vaya al hospital para que puedan realizarle la angiografía. Con los resultados, se observa que el paciente presentaba un cuadro de “isquemia aguda en la extremidad superior izquierda”, o lo que es lo mismo, el riego sanguíneo no le llegaba al brazo izquierdo, por lo que, ante tal circunstancia, la única solución fue amputarle el brazo por debajo del codo. Así las cosas, Ticio, decide interponer una demanda contra el

segundo centro hospitalario y su médico el Dr. Ulpiano. Y, ahora se pregunta en base a qué debe demandarles.

El hecho en cuestión es el siguiente: el Dr. Ulpiano, cuyo centro médico tenía averiada la máquina de las angiografías, decide mandarle a casa sin practicarle la prueba que ya había sido prescrita por la Dra. Caya, dándole, además, un diagnóstico favorable.

Por tanto, ¿Es la actuación del Dr. Ulpiano una negligencia médica por contravención de la *lex artis*?, ¿Puede achacarse al azar –la máquina estaba averiada– siendo entonces una omisión de medios, ya que el doctor no le trasladó a un centro en el que sí le pudiesen practicar la prueba? o, ¿Podría ser esa nueva figura que está de moda...la pérdida de oportunidad?

Este supuesto tan truculento podría ser un buen ejemplo<sup>1</sup> de una pérdida de oportunidad, figura en torno a la cual versa mi Trabajo de Fin de Grado. El propósito del mismo será acercarse a este interesante concepto que, por motivos que desconozco, y a pesar de que la invocación del mismo por los tribunales españoles está en auge, no resulta de gran interés para la doctrina ya que son pocos los manuales que dedican sus escritos de forma extensa a la misma.

Si bien es cierto que la pérdida de oportunidad surge también en supuestos de responsabilidad civil de abogados y procuradores, este trabajo se va a centrar, concretamente, en la pérdida de una ventaja o beneficio como consecuencia de una actuación enmarcada dentro del ámbito médico-sanitario. Con este fin, realizaré, en primer lugar, una aproximación al concepto, las características a grandes rasgos y el origen de la pérdida de oportunidad, de forma que se pueda obtener un marco teórico que permita abordar en segundo lugar, un análisis jurisprudencial del uso que de este concepto se ha dado en el Tribunal Supremo. Esto es, tanto de los elementos que conforman el concepto y permiten su admisión, como de aquellos que se deben tener en cuenta a la hora de valor y cuantificar el daño que surge de una pérdida de oportunidad.

---

<sup>1</sup> El desarrollo de los hechos y datos médicos de este caso hipotético han sido extraídos, en parte, de un caso que se analizará en este trabajo: STS de 17 de abril de 2007.

### 3. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD:

#### 3. 1. Concepto y características

La ‘teoría de la pérdida de oportunidad’, ‘doctrina de la pérdida de oportunidad’ o ‘teoría de la chance’, que nace como una construcción doctrinal de origen jurisprudencial, es una técnica o instrumento de facilitación probatoria al que se acude tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como extracontractual, y que se traduce en un recurso judicial puesto a disposición de los particulares y la Administración Pública, cuyo objeto reside en la necesidad que surge, en ciertas ocasiones, de “salvar las dificultades de la prueba del nexo causal”<sup>2</sup>. El concepto de pérdida de oportunidad, toma como punto de partida, no la producción de un daño como tal, sino la “pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real”<sup>3</sup> del sujeto a obtener un beneficio o ventaja, por culpa de la acción u omisión de otra persona. Se trata, además, de supuestos en los que, si bien existe una indudable certidumbre sobre el hecho de que una persona tenía una oportunidad real de obtener un beneficio o ventaja que pierde por causa ajena, existe también, cierta incertidumbre en cuanto al éxito de dicha posibilidad u oportunidad<sup>4</sup>.

En opinión de YZQUIERDO TOLSADA:

Hablar de pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparente contradictoria 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 evento<sup>5</sup>.

Debemos tener en cuenta, según indica VICANDI MARTÍNEZ, que a la parte demandada no se la puede considerar como productora de la totalidad del menoscabo final, pues éste ya existía, sino que su actuación ha provocado una de tres situaciones posibles: el incremento

---

<sup>2</sup> MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina)*, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2009, pp. 32.

<sup>3</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Dialnet*, vol. 25, n. 2, 2015, pp. 10.

<sup>4</sup> ROCA TRÍAS, E. Y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños: textos y materiales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 224.

<sup>5</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, p. 537.



o la no evitación de dicho menoscabo, o, sencillamente, la inviabilidad de lograr o conseguir una mejora posible<sup>6</sup>.

Uno de los elementos esenciales que se exigen a la hora de declarar la responsabilidad civil es la relación o nexo causal entre el hecho (acción u omisión) que se entiende provocador del daño y éste último. Además, si se pretende una indemnización, no bastará con la mera existencia de dicho nexo, sino que será necesario, a su vez, la prueba del mismo. Resulta conveniente introducir aquí la definición del concepto que proporciona ASÚA 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 especial relevancia en el ámbito sanitario<sup>7</sup>.

Y, es que, es precisamente de la dificultad que en determinados supuestos implica esta exigencia probatoria, de la que nace el mecanismo de la pérdida de oportunidad, como medio para evitar la drástica solución a la que se llega mediante el empleo del modelo causal tradicional del “todo o nada”<sup>8</sup>.

Conviene recordar, según explica detalladamente MEDINA ALCOZ<sup>9</sup>, que la teoría general de la causalidad en casos de dificultades probatorias exige que “el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un sólo sujeto”, existiendo, por tanto, dos posibles situaciones: que recaiga en el “agente dañoso”, en cuyo caso el órgano judicial ordena la reparación total del daño producido para lo que “rebaja el estándar ordinario de prueba” y “afirma un nexo causal dudoso”; o sobre la víctima del daño, supuesto en el que se va a liberar al “agente (posiblemente) dañoso” de toda responsabilidad, para lo que el juzgador mantendrá el estándar ordinario. En contraposición a esta teoría del todo o nada, que a primera vista genera cierta impresión de injusticia, con la teoría de la pérdida de oportunidad, el peso de la mencionada incertidumbre quedará distribuido entre ambas partes. Siendo esto así, el agente dañoso responderá, pero sólo en la proporción en que haya sido autor del menoscabo. Se consigue de esta forma, frente a una aplicación universal de la regla del todo o nada, una solución equilibrada que ante dificultades

---

<sup>6</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 10.

<sup>7</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p.15.

<sup>8</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 32.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

probatorias permite acomodar ambas posturas, esto es, que no se exonere al agente dañoso, ni se le obligue a reparar la totalidad de un daño del que, en realidad, pudo no haber sido el causante.

Para finalizar con la introducción conceptual, resulta necesario añadir la división fáctica que nos aporta XIOL RÍOS, según el cual la pérdida de oportunidad queda generalmente circunscrita a una serie de supuestos clásicos, como son: “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”<sup>10</sup>.

### 3. 2. Recorrido histórico de la figura de la pérdida de oportunidad

El concepto de la pérdida de oportunidad, surgió entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, de forma casi simultánea en los “sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*)”<sup>11</sup>, circunscrito casi de forma mayoritaria a litigios resultantes del incumplimiento contractual.

Resulta muy interesante la idea que nos proporciona MEDINA ALCOZ, en la que explica que la teoría de la pérdida de oportunidad se ha erigido en dos direcciones: *horizontalmente*, llegando a instaurarse, como veremos a continuación, en múltiples ordenamientos jurídicos nacionales (Estados Unidos, Italia, Holanda o Argentina); y *verticalmente*, pues ha logrado penetrar en diversas organizaciones tanto europeas como internacionales. Algunos ejemplos serían: el Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el TEDH, a través de jurisprudencia comunitaria<sup>12</sup> y mediante sus instrumentos propios (art. 2.7 Directiva 92/13/CE)<sup>13</sup>; en la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el recurso a sus sentencias<sup>14</sup>; o, en el Instituto Internacional

---

<sup>10</sup> XIOL RÍOS, J. A., “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, Revista jurídica de Catalunya, vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9-38.

<sup>11</sup> ASENSI PALLARÉS, E. Y CID-LUNA CLARES, I., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, Revista *CESCO de Derecho de Consumo*, n.8, 2013, p. 229.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, asunto “Farrugia”, T-230/95, en MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 33.

<sup>13</sup> Directiva 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.

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto “Castillo Páez c. República del Perú”, 27 de noviembre de 1998, *apud* MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 33.

para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT– (art. 7.4.3 (2) Principios UNIDROIT)<sup>15</sup>.

Se puede considerar que, la aceptación y generalización de esta doctrina a lo largo del siglo XX fue amplia y rápida, sin embargo, en atención a la opinión de VICANDI MARTÍNEZ, la teoría siguió distintas tendencias, por lo que se podría dividir a los países en tres grupos o corrientes diferentes en función de la aceptación y evolución que la pérdida de oportunidad sufrió en los mismos.

En primer lugar, tendríamos a los países en los que la teoría se inventó y fraguó (Francia e Inglaterra), o aquellos en los que ésta fue aceptada de forma posterior (Italia, Australia o Argentina), en ambos grupos, como resulta lógico, la teoría fue extensamente admitida y, puede decirse que ha alcanzado altas cotas de evolución y desarrollo<sup>16</sup>.

Según indica VICANDI MARTÍNEZ, que a su vez alude a los escritos de MEDINA ALCOZ, resultaría más correcto, atendiendo a parámetros de temporalidad, señalar a Francia como el país en el que se puede situar efectivamente, el nacimiento de este concepto<sup>17</sup>. Así, la primera resolución francesa que invocó la pérdida de oportunidad, y, que, consecuentemente dio lugar a su nacimiento judicial, fue la sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de julio de 1889, en la que por culpa de un procurador judicial que olvidó la tramitación en plazo de una acción procesal, se le impidió al demandante cualquier posibilidad de obtener una resolución judicial, quedando, por tanto, privado de su derecho a la defensa<sup>18</sup>. Esta misma doctrina sería utilizada posteriormente en diversas resoluciones judiciales francesas, que permiten considerar a este país como el máximo exponente de “desarrollo y refinamiento” de esta teoría<sup>19</sup>. Algunos casos concretos en los que los tribunales franceses han reconocido un derecho de indemnización, según nos indica MEDINA ALCOZ, son:

La frustración irremediable de una posibilidad seria y real de victoria en: competiciones deportivas (de caballos o de atletismo), y artísticas (pictóricas, escultóricas, o literarias); o en concursos públicos. También, entre muchas otras, la oportunidad perdida de que una ópera, cuyo tenor hubo de ser sustituido por otro de menor calidad, hubiera obtenido mayor éxito;

---

<sup>15</sup> (Certeza del daño). Párr. 2º: “La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca”. Artículo 7.4.3. Principios Unidroit.

<sup>16</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 12.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 38.

[...] en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la doctrina ha sido ampliamente utilizada<sup>20</sup>.

Por lo que respecta al ámbito y sistema del Common Law, para encontrar la primera sentencia en la que se invoca la pérdida de oportunidad o, en este caso, “*loss of chance*”, habrá que esperar hasta 1911, cuando el *Court of Appeal* inglés enjuició el asunto *Chaplin v. Hichs*<sup>21</sup>: se dirimió sobre la pretensión frustrada de una candidata preseleccionada en un concurso de belleza a ganar una de las doce plazas ofertadas para ser contratada posteriormente y por un periodo de tres años como actriz, puesto que el agente teatral que convocó dicho concurso no comunicó a la demandante la fecha de la entrevista personal –requisito recogido en las reglas del concurso–, por lo que ésta no pudo finalmente, formar parte de las doce ganadoras. La demandante recibió la correspondiente indemnización que se basó en la frustración o pérdida de una futura posibilidad de contratación.

Por último, no cabe olvidar la utilización de esta doctrina en los países latinoamericanos, donde hablaríamos de la “*doctrina o pérdida de la chance*”. En concreto, podemos señalar a Argentina, en la que por el influjo de los Derechos italiano y francés, los tribunales han reconocido el resarcimiento de:

La oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo, una actividad empresarial o una actividad deportiva; [...] el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia; y para cuantificar el detrimento patrimonial que padecen los padres a raíz de la muerte de un hijo menor, calculando la razonable posibilidad de ayuda que éste podría haber prodigado a aquéllos<sup>22</sup>.

En segundo lugar, nos encontramos con una agrupación de países entre los que figuran Estados Unidos, Canadá u Holanda, donde de forma contraria al primer grupo, la introducción y aceptación de la teoría se caracterizaron por el escepticismo, la parcialidad (admisión en materias concretas) y la desigualdad.

Resulta relevante destacar que en el ámbito de la Commonwealth la pérdida de oportunidad admitida por los tribunales tiene una naturaleza económica o patrimonial. Por el contrario, en Estados Unidos, país que, con el tiempo ha alcanzado un alto grado de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en la materia, sólo se acude a esta figura en

---

<sup>20</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 38-39.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 37.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 39-40.

supuestos relacionados con daños personales sufridos en el ámbito médico-sanitario<sup>23</sup>. Se debe destacar como pionera, en relación con la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad en este país, a la sentencia resolutoria de 1966 en el caso *Hicks vs United States*. Parece importante añadir la explicación que de la misma nos da MEDINA ALCOZ, sobre todo teniendo en cuenta que este trabajo va a versar sobre la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: un paciente acude al médico en una base naval americana a causa de fuertes dolores en el abdomen y vómitos frecuentes. El médico al finalizar la exploración le diagnostica una gastroenteritis y le receta unos determinados medicamentos. Poco tiempo después, y mientras volvía a casa, el paciente comienza a vomitar y se desvanece. El personal médico no consigue reanimarle, por lo que acaba falleciendo. Más tarde se sabrá que padecía una oclusión intestinal que al no ser tratada a tiempo, resultó mortal. Posteriormente, la *United Court of Appeals* estimó que la actuación médica resultó ser incuestionablemente negligente, resultando en el “sacrificio de una oportunidad substancial de sobrevivencia o *“substantial possibility of survival”*”<sup>24</sup>.

A pesar de que VICANDI MARTÍNEZ no incluye a España dentro de ninguna de las agrupaciones de países, visto el modo en que la figura de la pérdida de oportunidad ha evolucionado en nuestro país, considero que España encajaría dentro de este segundo grupo de países. En primer lugar, porque la aceptación se ha producido de manera paulatina, ya que con el paso de los años se ha evolucionado desde la coexistencia con la teoría del todo o nada hacia la preferencia jurisprudencial por la pérdida de oportunidad. En segundo lugar, porque la aceptación por juzgados y tribunales españoles también se podría considerar parcial, puesto que, desde un principio, y hasta el día de hoy ha quedado circunscrita a dos ámbitos concretos: la responsabilidad civil profesional del abogado y la responsabilidad civil médica. En tercer y último lugar, en España se dio un desarrollo tardío de esta doctrina en comparación con el primer grupo, incluso podría considerarse tardío en relación con otros países –como Estados Unidos– de este segundo grupo.

Aun cuando estas tres características que he señalado respecto de España no coinciden exactamente con las ofrecidas por VICANDI MARTÍNEZ, las características del segundo grupo son las que mejor encajan con el caso español. No obstante, la aceptación y

---

<sup>23</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 38.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

desarrollo de esta teoría en España serán explicadas con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

En tercer y último lugar, quedarían agrupados una serie de países nórdicos o centroeuropeos como Noruega, Alemania o Suiza, en cuyos ordenamientos jurídicos no se ha dado cabida a esta teoría apoyándose en la idea según la cual “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 causal”<sup>25</sup>, es decir, se trataría de una exclusión del concepto debido a la aplicación de la teoría de todo o nada. No obstante, no se puede descartar que a través de la labor desarrollada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como por el Derecho Comunitario se propicie, aunque sea paulatinamente, una mayor aceptación y desarrollo de esta doctrina en este grupo de países.

Recogiendo la opinión de VICANDI MARTÍNEZ, “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”<sup>26</sup>. Dos son las Directivas que marcaron los primeros pasos de la Unión Europea en el uso de la teoría de la chance: Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero<sup>27</sup>, y la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989<sup>28</sup>. Ambas se refieren al ámbito de la contratación pública y en ellas:

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<sup>29</sup>.

Asimismo, ambas Directivas, que se encuentran traspuestas a la normativa interna española, coinciden en la filosofía de resarcir a aquellos que resulten damnificados por el incumplimiento de protocolos públicos de contratación<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p.13.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p.14.

<sup>27</sup> Directiva 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p.14.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p.14.

### 3. 3. Recepción en España de la teoría de la pérdida de oportunidad

Podemos observar que, a día de hoy en España, la jurisprudencia todavía continúa optando –en ciertos supuestos– por la utilización del modelo causal tradicional, que lejos de permitir el empleo de determinados mecanismos que supongan una facilitación de la exigencia probatoria del nexo causal, demanda que los hechos sean probados con total certeza. De esta forma, jueces y tribunales siguen confiando en esta postura –que goza de un alto grado de estimación entre ellos–, a partir de la cual basarán sus decisiones de desestimar reclamaciones indemnizatorias en las que la parte no ha sido capaz de acreditar un nexo causal con toda certeza, nexo que, en realidad, era verosímil, o cuando menos, suficientemente probable.

Esta altísima exigencia probatoria suele ser habitual en supuestos de lucro cesante, en los que el actor solicita al tribunal el resarcimiento de aquellas ganancias que habría adquirido de no haber acontecido el hecho o conducta ilícita. Sin embargo, la praxis judicial ha ido admitiendo poco a poco la imposibilidad de demostrar con certeza absoluta “la verdad del hecho causal”; por lo que, en consecuencia, y como señala MEDINA ALCOZ, “la causalidad acreditada es, no la absolutamente cierta, sino la razonablemente probable”<sup>31</sup>. Es por ello, por lo que ha cobrado gran relevancia sobre todo en los últimos años la teoría de la pérdida de oportunidad, configurándose así, como un remedio que permite salvar la incertidumbre causal y, que, por lo tanto, está favoreciendo “la superación de la vieja idea de que la verdad procesal (prueba) y la verdad material (verdad en sentido estricto) son conceptos perfectamente identificables”<sup>32</sup>; o dicho de otra forma, la creencia de que los medios probatorios existentes en Derecho permitirán siempre y en todo caso, demostrar procesalmente el daño sufrido por culpa de otro.

Con todo, como se ha dicho anteriormente, tanto nuestros juzgados y tribunales como el Consejo de Estado vienen invocando la pérdida de oportunidad desde 1998; siendo, además, el comienzo del siglo XXI, el periodo a partir del cual crezca exponencialmente la utilización de esta doctrina. Por lo tanto, es correcto afirmar que la jurisprudencia se ha ido moviendo –en una suerte de “lucha interna entre ambas tendencias”<sup>33</sup>– entre la vieja o tradicional idea de todo o nada, que rechaza la reparación del daño en cuanto exista un

---

<sup>31</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 40.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p.12.

mínimo de duda, por un lado, y la nueva concepción, la teoría de la pérdida de oportunidad, que en cierto modo reconoce la relatividad del conocimiento humano a la hora de probar el nexo causal.

Son dos fechas las que marcan el comienzo de la incorporación, utilización y aceptación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por parte de nuestros tribunales: los años cincuenta en supuestos relativos a la responsabilidad civil profesional del abogado, y los años ochenta para los asuntos relacionados con la responsabilidad civil médica. Concretamente, en referencia a esta última y, a pesar de que aún no se puede hablar de un sustento normativo por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, se puede considerar que la pérdida de oportunidad es una doctrina asentada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. No obstante, lo anterior, en opinión de VICANDI MARTÍNEZ los comienzos de la pérdida de oportunidad fueron lentos y difíciles, mayoritariamente porque su aceptación inicial fue casi residual, y por la oposición que encontró por parte de la doctrina española. Resulta asombroso que, MEDINA ALCOZ, autor referente y principal en la teoría de la pérdida de oportunidad, haya llegado a denominar a ésta como “el pariente pobre del Derecho de daños”<sup>34</sup>. En contraposición encontramos las ideas de LORENZO REGO, Doctora en Derecho Privado por la Universidad de Alcalá (Madrid), la cual alude a “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”<sup>35</sup>.

Juzgados y Audiencias empezaron a introducir de forma pionera en España esta doctrina para que después el Tribunal Supremo (Sala 1ª y 3ª, mayoritariamente) recogiese la misma creando así una jurisprudencia consolidada favorable a su aplicación en ciertos supuestos.

La primera sentencia del Supremo en la que se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad se da en el ámbito de la responsabilidad médica, y proviene de su Sala Primera, de 10 de octubre de 1998<sup>36</sup>: supuesto que versaba sobre la posible

---

<sup>34</sup> MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 235.

<sup>35</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p.14, nota de pág. 19.

<sup>36</sup> STS (Sala 1ª) RC núm. 1946/1994, de 10 de octubre de 1998, RJ 1998\8371 (*Aranzadi*).



responsabilidad de una enfermera (ATS). BERROCAL LANZAROT nos proporciona una detallada explicación del suceso:

Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que habría sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró conveniente cambiar la caja, y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco fuera del botiquín, y sin conocimiento de la ATS. Ésta observando que se había cambiado el recipiente, y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación, y no se pudo reimplantar. Se demandó al titular de la empresa, al médico y a la ATS<sup>37</sup>.

El Tribunal Supremo casó la sentencia absolutoria parcialmente respecto a la ATS, puesto que consideró que ésta debería haber comprobado el estado y las circunstancias en las que se encontraba el miembro amputado en el nuevo recipiente. No obstante, consideró también la Sala que no se podía imputar a la ATS “la responsabilidad por el fracaso del reimplante”, puesto que, entre otras cosas, la prueba pericial demostró que no se podía asegurar el éxito de la operación en condiciones normales. Así, el tribunal declaró que:

En suma, pues, a la demandada doña Nuria M.G. no se le puede más que imputar la pérdida de oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas<sup>38</sup>.

Sin embargo, es importante mencionar lo que señala la AP de Madrid de 29 de abril<sup>39</sup>: “nuestra jurisprudencia no ha recibido con carácter general [...] la denominada doctrina de la ‘pérdida de oportunidad’ en el ámbito de la responsabilidad médica”<sup>40</sup>, si bien, según señala MEDINA ALCOZ, parece que la abundancia en los últimos años de los pronunciamientos judiciales que respaldan o se muestran favorables a la aplicación de la doctrina, nos permitirían pensar que verdaderamente existe un camino o una vía que conduce a un recibimiento amplio y consolidado de esta teoría en nuestra jurisprudencia.

Como hemos visto, además de su utilización por parte del Tribunal Supremo, esta doctrina encuentra igualmente recepción en los tribunales contencioso-administrativos y, particularmente, en la Audiencia Nacional (AN). No obstante, a diferencia del TS que

---

<sup>37</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2011, pp. 23-42.

<sup>38</sup> “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.8, 2013, p. 229.

<sup>39</sup> SAP de Madrid (Secc. 20ª), 248/2004, de 29 de abril, JUR 2004\228347 (*Aranzadi*).

<sup>40</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 41.

venía utilizando la teoría desde los años ochenta en materia de responsabilidad civil sanitaria, nos tenemos que remontar hasta 2002 para encontrar una sentencia en la que la Audiencia Nacional admita por vez primera el resarcimiento “de la oportunidad de curación o supervivencia”<sup>41</sup>. Conjuntamente con la AN, el resarcimiento de este concreto tipo de oportunidades (curación o supervivencia) empezó a acogerse también a principios del siglo XXI en la Salas de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales superiores de Justicia<sup>42</sup>.

En definitiva, se puede afirmar que la teoría de la chance se ha configurado como una doctrina en auge a la cual recurren los órganos jurisdiccionales españoles en dos ámbitos: el civil y el contencioso-administrativo; y que, generalmente, se invoca en relación a conductas de profesionales legales o sanitarios. Así, resulta raro o infrecuente encontrar sentencias que recojan esta teoría en ámbitos distintos. Como excepción, existen pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se indica, o más bien se aconseja, sobre la necesidad de extender esta doctrina al ámbito laboral. También encontramos, puntualmente, algunas sentencias en las que se ha introducido el concepto de la oportunidad perdida en ámbitos innovadores: la pérdida de oportunidad por negligencia de un corredor de seguros<sup>43</sup>; la pérdida de oportunidad en el acceso al cuerpo de bomberos; o, la pérdida de oportunidad de victoria, triunfo o éxito en oposiciones o en procedimientos administrativos competitivos<sup>44</sup>.

#### **4. APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: SUPUESTOS DE ADMISIÓN**

Comenzaremos ahora con la parte de este trabajo que consistirá en un análisis pormenorizado de sentencias relacionadas con la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario. Por ello se procederá, en la medida de lo posible, a aplicar la parte teórica previamente expuesta a la casuística concreta. Con tal objetivo, analizaré la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de una fecha en particular, el 10 de octubre de 1998 que, como ya se ha indicado, fue la sentencia que marcó el momento a partir del

---

<sup>41</sup> SAN (Secc. 4ª), Nº recurso: 104/2001, de 13 de noviembre de 2002, JUR 2003\2581 (*Aranzadi*) *apud* MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 41.

<sup>42</sup> STSJ de País Vasco 1205/2001, de 14 de diciembre, JUR 2002\84276 (*Aranzadi*); STSJ de Madrid 96/2006, de 31 de enero, JUR 2006\120373 (*Aranzadi*).

<sup>43</sup> SAP de Zaragoza (Secc. 5ª), 718/2005, de 28 de diciembre, JUR 2006\27090 (*Aranzadi*)

<sup>44</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Hacia una nueva teoría general...*, op. cit., p. 41.

cual se comenzó a invocar la teoría de la pérdida de oportunidad en España. Debido a que la parte central de lo que se va a realizar en este trabajo es un análisis jurisprudencial, a efectos organizativos, agruparé las sentencias de forma tal que al final se pueda observar las particulares razones que han llevado al Tribunal Supremo a admitir o inadmitir la figura de la pérdida de oportunidad. De este modo, he decidido dividir las sentencias en dos bloques: supuestos de admisión, por un lado, y, supuestos de inadmisión, por otro. En segundo lugar, en cada uno de los dos apartados voy a añadir subapartados. Así, las sentencias quedarán agrupadas en estos subapartados atendiendo al factor o razón, que yo considero, ha determinado que el Tribunal, habida cuenta de los hechos concretos de cada caso, admita o inadmita la pérdida de oportunidad. El análisis de todas las sentencias y su consecuente categorización permitirán que posteriormente esboce mi opinión en cuanto a cuáles son los principales factores que a nivel práctico permiten la invocación de la mencionada figura.

Como se acaba de explicar, dentro de este apartado voy a analizar una serie de sentencias que a mi parecer servirán para ilustrar, lo que yo he denominado genéricamente como “razones o factores de admisión”, y que no son más que aquellos hechos que se repiten habitualmente en la inmensa mayoría de resoluciones en las que el Supremo admite, directa o indirectamente, la pérdida de oportunidad.

#### **4. 1. Carácter imprescindible o ineludible de la prueba diagnóstica omitida**

A raíz de este concreto factor se van a estudiar sentencias que tienen una misma peculiaridad, pues se trata de supuestos en los que el paciente necesita que le realicen una prueba que diagnostique sus síntomas o padecimientos con el objetivo de poder determinar cuál sería el correcto tratamiento que se le debe aplicar o suministrar, no obstante, estas pruebas no llegarán a practicársele, bien por una negligencia, bien por una cuestión del azar. De tal forma que la negligencia médica, la cuestión azarosa o ambas a la vez determinarán la aparición de una pérdida de oportunidad en el paciente.

Se debe tomar como punto de partida la STS de 12 de septiembre de 2007<sup>45</sup>. Es necesario resaltar, en relación con este particular supuesto, cómo se desarrollaron los hechos<sup>46</sup>, es

---

<sup>45</sup> STS (Sala 1ª) núm. 948/2007, de 12 de septiembre, FJ primero, RJ 2007\4984 (*Aranzadi*).

<sup>46</sup> STS de 12 de septiembre, RJ 2007\4984, FJ primero: "La coronariografía no se practicó con la necesaria celeridad por no encontrarse disponibles los servicios necesarios al respecto, y ello pudo dar lugar a un retraso en la definitiva determinación y práctica del tratamiento a seguir, que en el caso de

decir, el paciente llega al centro hospitalario aquejado de una angina de pecho, por lo que, según indica la sentencia, se trataba de una situación de gravedad. Al observar que la situación del paciente no mejoraba tras haberle tenido en observación y haberle administrado los fármacos necesarios durante un periodo de entre 24-48 horas, se observa la necesidad de realizarle una coronariografía, prueba que permitiría determinar la gravedad de la lesión y, por tanto, decidir entre iniciar el tratamiento adecuado y necesario a sus necesidades médicas, o programar y realizar la cirugía conveniente en el caso de que éste fuera el único camino a seguir. A pesar del apremio que era necesario, la prueba no llegó a practicársele debido a que tal servicio no se encontraba disponible para el personal médico de dicho hospital.

Señala la sentencia que, según indican las pruebas periciales médicas, de haberse realizado esta prueba diagnóstica que hubiese permitido tomar la decisión adecuada (fármacos o cirugía), si bien no hubiera sido posible asegurar un éxito rotundo y, por tanto, obtener una certeza absoluta de curación, sí que existía un mínimo de posibilidades de que el paciente saliese adelante. Sin embargo, por esta omisión en la realización de la prueba, lo que sí se puede asegurar es que el paciente perdió todas sus posibilidades de curación, y que, además, conllevó a que le realizasen una “intervención extrema” con la cual fue imposible salvarle del fallecimiento.

Por tanto, ¿dónde podríamos decir que se encuentra exactamente la figura de la pérdida de oportunidad en este concreto supuesto?, la respuesta a esta pregunta la podemos encontrar en la sentencia, el TS señala que:

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<sup>47</sup>.

En definitiva, hay que tener presente que, el Tribunal Supremo no concede la indemnización por una omisión médica que llevó al fallecimiento del paciente por un fallo cardíaco, pues es cierto que el enfermo llegó en una situación grave al centro hospitalario, situación, que como hemos explicado, no tenía un 100% de posibilidades de revertirse; sin embargo, el Tribunal considera que la reparación se debe sobre la base de

---

autos se tradujo en una intervención extrema de la que se derivó la consecuencia del fallecimiento del paciente por infarto agudo de miocardio".

<sup>47</sup> STS de 12 de septiembre, RJ 2007\4984, FJ primero.

que existió una pérdida de oportunidad que se sustanció en un retraso en el diagnóstico y tratamiento al paciente a consecuencia de la falta de realización de una prueba que, a todas luces, resultaba de importancia vital.

Un supuesto similar, en cuanto a las circunstancias<sup>48</sup> que podrían haber llevado al Tribunal Supremo a admitir indirectamente la figura de la pérdida de oportunidad, se encuentra en la STS de 17 de abril de 2007<sup>49</sup>. Esta sentencia puede ser considerada sin duda como un buen ejemplo del concepto de la pérdida de oportunidad, a pesar de que el Tribunal Supremo no la recogiese literalmente en su resolución, y acudiese, por el contrario, a una “omisión de medios”<sup>50</sup>:

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”<sup>51</sup>.

Un paciente llega al hospital en un estado grave por lo que un facultativo que se encontraba en días de descanso decide presentarse en el centro lo antes posible con el propósito de poder realizar la prueba, no obstante, esta actuación loable quedó frustrada por una cuestión del azar, como fue que el personal auxiliar de esa prueba en concreto también se encontrase en descanso y, que, de forma contraria al primero, no acudiesen al centro ante dicha situación crítica. Es aquí, donde, precisamente encontramos el concepto de pérdida de oportunidad, pues se trataba de un paciente que, por su estado de su salud, necesitaba que se le realizase una prueba diagnóstica que permitiese actuar de forma rauda para salvar su vida o, para al menos, mejorar el estado de su salud. Sin embargo, no llega

---

<sup>48</sup> STS (Sala 1ª) 423/2007, de 17 de abril, RJ 2007\ 2322 (*Aranzadi*).

<sup>49</sup> STS de 17 de abril, RJ 2007\ 2322: el paciente llega a un centro médico tras ser derivado desde urgencias, presentando un cuadro de “isquemia aguda del miembro inferior derecho, con obliteración de arteria ilíaca”. Al no ser posible la identificación de la etiología de dicho cuadro, se decide sobre la necesidad de realizarle una arteriografía que, dada la urgencia de la situación, debía ser realizada antes de las 20 horas desde el ingreso efectivo del paciente en el centro. Dicha prueba, fue calificada por el TS, como “no sólo indicada, sino de urgente”, puesto que su realización arrojaría un diagnóstico concluyente que permitiría una actuación rápida por parte del personal médico. No obstante, a pesar del carácter ineludible de la prueba, la misma no se realizó ya que el facultativo que había acudido al centro –debido a la urgencia de la situación del paciente– no pudo ser asistido en la misma por el personal auxiliar complementario que resultaba imprescindible para ella, ya que éstos se encontraban en días de descanso. Sin embargo, y a pesar de que el facultativo era consciente de este extremo, no se optó por trasladar al paciente a un centro médico que sí realizase dicha prueba en fines de semana, por lo que, ante la falta de un tratamiento, el paciente falleció por una disección de la aorta. Es importante añadir, que la Sala de instancia consideró que, de haberse realizado dicha prueba, se hubiese podido detectar la disección de la aorta.

<sup>50</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 26.

<sup>51</sup> STS de 17 de abril, RJ 2007\ 2322, FJ tercero.

a realizarse por una cuestión del azar que, desafortunadamente, incidió de la peor forma posible en las posibilidades de que éste llegase a sobrevivir.

Señala VICANDI MARTÍNEZ 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%”<sup>52</sup>. Sin embargo, autores como de ÁNGEL YÁGÜEZ, consideran que existe una mayor discrecionalidad en cuanto a estos márgenes y, esta sentencia, supone un buen ejemplo de ello. Esto se debe a que, como señala el Tribunal, “no obstante el tratamiento quirúrgico, en todo caso, de la afección citada, bien mediante cirugía cardiaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superiores al 20%”<sup>53</sup>.

En definitiva, los hechos muestran que, aunque resultase correcto afirmar que no existía una certeza absoluta en términos de curación y, que, la prueba omitida tenía unas posibilidades de éxito no superiores al 20% –circunstancia en la que, precisamente, se basó la Audiencia Provincial para estimar solo parcialmente las pretensiones–, la omisión en su realización condenó al paciente a no poseer ninguna posibilidad de curarse, o cuando menos, de optar a poder tratarse.

Nos encontramos con otro supuesto similar en la STS de 6 de febrero de 2007<sup>54</sup>, en la que un paciente llega a un primer centro hospitalario tras haber sufrido un accidente que le había comprometido el miembro inferior izquierdo pero, a diferencia de los dos casos anteriores en los que la prueba diagnóstica no es realizada por falta de personal, en este caso encontramos que, una omisión de un facultativo condenó al paciente a no recibir el tratamiento necesario para la curación de su pierna, lo que resultó en la pérdida irreversible de la misma. Será esta última cuestión la que permita afirmar que también en

---

<sup>52</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 26.

<sup>53</sup> STS de 17 de abril, RJ 2007\ 2322.

<sup>54</sup> STS (Sala 1ª) de 6 de febrero, RJ 2007\922 (*Aranzadi*): “el demandante, [...] sufrió un accidente laboral; [...] inmediatamente fue llevado al Hospital de la Seguridad Social de Ferrol, [...] al carecer de Servicio de Cirugía Vasculat, se le envió al Hospital General de Ferrol, donde le informaron que precisaba de una arteriografía, que no podía realizarse en dicho Centro, por lo que se le envió al Hospital Juan Canalejo [...] donde fue reconocido por el equipo médico del Servicio de Urgencias y no se le realizó la arteriografía. Transportado por una ambulancia desde el «Juan Canalejo», reingresa el 14 de julio de 1987 en el Hospital General de Ferrol, donde los familiares del paciente consultaron con el Dr. Bastida, el cual les recomendó al Cirujano Vasculat Dr. Braulio del Policlínico Sta. Teresa de La Coruña, ingresando en este Centro. [...] Después de practicada una arteriografía, [...] se observa que el pie presenta un estado de isquemia irreversible, por lo que se decide realizar inmediatamente la amputación de la pierna izquierda por debajo de la rodilla”.

este supuesto se da una pérdida de oportunidad, aunque con unos matices distintos que en los dos casos anteriores.

Después de analizados los hechos de los dos supuestos precedentes, es fácil observar que en ambos la falta de realización de una prueba diagnóstica de carácter imprescindible para el paciente, se debe principalmente a una circunstancia del azar, como es la falta del personal necesario para llevarla a cabo. Sin embargo, si atendemos a la sucesión de hechos del presente caso, se advierte que la falta de la prueba, y el consecuente litigio, gira en torno a una omisión del facultativo del segundo centro hospitalario al que fue trasladado el paciente, ya que además de no realizar la prueba puesto que la máquina estaba averiada, el facultativo tras unas rápidas comprobaciones consideró que aquella prueba resultaba innecesaria y le remitió al primer hospital con un diagnóstico favorable, considerando, así, que no tenía la pierna comprometida (los hechos más tarde demostraron que dicho diagnóstico fue del todo erróneo).

Lo que resulta interesante de este supuesto es que podría considerarse que las actuaciones del facultativo se corresponden con una negligencia por una actuación contraria a la *lex artis* o una omisión de medios<sup>55</sup>. Pero, siguiendo la línea de opinión que de esta sentencia tiene VICANDI MARTÍNEZ, parecería más acertado decir que este paciente sufrió una pérdida de oportunidad ya que una omisión de medios que resultó en la imposibilidad de recibir el tratamiento adecuado, le acabó condenando a perder su pierna. Siempre, claro, teniendo presente que, como en todos los casos de pérdida de oportunidad, no existía certeza absoluta de que de haberse llegado a practicar la prueba y obteniendo, también, un diagnóstico adecuado y favorable, el paciente pudiese haber llegado a conservar su miembro inferior izquierdo.

El TS en su sentencia destaca, por tanto, dos cuestiones relevantes, por un lado, indica respecto del facultativo:

Su conducta incorrecta y contraria a la *lex artis* en la asistencia prestada al demandante [...] al no realizar los tactos, exploraciones y pruebas oportunas, especialmente la arteriografía, habida cuenta de que ya [...] se había detectado un compromiso vascular circulatorio, [...] 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<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 28.

<sup>56</sup> STS de 6 de febrero, RJ 2007/922, FJ segundo.

Por otro lado, respecto al nexo de causalidad entre la pérdida de la pierna izquierda y la actuación llevada a cabo por el facultativo, el TS señala lo siguiente:

Si bien parece claro que no ha sido 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<sup>57</sup>.

De esta forma, lo que se viene a indicar es que, si bien no se puede determinar y probar con certeza absoluta que existe una relación de causalidad entre las poco diligentes actuaciones médicas y la pérdida de la pierna del paciente, lo que parece casi absolutamente evidente es que, el mismo ha sido privado de cualquier posibilidad cierta y real de conservar su extremidad inferior.

Por tanto, y al igual que en los dos supuestos anteriores, el TS condena a la parte demandada no por haber tenido que amputar la pierna del paciente, sino por no haberle sometido a ninguna prueba que, aunque sin absoluta certeza, posiblemente le hubiese facilitado la viabilidad de la misma.

#### **4. 2. Tardanza excesiva en la realización de una prueba diagnóstica y/o de un tratamiento médico**

En este apartado se hará mención a sentencias similares en cuanto a que, en estos supuestos, la pérdida de oportunidad nace de una tardanza excesiva o un alargamiento innecesario del tiempo transcurrido entre el que el paciente sufre una serie de síntomas indicativos de un problema de salud y el momento efectivo en el que se le acaba diagnosticando o, aplicando el tratamiento necesario.

En primer lugar, se hace referencia a la STS de 18 de octubre de 2005<sup>58</sup>. En este particular supuesto nos encontramos que, una mujer llega a un centro hospitalario por haber sufrido un traumatismo en el tobillo derecho y, aunque en este primer Centro ya sospechaban que se trataba de una patología isquémica, es remitida a diversos centros hospitalarios en los que, de forma contraria al primer Centro, le diagnostican un simple esguince de tobillo. Para cuando vuelve a Urgencias del primer Centro hospitalario, el cirujano que se encontraba de guardia modifica el diagnóstico que hasta ese momento habían venido manteniendo los médicos y “aprecia ausencia de pulsos distales e isquemia subaguda del

---

<sup>57</sup> STS (Sala 1ª) de 6 de febrero, RJ 2007\922, FJ segundo.

<sup>58</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 5139/2001, de 18 de octubre de 2005, FJ segundo, RJ 2005\8530 (*Aranzadi*).



pie derecho”<sup>59</sup>. Con este nuevo diagnóstico es remitida a un último hospital en el que, después de realizarle varias intervenciones quirúrgicas, le tuvieron que amputar la extremidad inferior derecha “a nivel infrarrotuliano”.

Como no puede ser de otra forma en este tipo de supuestos, la parte demandada –la Administración–, alega que la actuación médica del último hospital en el que se llevó a cabo la amputación fue conforme a la *lex artis*, y, que, por tanto, no se puede probar que exista un nexo causal entre dicha actuación y la amputación de la pierna que, en definitiva, responde a la isquemia aguda que ya padecía el paciente. Considera, sin embargo, el TS, que:

Esa afirmación es correcta, pero sólo en parte, es decir, solo en cuanto considera de modo aislado el resultado final experimentado, que fue la consecuencia del proceso anterior, en el que no se produjo el diagnóstico precoz del padecimiento isquémico que sufría la paciente, y que derivó en el indeseable resultado que produjo<sup>60</sup>.

En definitiva, se repite el mismo patrón que hasta ahora, pues no es posible saber a ciencia cierta qué hubiese sucedido finalmente con la pierna del paciente si se hubiese obtenido un diagnóstico correcto desde el principio, es decir, era imposible predecir si con dicho diagnóstico las consecuencias hubiesen sido las mismas u otras más favorables, pero, como bien indica el Tribunal Supremo:

Lo que, sin duda, es seguro, es que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna que en el momento en que se produjo el diagnóstico, transcurrido un tiempo excesivo desde que se conocieron los síntomas que por dos veces hicieron sospechar al médico de cabecera que estaba ante un proceso de isquemia que debía ser confirmado o descartado, y, sí como sospechaba existía, tratado de modo eficaz<sup>61</sup>.

El segundo supuesto dentro de este grupo lo encontramos en la STS 12 de noviembre de 2007<sup>62</sup>, cuya ponente fue la actual Ministra de Defensa, Margarita Robles Fernández.

A la paciente se le practicó una “histerectomía total con anexectomía derecha”, que en términos sencillos es una extirpación del útero y de la trompa de Falopio y el ovario derecho. La cirugía transcurrió sin mayores complicaciones, no obstante, parecer ser que en el transcurso de la misma se le seccionó el uréter derecho, circunstancia que pasó inadvertida para los médicos. Como resulta lógico, la paciente empezó a padecer una serie

---

<sup>59</sup> STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530, FJ segundo.

<sup>60</sup> STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530, FJ cuarto.

<sup>61</sup> STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530, FJ cuarto.

<sup>62</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 7418/2007, de 12 de noviembre, FJ segundo, RJ 2007\8393 (*Aranzadi*).

de síntomas que, debido a la descoordinación de los diferentes Servicios de Salud en los que fue atendida, fueron tratados de forma separada. Para cuando sospecharon que se trataba de una sección del uréter y la operaron, ya habían pasado cinco días desde la primera intervención. A consecuencia de este retraso en la diagnosis, y, por tanto, retraso en la intervención, la paciente quedó con una serie de importantes secuelas.

En el FJ Cuarto, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

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<sup>63</sup>.

Quizás en este caso y en el anterior, la pérdida de oportunidad parece más difícil de encontrar, ya que no hay una cuestión azarosa que impida llegar a un diagnóstico temprano de la dolencia, como sucedía en los tres supuestos del primer apartado, sino que más bien parece que los padecimientos de la paciente se deben a una negligencia médica al seccionarle el uréter. No obstante, tanto la Audiencia como el TS coinciden, con fundamento en los informes periciales presentados, en que no hubo mala praxis por parte de los cirujanos puesto que, aunque se trata de una circunstancia discutible por no haber sido suficientemente explicada en juicio, parece ser que la sección del uréter en este tipo de intervenciones es un "riesgo probable e inherente" a las mismas.

Superado este punto, el TS concluye lo siguiente:

Pese a que las concretas intervenciones quirúrgicas se realizasen con arreglo a la "lex artis", el retraso en diagnosticar por las razones expuesta (*sic*) la resección del uréter y las complicaciones (*sic*) que de ello se derivaron constituyó una causa relevante para el desarrollo patológico de la actora y la producción del resultado lesivo, por lo que es evidente que es procedente apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>64</sup>.

Por tanto, ¿dónde se encuentra la pérdida de oportunidad?, para dar respuesta a esta pregunta debemos fijarnos precisamente en la circunstancia que da nombre a este apartado: la tardanza en el diagnóstico. Y, es que, el Tribunal Supremo no condena a la Administración por la sección del uréter que inadvertidamente le produjeron los médicos a la paciente, sino por todo el tiempo en que no se alcanzó dicho diagnóstico, pues ello

---

<sup>63</sup> STS de 12 de noviembre, RJ 2007\8393, FJ cuarto.

<sup>64</sup> STS de 12 de noviembre, RJ 2007\8393, FJ cuarto.

muy probablemente incidió directamente en disminuir las posibilidades de que aquella mujer continuase su vida sin ningún tipo de secuelas o, que fueran, en todo caso, menores que aquellas con las que fue condenada a vivir. Siempre teniendo en cuenta, como ya sabemos, que no existe certeza absoluta sobre este último punto.

Nos referiremos ahora a la STS de 7 de julio de 2008<sup>65</sup>, que es sin duda un caso muy interesante en el cual existió una diagnosis acertada, pero se produjo un retraso alarmante en el tiempo que transcurrió hasta que se trató al paciente de acuerdo a sus necesidades médicas.

Un buceador experimentado decide realizar una inmersión habitual para la que estaba autorizado ya que, como señala la normativa específica de las actividades subacuáticas, éstas solo pueden realizarse si existe una cámara hiperbárica a una distancia inferior de dos horas desde el punto de buceo. Mientras realizaba dicha actividad sufre un accidente de descompresión y, por una serie de errores encadenados<sup>66</sup>, acaba llegando al centro hospitalario (en Barcelona) que contaba con una cámara hiperbárica casi diez horas después del accidente, lo que se tradujo<sup>67</sup> en que sufriese una paraplejía.

Este supuesto concreto gira en torno a tres cuestiones: a) la decisión de no trasladar al enfermo en helicóptero hasta Barcelona; b) el hecho de que la ambulancia tardase tres horas y cuarenta y cinco minutos en salir para trasladar al enfermo a Barcelona; c) la existencia de un 28,5% de posibilidades de que un enfermo tratado a tiempo en una cámara hiperbárica sufra lesiones permanentes.

---

<sup>65</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 4776/2004, de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872 (*Aranzadi*).

<sup>66</sup> El buceador, al ser conocedor de las necesidades específicas que requería a causa de tal accidente, pide que le trasladen al centro donde se encontraba la cámara hiperbárica más cercana. Pidió ser trasladado en helicóptero, sin embargo, fue trasladado en ambulancia a un primer Centro que no contaba con dicha máquina de descompresión. Cuatro horas y media más tarde los médicos corroboran la necesidad –que ya les había manifestado el paciente en cuanto llegó al Centro– de trasladarle a un centro con cámara hiperbárica en Barcelona. Sin embargo, y a pesar de la urgencia de la situación en la que se encontraba el paciente y de las repetidas ocasiones en las que éste les manifestó la necesidad de trasladarle por aire, fue trasladado de nuevo en ambulancia tres horas y cuarenta y cinco minutos después de haber decidido los médicos sobre la necesidad del traslado, por lo que finalmente recibió el tratamiento en la cámara casi a las diez horas de haber sufrido el accidente.

<sup>67</sup> STS de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872, FJ tercero: “El Sr. Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de 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”.

Respecto a la primera cuestión, señala la sentencia que se trató de un error humano ya que se informó incorrectamente al piloto del helicóptero sobre la altura máxima a la que podía volar el paciente, por lo que éste consideró –basándose en datos inciertos– que el traslado por aire era inseguro. Además, también se señala, con base a un informe pericial, que, desde un punto de vista meteorológico, no existió ninguna circunstancia contraria al traslado en helicóptero. El TS no se pronunció, sin embargo, sobre las responsabilidades que pudieron haber surgido a causa de este error. En relación a la segunda cuestión, la sentencia indica que fue precisamente esta demora la que determinó “las lesiones (en este estado de la ciencia irreversibles que sufre el demandante)”. Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, que quizás sea la que más conectada se encuentra con la pérdida de oportunidad, se pone de relieve un tema que hasta ahora no se ha mencionado, y es: hasta donde llega la responsabilidad de la administración en la prestación de asistencia sanitaria.

Respecto a este tema resulta interesante la opinión que nos aporta DE MIGUEL PAJUELO en un estudio sobre esta sentencia, en el que indica:

La Jurisprudencia viene declarando cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cual (*sic*) es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente<sup>68</sup>.

Además, este mismo autor entiende que:

La prestación de asistencia sanitaria (debe ser entendida como) una obligación de medios en la que los ciudadanos tienen derecho a que la administración les garantice la asistencia y las prestaciones precisas con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requiere el concurso de los servicios sanitario<sup>69</sup>.

Por todo ello considera que, en el presente caso, la Administración debe ser, y fue, declarada culpable por las lesiones que sufrió el paciente buceador.

Con todo, y volviendo a la tercera cuestión, si bien es cierto que existe en todo tipo de tratamientos y terapias una incertidumbre –por pequeña que sea– consustancial a la

---

<sup>68</sup> DE MIGUEL PAJUELO, F., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicios sanitarios” *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25/2009 1ª parte Justicia Deportiva, 2009.

<sup>69</sup> *Ibíd.*

ciencia y práctica de la medicina, los pacientes del sistema público de salud español deben tener garantizado por éste, como mínimo, que serán tratados diligentemente a través de aquellos medios que la ciencia de la medicina pone, en cada momento, a disposición de la Administración. Por tanto, en este caso, importa poco que el tratamiento omitido tuviese un margen de error del 28,5%. Al paciente se le privó, en cualquier caso, de pertenecer al 71,5% de personas que, tratadas dentro del tiempo prudencial, se recuperan de forma total, ya que lo que se condena es todo el tiempo en que el paciente no fue tratado en la cámara de descompresión –por el motivo que fuere– y, que, dadas las características urgentes de dicha situación, prácticamente le condenaron a vivir con paraplejia, lo que supone un daño antijurídico que el paciente no debería soportar.

#### **4. 3. Omisión de información relevante al paciente**

En este apartado contamos con supuestos que varían considerablemente respecto de los anteriores, ya que en estos casos existe diligencia en las actuaciones médicas en cuanto a la realización de la diagnosis, así como en la aplicación del tratamiento o realización de intervenciones quirúrgicas necesarias, lo que falla, no obstante, será la actuación médica tendente a informar de una serie de cuestiones que, por su importancia, no deberían haber sido omitidas.

En la STS de 3 de abril de 2002<sup>70</sup> se encuentra el primer de los supuestos, en el cual es fácil encontrar la pérdida de oportunidad. En este caso, un paciente es remitido de un primer hospital a un segundo donde tenían un servicio de cirugía maxilofacial pues debía operarse de un tumor en el área peribucal. Por tanto, las pruebas diagnósticas previas que determinaron la existencia del mismo, fueron diligentes y correctas. También fue diligente y correcta la intervención quirúrgica en cuestión, destinada a extirpar el tumor para posteriormente proceder a su biopsia. Por lo que, a priori, se trata de un caso muy distinto de los vistos hasta ahora, ya que la pérdida de oportunidad se encuentra nada menos que a la hora de notificar el resultado de la biopsia al paciente. Esta notificación, de hecho, no llegó a producirse por aproximadamente seis meses puesto que los resultados quedaron archivados.

La patología que poseía el demandante y que se descubrió después de extirpado y biopsiado el tumor, hubiese requerido de una actuación rápida en cuanto a la valoración

---

<sup>70</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 3827/2002, de 3 de abril, RJ 2002\5433 (*Aranzadi*).

del mismo y la aplicación del tratamiento adecuado, no obstante, la demora de estas actuaciones debida a la falta de notificación temprana del resultado, tuvo como consecuencia la necesidad de que el paciente fuese sometido a un tratamiento y a una intervención mucho más severos y agresivos.

Queda recogido en un expediente administrativo realizado por una inspectora-médico “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”<sup>71</sup>. Además, señala el TS como fundamento para su decisión, lo que recogía el instructor del expediente en aras de sustentar la procedencia de la indemnización:

Que queda probada la demora habida. Que la misma no puede imputarse al paciente. Que la malignidad del tumor era conocida antes de disponer de los resultados de la biopsia. Que es clara la negligencia del hospital «La Alcaidesa», pues una vez conocido el resultado, el mismo es depositado en la historia clínica sin más actuaciones. Que el retraso acreditado produjo un agravamiento importante de la lesión de don José<sup>72</sup>.

Por tanto, este supuesto, además de extremadamente sorprendente en cuanto a la actuación médica procurada al paciente, es un buen ejemplo de pérdida de oportunidad. Un paciente que necesitaba de un tratamiento precoz se ve privado de éste por al menos seis meses ya que el equipo médico que debió habérselo notificado, no se sabe muy bien por qué, decidió archivarlo en su expediente. Si bien no es posible conocer exactamente si las consecuencias hubiesen sido distintas de no haber existido la demora, lo que sí se sabe es que el paciente perdió la posibilidad de haber recibido un tratamiento paliativo mucho menos severo.

En el supuesto recogido en la STS de 8 de septiembre de 2015<sup>73</sup> quizás es más difícil apreciar la pérdida de oportunidad pues ésta se entremezcla con una negligencia médica por omisión o defecto de información<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> STS de 3 de abril, RJ 2002\5433, FJ tercero.

<sup>72</sup> STS de 3 de abril, RJ 2002\5433, FJ tercero.

<sup>73</sup> STS (Sala 1ª) 483/2015, de 8 de septiembre, RJ 2015\3712 (Aranzadi).

<sup>74</sup> STS de 8 de septiembre, RJ 2015\3712, FJ primero: “Relata que [...] fue intervenida por laparoscopia para reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la posibilidad de fracaso de la técnica, ni de sus posibles efectos adversos y con coste de 6.000 euros; que la operación fracasó y volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros”.

Señala el TS en esta sentencia, haciendo alusión a las numerosas veces en que éste ya ha recogido en su jurisprudencia<sup>75</sup>: la importancia que tiene que quien preste servicios de asistencia médica cumpla con el deber de información al paciente, añadiendo que este deber:

Integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. [...] Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma<sup>76</sup>.

Por tanto, partiendo de la premisa de que, según señala el TS, no se puede apreciar una mala praxis médica en cuanto a la colocación de la banda gástrica, a la parte demandada no se la condena por un “resultado fallido, defectuosa realización de la cirugía y omisión del deber de información” como alega la parte demandante, sino solo por la última de esas tres cuestiones. Así, el daño que se causa a la paciente y que da fundamento a la responsabilidad del personal sanitario es la omisión de la información previa que hubiese permitido que ésta otorgase un consentimiento “consciente, libre y completo”.

Por lo que respecta a la figura de la pérdida de oportunidad, la sentencia alude indirectamente a ella en el siguiente párrafo:

El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente<sup>77</sup>.

Por ende, la pérdida de oportunidad resulta de haber impedido que la paciente –con recurso a una información completa y veraz– hubiese decidido no someterse a dicha intervención médica, hubiese obtenido una segunda opinión o, incluso, hubiese decidido someterse a la misma en otro centro médico. Como ya hemos visto en todos los supuestos anteriores puesto que supone una característica propia de los casos en los que existe pérdida de oportunidades, no se puede saber si el resultado de la operación hubiese sido distinto de haberse realizado por otros médicos y/o en otro centro médico, lo que sí se

---

<sup>75</sup> STS (Sala 1ª) 830/1997, de 2 octubre, RJ 1997\7405 (*Aranzadi*); STS (Sala 1ª) 511/1997, de 29 mayo, RJ 2003\3916 (*Aranzadi*); STS (Sala 1ª) 1002/2005 de 21 diciembre, RJ 2005\10149 (*Aranzadi*).

<sup>76</sup> STS de 8 de septiembre, RJ 2015\3712, FJ tercero.

<sup>77</sup> STS de 8 de septiembre, RJ 2015\3712, FJ tercero.

sabe es que mediante esta omisión de información, se ha frustrado irremediablemente las posibilidades de que la paciente libremente consintiese o denegara la decisión de someterse a la colocación de la banda gástrica.

Para terminar este apartado haremos referencia a la STS de 25 de junio de 2010<sup>78</sup>, en la que además de contar con un supuesto muy interesante, el TS se referirá directamente a la pérdida de oportunidad. Los hechos que acontecieron en este litigio quedan explicados ampliamente en la sentencia, no obstante, dada su extensión me centraré en determinar donde se encuentra la pérdida de oportunidad.

Se trata de una situación en la que los padres de una niña de 10 años deciden vacunarla de la Meningitis C a raíz de una campaña informativa de 1997. Se realiza una segunda campaña en 2000 que fue dirigida únicamente a los menores de seis años, y en la que no se hace referencia a la insuficiencia de inmunización o ineficacia de la vacuna de 1997. En 2003 se diagnostica a la hija con una “una Meningitis C púrpura fulminante, con shock severo y fallo multiorgánico” que, finalmente, acabó en la amputación de sus dos pies. A consecuencia de ello, la parte demandante basará sus pretensiones en que se dio una falta de información –a todo aquel mayor de seis años– por parte de la Administración en cuanto a la falta de efectividad de la vacuna que se suministró en 1997. Alega, por tanto, que es esta dejación de funciones la que determinó que su hija se contagiase de Meningitis C en 2003 y, que, además, resultó en una pérdida de oportunidad ya que, como igualmente indica el Tribunal Supremo, se privó:

A los padres de los mayores de esa edad de la posibilidad de obtener una información suficiente, comprensible y adecuada en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997 y con el hecho de estar expuestos, que les permita adoptar las medidas oportunas para su adecuada protección<sup>79</sup>.

En definitiva, no es posible tener una certeza absoluta de que de haber suministrado dicha información (la ineficiencia de la vacuna de 1997), se hubiera conseguido un resultado distinto del que aconteció, esto es, que la hija no se hubiese contagiado de Meningitis C si los padres, conocedores de esa información, la hubieran revacunado en un centro privado. Pero lo cierto es que, vistos los hechos y teniendo en cuenta las afirmaciones vertidas por los padres, si éstos hubiesen tenido conocimiento de la información que la

---

<sup>78</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 5927/2007, de 25 de junio, RJ 2010\5886 (*Aranzadi*).

<sup>79</sup> STS de 25 de junio, RJ 2010\5886, FJ quinto.



Administración ocultó, habrían revacunado a su hija en cualquier centro privado, sin esperar, incluso, a que dicha vacuna les fuera suministrada de forma gratuita.

Además de citar otras sentencias<sup>80</sup> que recogen de forma literal la pérdida de oportunidad, la presente sentencia hace alusión a la STS de 7 de julio de 2008 (caso del buceador) previamente expuesta, añadiendo de forma directa y precisa –y sin necesidad de hacer más aclaración– lo siguiente:

Lo que es evidente es que nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa, de suerte que, si como ocurre en el caso de la joven Natividad, el riesgo llega a materializarse, el administrado no tiene el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad, debiendo la Administración, en consecuencia, responder<sup>81</sup>.

## **5. APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: SUPUESTOS DE INADMISIÓN**

En este apartado se van a analizar sentencias que, a priori podría decirse que contienen una relación de hechos similares a los casos que hemos venido estudiando pero que, no obstante, el Tribunal Supremo ha decidido insuficientes para admitir la figura. Por tanto, mi objetivo ha sido encontrar aquellas razones que han impedido dicha admisión y, que, por ende, servirán para determinar los aspectos concretos que permiten la aparición y condena de una pérdida de oportunidad.

### **5. 1. Ausencia de nexo causal**

Si bien es cierto que, en todos los supuestos que comprenden el apartado de inadmisión de la pérdida de oportunidad, el motivo base para dicha inadmisión es la ausencia de un nexo causal –en tanto que el presupuesto elemental en torno al que gira esta figura, independientemente de que su prueba sea difícil, es la existencia de un nexo causal entre el hecho presuntamente dañino y el daño provocado–, quedarán aquí recogidas aquellas

---

<sup>80</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 5271/2003, de 21 de febrero de 2008, RJ 2008\1247 (*Aranzadi*); STS (Sala 3ª) RC núm. 5334/2011, de 17 de julio de 2012, RJ 2012\8488 (*Aranzadi*)

<sup>81</sup> STS de 25 de junio, RJ 2010\5886, FJ quinto.

sentencias en las cuales este motivo se presenta con tanta intensidad que deviene la principal razón por la que la pérdida de oportunidad resulta inexistente.

En primer lugar, se hará referencia a un supuesto relativamente fácil de entender en cuanto a la ausencia de nexo causal entre una actuación médica y el fallecimiento de un paciente. Así, la STS de 7 de septiembre de 2005<sup>82</sup> cuenta con un caso llamativo<sup>83</sup> en el que una niña llega a urgencias en un estado de salud de extrema gravedad, pues había ingerido un líquido tóxico. A pesar de todos los esfuerzos desplegados por el equipo médico, la paciente acaba falleciendo. Posteriormente, se tuvo conocimiento de que el líquido ingerido era abrillantador de suelos por lo que la ingesta de ese producto químico por humanos, era letal.

Encontrar la pérdida de oportunidad en este supuesto es prácticamente imposible. Quizás, y, como pretendieron los padres, se podría encauzar alegando que la pérdida de oportunidad se encuentra en el “alta prematura o temprana” de la paciente. Alegando, por consiguiente, que el nexo causal se encuentra entre el alta prematura y la imposibilidad de controlar el estado de la niña que, por tanto, resultó en el empeoramiento de su salud que culminó más tarde con su fallecimiento. No obstante, a mi parecer, el desarrollo de los hechos y, el actuar diligente de los médicos –no hay ningún motivo que permita apreciar lo contrario pues el alta se dio ante la mejoría de salud de la paciente– impiden que se aprecie una pérdida de oportunidad en este supuesto. Además, es importante tener en cuenta que el líquido ingerido y desconocido –por no estar la garrafa etiquetada y por la imposibilidad de que el INTCF pudiese analizarlo a tiempo– resultó tener una composición química letal para el ser humano, por lo que, sin duda, los médicos poco más pudieron hacer.

En definitiva, se aprecia una ausencia de nexo causal entre el fallecimiento de la paciente –daño– y la actuación médica desplegada –presunto hecho provocador del daño–. Por

---

<sup>82</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 1304/2001, de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846 (*Aranzadi*).

<sup>83</sup> Una vez la niña llega a urgencias es tratada, diagnosticada y estabilizada de forma inmediata, llegando a provocar el vómito entre muchos otros tratamientos. Los padres habían olvidado traer la garrafa donde se encontraba el líquido ingerido –aunque sospechaban, se trataba de amoníaco–, por lo que esto complicó de gran manera acertar con el tratamiento. La aparente mejoría de la paciente permitió que los médicos se le dieran el alta. No obstante, los síntomas de ésta se recrudecieron en su casa, por lo que volvieron a llevarla al hospital, esta vez, llevando consigo la garrafa –sin etiqueta– de dónde provenía el líquido. Ante la nueva imposibilidad de conocer cuál era el líquido ingerido con exactitud, el cetro médico se puso en contacto con el INTCF que, desafortunadamente, con aquellos datos y dada la premura de la situación, no pudo hacer más que recomendar que se tratase a la paciente como si hubiese sido una “intoxicación grave”.

todo ello, el TS inadmite la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, como queda recogido en el siguiente párrafo:

(No se cuestiona en esta sentencia) la carencia de prueba de la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el resultado del fallecimiento de la hija del recurrente [...] 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 en cualquier caso no hubiera podido ser identificado [...] de forma inmediata por el Instituto Nacional de Toxicología, en consecuencia no es aplicable al caso de autos la doctrina de la pérdida de oportunidad<sup>84</sup>.

En segundo lugar, resulta interesante analizar el supuesto contenido en la STS de 26 de marzo de 2007<sup>85</sup>. Nos encontramos en este caso con que un paciente es atendido en un hospital cuyos médicos, tras realizarle las correspondientes pruebas, le diagnostican una apendicitis quirúrgica para lo que le indican que sería necesario realizarle una apendectomía. A pesar de que existió controversia en cuanto a si el paciente declinó explícita y retiradamente someterse a dicha cirugía –como alegó la parte recurrida y, finalmente, con base a su historial clínico, confirmó el TS–, al cesar espontáneamente los síntomas del paciente, se cesó, también, en la intención de someterle a la intervención. No obstante, a los diez años volvió el paciente aquejado de los mismos síntomas, con la mala suerte de que, esta vez, la apendicitis había degenerado en una peritonitis que le había causado una “perforación de colón ascendente”. A raíz de ello tuvo que ser intervenido de urgencia y, alegó sufrir, en consecuencia, importantes secuelas.

No es necesario añadir palabras literales del TS debido a la simplicidad del caso analizado. El paciente pretendió alegar que no se le recomendó la apendectomía en un primer momento por lo que de dicha omisión resultó en que a los diez años sufriese una peritonitis, cuyo post-operatorio fuese también negligente. No obstante, tanto el hecho de haberle comunicado al paciente la necesidad de practicarle dicha operación, como la intervención quirúrgica de la peritonitis y su consiguiente post-operatorio, fueron probados diligentes y conformes a la *lex artis* en juicio. La Sala entiende, por ende, que, los alegatos de la parte actora son insostenibles en la medida que pretenden el resarcimiento de un daño por una “pérdida de oportunidad” que prácticamente se causó a sí mismo<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> STS de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846, FJ segundo.

<sup>85</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 5538/2003, de 26 de marzo de 2007, RJ 2007\2892 (*Aranzadi*).

<sup>86</sup> Similar: STS (Sala 1ª) 1230/2004, de 15 de diciembre, RJ 2004\8212 (*Aranzadi*).

El último de estos supuestos lo encontramos en la STS de 8 de julio de 2016<sup>87</sup>, en el que una mujer embarazada llega a su centro médico aquejada de dolores en la fosa renal izquierda. Con el propósito de averiguar la naturaleza de la patología que sufría se le indica la necesidad de realizarle una prueba diagnóstica denominada “enema opaco”. Esta prueba no se le realiza hasta tres meses después debido a varias circunstancias entre las que destaca el hecho de que el equipo de radiología encargado de realizar dicha prueba se encontraba averiado desde hacía dos meses, si bien es importante mencionar que la misma no tenía carácter urgente<sup>88</sup>. Finalmente, se le realiza el enema opaco y se descubre que la paciente padece un cáncer de colon.

Este supuesto es bastante simple, y la posible existencia de una pérdida de oportunidad gira en torno a la tardanza de tres meses en realizarle una prueba diagnóstica que no era urgente. Así, el TS entendió, con apoyo en los dictámenes e informes periciales que no cabe duda en que hubo un retraso entre la petición y la realización del enema opaco pues en circunstancias normales se hubiese realizado antes de los treinta días. No obstante, y como queda recogido en la sentencia de la Sala de instancia<sup>89</sup> “los tumores de colon son habitualmente de crecimiento lento”, por lo que de haberse dado el caso de que la prueba diagnóstica se hubiese realizado en un espacio de tiempo menor desde su solicitud –circunstancia innecesaria “dada la sintomatología y edad” de la paciente–, el resultado no hubiese sido distinto “en lo que al pronóstico y evolución se refiere”.

En definitiva, al establecerse que la demora no había influido ni en la patología ni en el pronóstico de la paciente, el TS indica que “no cabe establecer ningún nexo de causalidad entre la atención médica dispensada y los daños que reclama la recurrente, ni cabe calificar de mala praxis médica la actuación de la Administración sanitaria”<sup>90</sup>, por ello, rechaza, además, que se haya producido una pérdida de oportunidad<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> STS (Sala 3ª) 1678/2016, de 8 de julio, RJ\2016\4323 (*Aranzadi*).

<sup>88</sup> STS de 8 de julio, RJ\2016\4323: “La sintomatología y la edad de la paciente no sugerían como primera ni las más probable posibilidad diagnóstica (*sic*) la presencia de un cáncer de colón (*sic*) y que la prescripción del enema opaco no precisaba su realización con carácter urgente, ni de preferencia”.

<sup>89</sup> STSJ de Murcia 686/2014, de 31 de julio, FJ cuarto, JUR 2014\28279 (*Aranzadi*).

<sup>90</sup> STS de 8 de julio, RJ\2016\4323, FJ quinto: “Tampoco consideramos, en fin, que se haya producido una pérdida de oportunidad como se invoca en el desarrollo del motivo, reclamando la aplicación del principio de facilidad de prueba”.

<sup>91</sup> Similar: STSJ de Madrid 844/2012, de 4 de diciembre de 2012, JUR 2013\46248 (*Aranzadi*).

## **5. 2. Irrelevancia de la prueba y/o tratamiento tardío u omitido dado el estado irreversible y/o complicado pronóstico de salud del paciente**

Tras el primer análisis de sentencias tendente a encontrar aquellos factores que podían resultar determinantes para la inadmisión de la pérdida de oportunidad por el TS, decidí categorizar las sentencias atendiendo a dos factores distintos: la irrelevancia de la prueba y/o tratamiento tardío u omitido, por un lado, y, el estado irreversible y/o complicado pronóstico de la salud del paciente, por otro. No obstante, tras meditar dicha decisión, llegué a la conclusión de que: estando un paciente en un estado de salud irreversible o de pronóstico casi imposible desde que llega al centro médico, la prueba y/o tratamiento que considera la parte demandante (la que ha sufrido el presunto daño) que se omitió o realizó tardíamente, se torna irrelevante pues, en tales circunstancias de salud –y, como demuestran los informes periciales–, ninguna prueba o tratamiento hubiese conseguido un desenlace distinto al que, en cada caso, aconteció; por lo que, aunque los hechos de cada supuesto y los pronunciamientos del TS en cada caso varíen levemente, lo que se puede afirmar es que, siempre que la salud del paciente se encuentre en un estado irreversible o de pronóstico difícil, la omisión o realización tardía de una prueba o tratamiento deviene irrelevante. Por ello, se agruparán todos los casos dentro de este apartado.

Empezaremos con la STS de 3 de junio de 2008<sup>92</sup> que recoge un litigio producido ante la muerte de una mujer en un hospital zaragozano. Para resumir brevemente los hechos<sup>93</sup>, podría decirse que la mujer llega al Centro con unas condiciones de salud muy deterioradas, por lo que fue explorada y tratada de forma inmediata. El problema radica en que a pesar de la urgencia con la que debía habersele practicado un TAC –atendidas las circunstancias de la paciente–, la prueba se practicó, aproximadamente, una hora después del momento en el que se decide sobre la necesidad ineludible de su realización. Finalmente, para cuando se le somete a la misma, la paciente “presentaba una hemorragia cerebelosa, [...] con saturación de oxígeno al 90% y edema pulmonar bilateral”<sup>94</sup>. Esto se tradujo en que el neurocirujano, ante el rápido deterioro que sufría la paciente, decidió no realizar intervención alguna, por lo que la mujer falleció a la mañana siguiente.

---

<sup>92</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 9349/2003, de 3 de junio de 2008, RJ 2008\6324 (*Aranzadi*).

<sup>93</sup> Ante la tecnicidad de los síntomas que presentaba la mujer recomiendo se lea el FJ primero de la sentencia.

<sup>94</sup> STS de 3 de junio de 2008, RJ 2008\6324, FJ primero.

Lo que resulta interesante ahora será analizar por qué en esta situación que, aparentemente resulta similar a las anteriores, el TS decide que no existe una pérdida de oportunidad. La respuesta nos la ofrece la propia sentencia:

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 un 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, [...] 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.

En definitiva, se puede afirmar que, aunque es cierto que el tiempo que se tardó en realizarle el TAC a la paciente podría resultar ligeramente excesivo, también lo es que ésta no perdió ninguna oportunidad por ese retraso de una hora, ya que su estado estaba tan deteriorado que, aun habiendo realizado dicha prueba diagnóstica en menor tiempo, el resultado final hubiese sido el mismo. Consecuentemente, es lícito sostener que no se perdieron oportunidades porque éstas ni llegaron a existir. En conclusión, cuando el paciente carece de oportunidades de sobrevivir o de mejorar su estado de salud aunque sea mínimamente, la figura de la pérdida de oportunidad queda vaciada de contenido, por lo que su invocación en juicio y correspondiente indemnización serán, con toda probabilidad, inadmitidas<sup>95</sup>.

El análisis prosigue con el estudio de la STS de 18 de julio de 2016<sup>96</sup>, que recoge un supuesto en el que un paciente llega a urgencias y se le acaba diagnosticando una “neumonía vírica con sospecha de gripe A”, por lo que se le ingresa “en el servicio de medicina interna”. Durante su estancia en observación sufrió varios ataques de ansiedad que fueron tratados, llegando posteriormente a la conclusión, atendidas las manifestaciones del paciente, de que sufría de síndrome de abstinencia. Sobre las 21.15h de ese mismo día el paciente entra en parada cardiorrespiratoria por lo que será atendido por el personal médico en un primer momento, para después proceder a su ingreso en la UCI, tras lo cual padeció una serie de secuelas. Consideró el paciente y, lo hizo patente en sus alegaciones, que la asistencia médica que había recibido era manifiestamente deficiente. Para exponer sus pretensiones dividió en momentos distintos la actividad médica en función de por qué consideraba que cada una de esas actuaciones había

---

<sup>95</sup> Similar: STS (Sala 3ª) RC núm. 7007/2002, de 28 de febrero de 2008, RJ 2007\2485 (Aranzadi).

<sup>96</sup> STS (Sala 3ª) 1832/2016, de 18 de julio, RJ\2016\3618 (Aranzadi).

carecido de la diligencia necesaria, no obstante, este análisis se centrará en las únicas que pudieron haber dado lugar a una pérdida de oportunidad. Éstas son dos, la “falta de asistencia de oxigenación en planta y el retraso en la asistencia al paro cardíaco, concausas que contribuyeron a la hipoxia cerebral”<sup>97</sup>.

El TS señaló en su sentencia algo que se ha intentado demostrar en este trabajo:

Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación<sup>98</sup>.

Es exactamente esta premisa la que permite denegar la existencia de una pérdida de oportunidad. Consideraron tanto la Sala de instancia como el TS que las secuelas que padeció posteriormente el paciente no traían causa en ninguna de las dos consideraciones previamente mencionadas, confirmándose este extremo con las pruebas periciales efectuadas. Además, consideran ambas que, el desenlace final y las secuelas del paciente hubiesen sido las mismas tanto si se hubiese ingresado al paciente nada más llegar a Urgencias como si los medios existentes en la planta de medicina interna hubiesen sido mayores (referido al “carro de paradas”<sup>99</sup> y el personal de reanimación que no se encontraba en ese mismo instante cerca del paciente).

Concluye el TS sus fundamentos jurídicos añadiendo lo siguiente:

No hay, pues, infracción de la doctrina de la pérdida de oportunidad por cuanto tal doctrina exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto. [...] tal circunstancia no concurre en el caso que nos ocupa<sup>100</sup>.

Se puede considerar que quizás este caso es un poco distinto al anterior, pues gira en torno a la decisión de ingresarlo o no en la UCI y si el lapso de tiempo empleado en reanimarlo pudo resultar excesivo. Sin embargo, poco cabe añadir ante la claridad de los argumentos expresados por el TS, más que volver a repetir que, además de una ausencia de nexo causal, las características del estado de salud del paciente impiden considerar que una

---

<sup>97</sup> Motivos esgrimidos por la parte demandante.

<sup>98</sup> STS de 18 de julio, RJ\2016\3618, FJ quinto.

<sup>99</sup> Estima el paciente que el lapso de tiempo desde que se pidió el carro de paradas hasta que se le reanimó fue de diez minutos.

<sup>100</sup> STS de 18 de julio, RJ\2016\3618, FJ quinto.

actuación médica distinta a la dada hubiese propiciado un resultado más favorable para aquél.

En definitiva, y, sobre todo con base en las pruebas periciales, es irrelevante tanto que no le ingresaran en la UCI cuando solo se sospechaba que podía padecer Gripe A, como cuando tardaron diez minutos en reanimarle:

En primer lugar porque el paro cardíaco no era previsible en los términos vistos, en segundo lugar porque la actuación médica dispensada no puede considerarse deficiente y, por último, porque ni siquiera disponemos de dato alguno que permita afirmar que las secuelas derivadas del accidente cardiovascular no se habrían producido de estar ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos o de disponer la planta de otros medios distintos ya que, en buena parte y como también se sigue de las actuaciones, aquellas secuelas están asociadas a las múltiples patologías que el paciente sufría<sup>101</sup>.

El último de los supuestos que se analizará será el de la STS de 9 de octubre de 2012<sup>102</sup>, que contiene un caso muy desafortunado pero que, no obstante, es buen ejemplo de una ausencia de oportunidades perdidas.

Un niño con Síndrome de Down de dos años se atraganta con un hueso de aceituna. Como los padres no logran que el atragantamiento cese, trasladan a su hijo a un Centro de Salud. Fue atendido, nada más llegar, por un médico y una ATS que pretendieron la expulsión del hueso mediante tres técnicas: primero, provocando la tos al pequeño, segundo, mediante la maniobra de Heimlich y, finalmente, por medio de un laringoscopio utilizando unas “pinzas de Magill”. Todas ellas fueran infructuosas y a consecuencia de que la oclusión parcial de la garganta no remitía el niño entró en parada cardiorrespiratoria. Más facultativos llegaron a socorrer al paciente y tras lograr expulsar la aceituna mediante una intubación endotraqueal el menor quedó estabilizado, no obstante, cuando le trasladaban en UVI al hospital se constató que se hallaba en un estado de muerte cerebral.

Los padres, como parte demandante, plantearon que existieron hasta siete actuaciones<sup>103</sup> negligentes por parte de los facultativos que atendieron a su hijo, sin embargo, todas ellas

---

<sup>101</sup> STS de 18 de julio, RJ\2016\3618, FJ quinto.

<sup>102</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 1895/2011, de 9 de octubre de 2012, RJ\2012\10198 (*Aranzadi*).

<sup>103</sup> STS de 9 de octubre, RJ\2012\10198, FJ primero: “I.- Sobre si el Centro de Salud de La Bañeza (León) debió o no de admitir esa urgencia. II.- Sobre si se tardó más tiempo del necesario en avisar a la UVI 061. III.- Sobre si la falta de colocación de una vía intravenosa al menor para sedar al niño y poder trabajar con tranquilidad era procedente. IV.- Sobre la procedencia de la traqueotomía o cricotireotomía. V.- Sobre la incidencia de la intubación. VI y VII.- Sobre el traslado del menor al centro hospitalario”.



fueron desestimadas sobre la base de distintos informes y dictámenes periciales que demostraron que todas y cada una de las actuaciones alegadas fueron diligentes y, por tanto, conformes a la *lex artis*.

Respecto a la existencia o no de una pérdida de oportunidad en el presente caso, el TS hace referencia a otras sentencias previamente dictadas<sup>104</sup> y, añade que:

La llamada " pérdida de oportunidad " se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, 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 ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo<sup>105</sup>.

Por esto mismo, el TS consideró que ninguna de las actuaciones prestadas por los facultativos desde que el niño entró en el Centro de Salud hasta que fue trasladado en UVI hasta el hospital, si realizada de otra forma, hubiese tenido como consecuencia la supervivencia del niño, pues “no pudo realizarse nada más, ni nada diferente, de lo que se realizó”.

Este caso engloba todas las posibles conductas que según el estudio que hemos realizado podrían conllevar a una pérdida de oportunidad. Sin embargo, como se ha expuesto en el análisis, todas y cada una de las pruebas o tratamientos que –como alega la parte demandante– fueron omitidas, aquellas actuaciones médicas que pudieron haberse ejecutado en un periodo menor de tiempo, o las que se considera que fueron simplemente incorrectas, además de no probadas por la parte que las alegó, devienen irrelevantes, pues, atendiendo al estado de la ciencia y las circunstancias en las que se encontraba el niño, sencillamente, los médicos no pudieron hacer nada más por él.

## **6. RAZONES QUE PERMITEN QUE EL TRIBUNAL SUPREMO ADMITA LA FIGURA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA**

Es necesario que indique que, a pesar de que la totalidad de los autores que han escrito sobre esta cuestión y que he podido consultar, han analizado la utilización de esta figura

---

<sup>104</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 5893/2006, de 19 de octubre de 2011, RJ 2012\1298 (*Aranzadi*); STS (Sala 3ª) RC núm. 2755/2010, de 22 de mayo, RJ 2012\6930 (*Aranzadi*); STS (Sala 3ª) RC núm. 1211/2010, de 11 de junio de 2012, RJ 2012\7330 (*Aranzadi*).

<sup>105</sup> STS de 9 de octubre, RJ\2012\10198, FJ sexto.

por el Tribunal Supremo desde una perspectiva fáctica, esto es, agrupando las sentencias analizadas en bloques según la actuación médica que se ponía en cuestión (omisión, tardanza, error en diagnóstico, etc.) yo, con el objetivo de analizar la figura desde otro ángulo, he encontrado una serie de factores o razones que podrían determinar la admisión o inadmisión de la misma por el TS. De esta forma, las razones que determinan la invocación o, dicho de otra forma, la admisión de la pérdida de oportunidad serán las siguientes:

a) La existencia de una relación de causalidad –requisito imprescindible– entre la actividad médica –acción u omisión– cuestionada y el daño producido al paciente. Cuestión distinta y, de hecho, configuradora de la pérdida de oportunidad, es que sea difícil probar la relación de causalidad. Además, es precisamente en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria (frente al de la responsabilidad profesional de abogados) donde debido a las múltiples causas y causantes de las que podría proceder el daño sufrido, probar el nexo causal y, la consiguiente pérdida de oportunidad, se torna en una difícil tarea.

Esto tiene que ser necesariamente así porque, como se ha podido observar en los casos inadmitidos por el TS, lo que se pone en duda no es si se puede o no probar un nexo causal –cuestión que habitualmente es consustancial a la pérdida de oportunidad– sino que directamente, se cuestiona la existencia de la relación de causalidad. Por tanto, cuando se dé una ausencia de nexo causal no se habrá perdido ninguna oportunidad, sencillamente, porque nunca llegó a existir.

b) Otro de los elementos configuradores es la incertidumbre. Señala el TSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo, refiriéndose a la pérdida de oportunidad:

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<sup>106</sup>;

La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre en torno a si la actuación

---

<sup>106</sup> STSJ de la C. Valenciana 246/2010, de 1 de marzo, JUR 2010\208983 (*Aranzadi*).

médica cuestionada (tardía, incorrecta u omitida) podría haber reducido o evitado el menoscabo final del paciente (muerte, secuelas, o peor calidad de vida), por lo que, a la hora de valor el daño producido, se debe tener en cuenta no solo las posibilidades ciertas y reales que existían de que finalmente dicha actuación lograse obtener un resultado beneficioso, sino también la magnitud o alcance de éste último. Por ende, en estos supuestos siempre va existir incertidumbre en torno a lo que hubiese pasado si se hubiese actuado de forma diferente, pero certeza de que esa actuación ha privado al paciente de obtener una serie de posibilidades de curación o supervivencia.

c) Que el paciente no se encuentre en un estado irreversible de salud, a saber, que tenga unas posibilidades ciertas y reales de curación o supervivencia; y, en el mismo sentido, que no tenga un pronóstico malo (casi imposible) en términos de curación o supervivencia desde que llega al centro médico, o, visto desde la otra perspectiva, que, teniendo un pronóstico favorable, la actividad médica puesta en cuestión le pueda haber arrebatado alguna posibilidad u oportunidad de haber reducido o minorado el menoscabo final. En estas dos situaciones, como se ha demostrado, la actividad médica puesta en duda por haber sido tardía, omitida u errónea, pierde relevancia de cara a la curación o supervivencia del paciente. En consecuencia, la pérdida de oportunidad deviene inoperante, porque tampoco ha existido una.

d) Resulta interesante y muy pertinente señalar la premisa recogida en el FJ Sexto de la STS 9 de octubre de 2012, que se acaba de analizar en el apartado inmediatamente anterior:

No se puede sostener que todo paciente que acude a un centro de salud u hospital tiene que, indefectiblemente, salir vivo. Dependerá de la asistencia prestada y, además del estado de la ciencia (concepto en el que debemos incluir tanto los conocimientos médicos-científicos como la prestación de medios asistenciales entendida sanitaria y proporcionalmente adecuados a las necesidades y disposiciones presupuestarias)<sup>107</sup>.

Partiendo de esta aserción, pero, sobre todo, teniendo en cuenta el análisis previamente realizado, se puede llegar a afirmar que la pérdida de oportunidad es una figura circunstancial en la medida en que su nacimiento y validez quedan supeditados a las características particulares de los hechos que conforman cada supuesto, es decir, la figura

---

<sup>107</sup> STS de 9 de octubre, RJ\2012\10198.

se centra en las contingencias propias que surgen en cada una de las controversias. Por tanto, si se parte de que no se puede esperar que todas y cada una de las personas que llegan a un centro de salud u hospital salgan de ellos vivas o, cuando menos, curadas, pues esto iría en contra de la misma naturaleza humana, pero, no obstante, teniendo en consideración que los ciudadanos deben contar con una serie de garantías de que serán tratados con toda la diligencia y medios posibles<sup>108</sup> puestos a disposición de la sanidad en cada momento<sup>109</sup>, parece legítimo afirmar que, para determinar la existencia de una pérdida de oportunidad, se habrá de estar a la casuística concreta, ya que, si bien es posible establecer unas líneas doctrinales generales sobre el concepto, la aplicación práctica del mismo requiere de un estudio detallado de cada supuesto.

e) Después de estudiar la jurisprudencia del TS me surgió la duda sobre si para que exista una pérdida de oportunidad es siempre necesario que exista una mala praxis. Esa duda se fundaba en que en algunos supuestos de pérdida de oportunidad se afirma la existencia de negligencias médicas, mientras que, en la mayoría, la pérdida de oportunidad nace en casos en los que existe un daño antijurídico que el paciente no debe soportar, pero en los que, sin embargo, no se puede afirmar que aquél haya sido provocado por una conducta contraria a la *lex artis*. Después de dar muchas vueltas a la cuestión, se puede llegar a la conclusión de que, no sería del todo imposible afirmar que existen dos interpretaciones jurisprudenciales posibles de la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario<sup>110</sup>.

En primer lugar, tendríamos una interpretación que relaciona la pérdida de oportunidad con el nexo causal. Es decir, se englobarían aquí aquellos supuestos en los que a pesar de que existen conductas contrarias a la *lex artis* (negligencias médicas), no se puede asegurar con certeza absoluta si los resultados hubiesen sido otros de haberse actuado de forma diligente. Entrando en juego, por tanto, lo mencionado respecto a las consecuencias existentes de que la práctica de la medicina sea una obligación de medios. En estos casos, no se debe indemnizar por la totalidad del menoscabo final, sino por las oportunidades que se pierden de haber obtenido un beneficio cierto y real –curación o supervivencia– si no hubiese tenido lugar la negligencia médica. Un supuesto de este tipo sería aquel en el

---

<sup>108</sup> STS de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872.

<sup>109</sup> La asistencia sanitaria es una obligación de medios.

<sup>110</sup> “Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad”, *Atlas*, (disponible <https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-de-oportunidad/>; última consulta 02/03/2019).

que la omisión de una información imprescindible al paciente sobre la malignidad del tumor que padece le ha privado de obtener un tratamiento paliativo menos drástico<sup>111</sup>.

En segundo lugar, se encuentra la interpretación jurisprudencial que afirmarí­a que la pérdida de oportunidad se configura como “una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”<sup>112</sup>. Siguiendo esta idea, en este trabajo se ha señalado un caso concreto en el que TS reconoció que existía una actuación poco correcta y diligente de los facultativos pero, que, no obstante, no existía una relación de causalidad entre dicha falta de diligencia y el daño que sufrió el paciente<sup>113</sup>. Por tanto, en estos casos parece que existirá pérdida de oportunidad, aunque no se haya podido acreditar el nexo causal entre la actuación cuestionada y el daño provocado, porque, sin embargo, se ha producido un daño antijurídico al paciente que éste no tiene el deber de soportar. Serían supuestos típicos aquellos en los que hay una avería de la maquinaria encargada de realizar pruebas diagnósticas y los facultativos no trasladan al paciente a otros centros en los que aquéllas se puedan realizar.

En estos casos, no será necesario que las víctimas de negligencias acrediten la existencia de una vulneración de la *lex artis*, bastando, para que sean indemnizadas, con el mero hecho de no tener la obligación legal de soportar el daño que les ha sido provocado. Por el contrario, la primera interpretación resulta menos beneficiosa para dichas víctimas en cuanto que supondrá una reducción de la cuantía indemnizatoria que correspondería si se hubiese probado con certeza el nexo causal, esto es, la negligencia.

En definitiva, esto podría servir a los abogados de ambas partes a la hora de plantear la estrategia legal a seguir. Es decir, la parte demandada (facultativos) debería intentar invocarla en aquellos supuestos en los que se pretenda reducir el importe de la indemnización por la provocación de una negligencia médica. Mientras que la parte demandante (paciente) debería invocar cualquiera de las dos interpretaciones según se hayan desarrollado los hechos, e intentar rechazarla, cuando pueda acreditar con certeza absoluta la existencia de la negligencia médica.

---

<sup>111</sup> STS de 3 de abril, RJ 2002\5433.

<sup>112</sup> STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530.

<sup>113</sup> STS de 6 de febrero, RJ 2007\922.

f) En definitiva, y, aunque por cuestiones de espacio me es imposible abarcar todos los supuestos fácticos, se ha habla de pérdida de oportunidad, de vida o curación<sup>114</sup>, cuando la actuación médica ha conllevado: la omisión de la realización de una prueba diagnóstica o de un tratamiento necesario, la tardanza excesiva en la realización de una actividad médica (diagnóstico, tratamiento, intervención, traslado al hospital, etc.), el suministro o la omisión de un fármaco determinado, la omisión de una información previa al paciente que le hubiese permitido consentir un tratamiento de forma libre e informada, y, por último, simplemente, la omisión de una información vital para el desarrollo de la salud del paciente.

No obstante, es importante destacar que, cualquiera de estos supuestos fácticos o incluso otros que podrían darse, como por ejemplo un error en el diagnóstico, no bastan por sí mismos para que nazca automáticamente una pérdida de oportunidad. Es por ello, por lo que he categorizado en términos amplios los factores de admisión añadiendo a los mismos un adjetivo (“prueba/tratamiento ineludible o imprescindible”, “tardanza excesiva” u “omisión de información relevante”) que, en la práctica será la circunstancia que permita cuestionarse si existe o no una pérdida de oportunidad. Es decir, además de que exista la relación de causalidad anteriormente explicada, será necesario atender a la entidad de la omisión o tardanza como criterio para que se pierda una oportunidad y en qué porcentaje. Por ejemplo, y aunque parezca obvio, no será lo mismo que se tarde una hora en realizar una prueba diagnóstica a una persona que se sospecha tiene un infarto que a una persona que se ha roto un dedo. En suma, este ejemplo también me sirve para resaltar que las omisiones, tardanzas, errores, y cualesquiera otras actuaciones susceptibles de provocar una pérdida de oportunidad deberán ser valoradas desde la óptica de la medicina de cara a determinar no solo si son o no conformes a la *lex artis ad hoc*<sup>115</sup> sino también si tienen un nexo causal con el daño provocado, pues será esto, en definitiva, lo que permita que un órgano jurisdiccional admita su invocación.

---

<sup>114</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 43/2010, de 23 de enero de 2012, RJ 2012\342 (Aranzadi): “La pérdida de oportunidad, que constituye un daño antijurídico, se conecta con la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para la salud y, en definitiva, para la vida”.

<sup>115</sup> La STS (Sala 1ª) de 11 de marzo de 1991, RJ 1991\2209 (Aranzadi): “se entiende por «*lex artis ad hoc*» como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”.

g) Por último, cabe recordar que en estos casos se condena no por el menoscabo final que, como se ha observado en muchos supuestos, podría ser la muerte del paciente, sino por la pérdida de unas posibilidades de curación o supervivencia. Por tanto, a la actuación médica que se pone en cuestión y que es causante de la pérdida de oportunidad no se le achaca la totalidad del daño final, porque ya existía cierto menoscabo en la salud de la víctima, sino que dicha actuación ha provocado su incremento, su no evitación, o, simplemente, la incapacidad de obtener o lograr una mejora cierta y real en la salud del paciente.

## **7. INDEMNIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

Una vez se han aplicado las líneas generales doctrinales de la figura de la pérdida de oportunidad a la casuística concreta y se han comprendido tanto los elementos configuradores del concepto como los factores o razones que permiten que un juzgado o tribunal –el Tribunal Supremo, en nuestro caso– admita o inadmita la figura, resulta necesario dar un paso más y exponer el tema que en la práctica resulta de mayor relevancia o importancia para las partes, la determinación de la cuantía de la indemnización.

La primera cuestión que surge es si, efectivamente, se debe indemnizar una pérdida de oportunidad y, aunque hay controversia doctrinal al respecto<sup>116</sup>, la mayoría aboga por dar una respuesta indemnizatoria en los casos en los que aquélla exista pues “la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable”<sup>117</sup>. Respecto a los propósitos que cumple dicha indemnización, más allá del obvio carácter resarcitorio, la doctrina considera que cumple también otros distintos, como son “la dificultad de la prueba, la injusticia a que conduce la aplicación estricta de las reglas sobre carga probatoria o la función preventiva del derecho de daños”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, n. 288, 2005, p. 5: “así, entre otras consideraciones, se ha argumentado que contradice radicalmente los principios que rigen el ordenamiento jurídico español y, en particular, la obligación de reparación íntegra del daño del art. 1902 CC, que lleva a rechazar cualquier principio de responsabilidad parcial. También, que es un hecho completamente arbitrario pretender aislar como un daño intermedio la pérdida de oportunidad, dado que lo que en realidad se pretende es regular la reparación del perjuicio final. A la postre, se afirma que esta doctrina abre la puerta a la indemnización sistemática en la responsabilidad civil médico-sanitaria”.

<sup>117</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., *A propósito de la responsabilidad civil médica...*, op. cit., p. 42.

<sup>118</sup> LUNA YERGA, A., *Oportunidades perdidas...*, op. cit., p. 6.

En segundo lugar, se debe advertir que cuando existe una pérdida de oportunidad, la obligación de indemnizar no surge respecto de la totalidad<sup>119</sup> de los daños causados, pues concurren dos circunstancias: por un lado, se deben excluir “los riesgos típicos o asociados a las enfermedades padecidas por el paciente”<sup>120</sup>, por otro, como ya se ha señalado anteriormente, no se puede garantizar la curación del paciente en todos y cada uno de los casos, esto supondrá, por tanto, que no sea posible averiguar ni cuál hubiera sido el verdadero resultado final ni si hubiera podido evitarse éste.

Señala la STSJ de la C. Valenciana de 1 de marzo, que:

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<sup>121</sup>.

A este respecto, señala LUNA YERGA lo siguiente:

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)<sup>122</sup> 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<sup>123</sup>.

En definitiva, lo que se debe indemnizar es la oportunidad que se pierde y no el menoscabo final, circunstancia que en la práctica se torna dificultosa, pues para su determinación se habrá de tener en cuenta que no solo existe incertidumbre en cuanto a cuál hubiese sido el resultado final de actuarse de forma distinta, sino que también existe incertidumbre en cuanto a la relación de causalidad. De esta forma, los Tribunales a la hora de determinar la indemnización deberán realizar “un cálculo a posteriori de

---

<sup>119</sup> A este respecto se pronuncia la STS (Sala 3ª) RC núm. 579/2011, de 19 de junio de 2012, RJ 2012\8064 (*Aranzadi*): “Basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que procede (*sic*) la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad”.

<sup>120</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 45-46, 2015, p. 58.

<sup>121</sup> STS de 18 de octubre de 2005, RJ 2005\8530.

<sup>122</sup> Sigue la misma línea de opinión GALLARDO CASTILLO que considera que el daño que se indemniza se debe considerar como un “daño intermedio”: “esto es, la pérdida de oportunidad de curación o de mejoría según la experiencia, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado de convertirse en cierta y el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad de producirse”. GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 58.

<sup>123</sup> LUNA YERGA, A., *Oportunidades perdidas...*, op. cit., p. 4.



probabilidades”<sup>124</sup>, es decir, se deberá valorar, de un lado, las posibilidades que tiene el paciente de curarse o mejorar de cara a averiguar si efectivamente existe o no una oportunidad y, –de existir–, cuál es la entidad o magnitud de la lesión. Y, de otro, averiguar y determinar el grado de probabilidades que existen de que una actuación médica diligente hubiese podido evitar el resultado dañoso provocado al paciente. Para ello, considera GALLARDO CASTILLO<sup>125</sup> que se debe tomar en consideración que “la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica idónea para obtener la situación de ventaja que se ha perdido” y que, “cuanto mayor sea el coeficiente de probabilidad de haber evitado el daño, más probable será la causalidad y, por tanto, mayor la oportunidad perdida” (y viceversa).

En relación a la cuantificación del daño habrá que tenerse en cuenta que lo que se trata de indemnizar son los resultados de un suceso del que no se tiene la certeza de que se fuera a verificar finalmente<sup>126</sup>, lo que en la práctica entraña serias dificultades. De esta forma, una vez que se ha determinado que la persona perjudicada se encontraba en “una situación fáctica y jurídica idónea” cuando se produjo el hecho dañoso que conllevó la frustración definitiva de obtener una curación o mejora en su salud y así como cuáles eran las concretas posibilidades de obtener esa “ventaja”, se podrá averiguar si la pérdida de oportunidad debe ser indemnizada. Así, concluido que “era probable que la situación de ventaja se hubiera concretado, finalmente la pérdida de oportunidad merecerá ser indemnizada”<sup>127</sup>. En este sentido también se pronuncia la STS de 24 de noviembre de 2009:

En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente<sup>128</sup>.

Además, otro de los elementos que configuran este tipo de supuestos y que trae lógica de todo lo aquí expuesto es que, las oportunidades perdidas se indemnizarán siempre en cuantía inferior a la que procedería para el caso de que el daño se hubiese producido en

---

<sup>124</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 58.

<sup>125</sup> *Ibíd.*

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 64.

<sup>127</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 63.

<sup>128</sup> STSJ de Galicia 53/2013, de 16 de enero, JUR 2013\47368 (*Aranzadi*).

su totalidad y se hubiese probado el nexo causal con certeza total<sup>129</sup>. Así, lo señala la STSJ de Galicia de 16 de enero de 2013:

Para la determinación de la cuantía de la indemnización, la sentencia [apelada] se atiende, prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja substancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad en unos términos perfectamente aceptables<sup>130</sup>.

Por tanto, el cálculo de la indemnización se realizará “atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación que hubiera tenido el paciente si hubiera sido tratado correctamente”<sup>131</sup> teniendo en cuenta siempre la imposibilidad de garantizar una mejoría o curación del paciente aun empleados todos los medios e instrumentos que la ciencia pone, en cada momento, a disposición de la práctica de la medicina.

Considera, también, GALLARDO CASTILLO, que la pérdida de oportunidad no debe considerarse ni como un daño moral ni como lucro cesante.

La frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Lo es porque la oportunidad, en sí misma considerada, ya constituye un activo que se integró en el patrimonio del sujeto y por ello su privación por parte de un tercero genera la obligación de indemnizarle puesto que dicha oportunidad era susceptible de generarle una situación de ventaja en el futuro que ha quedado definitivamente frustrada<sup>132</sup>.

La misma autora entiende que la pérdida de oportunidad no se asimila al daño moral porque la primera juega en el terreno de la hipótesis, no obstante, esta cuestión no es pacífica, ya que son muchos los autores que opinan que la pérdida de oportunidad se asemeja al daño moral<sup>133</sup>. El planteamiento que sigo es el de GALLARDO CASTILLO pues considero que es el más acertado. Esta misma línea de opinión siguen NAVARRO

---

<sup>129</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 64.

<sup>130</sup> STSJ de Galicia de 16 de enero, JUR 2013\47368.

<sup>131</sup> MARTÍNEZ, P., “Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria”, *Pedro Martínez Abogado*, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidad-sanitaria/>; última consulta 27/04/2019).

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>133</sup> Algunos ejemplos serían: VICANDI MARTÍNEZ que considera que “la pérdida de oportunidad abarca un elenco dañoso que va desde la vulneración patrimonial, al daño moral y espiritual”. VICANDI MARTÍNEZ, A., *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 23; ALBANÉS MEMBRILLO, por su parte, opina ya desde 1998, que el daño moral es uno de los potenciales daños de la pérdida de oportunidad. ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado: quantum indemnizatorio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp. 1-2.; o, ARCOS VIEIRA y XIOL RÍOS, que comparten una línea de opinión similar al considerar que el daño moral puede ser entendido como un perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad, pero, no obstante, no es posible equiparlos. ARCOS VIERIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thompson – Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55. XIOL RÍOS, J. A., *El daño moral y la pérdida de oportunidad...* op. cit., p. 14.

MENDIZÁBAL Y VEIGA COPO cuando afirman respecto de supuestos de pérdida de oportunidad por responsabilidad civil del abogado que “la pérdida de oportunidad como daño patrimonial es diferente al daño moral que puede ser la pérdida del derecho de tutela judicial efectiva como pérdida independiente de lo anterior”<sup>134</sup>.

Los motivos por los que se podría diferenciar ambos conceptos son los siguientes: mientras que “todo daño moral efectivo” debe ser compensado, “la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado [...] hasta la negación de toda indemnización”<sup>135</sup>. Por tanto, para que nazca una responsabilidad médica por oportunidades perdidas será necesario que el damnificado se halle en una “situación fáctica o jurídica idónea”<sup>136</sup> para recibir la indemnización, pues de lo contrario, no se podrá considerar que exista un perjuicio que dé lugar a una pérdida de oportunidad o privación de expectativas, ya que, en tal caso, simplemente, aquélla no existe.

No obstante, señala la autora que suele ser una práctica frecuente que la jurisprudencia subsuma<sup>137</sup> la pérdida de oportunidad dentro del daño moral con el propósito de evitar “que daños patrimoniales que pueden presumirse existentes queden sin resarcimiento por falta de una prueba acabada”<sup>138</sup>. En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2009, sostiene lo expuesto en la STS Valencia y, añade: “en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”<sup>139</sup>.

En segundo lugar, respecto del lucro cesante hay que señalar que lo que éste busca indemnizar, es el daño que se provoca al patrimonio perjudicado que ha quedado privado de obtener unos lucros a los cuales tenía derecho su titular al tiempo que sucede el hecho dañoso. Asimismo, en el lucro cesante existe una convicción o una mayor intensidad en cuanto a las posibilidades que habrían de haber obtenido una determinada ganancia, de

---

<sup>134</sup> NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2014, p. 137.

<sup>135</sup> STS (Sala 1ª) 801/2006, de 27 de julio, FJ séptimo, RJ 2006\6548 (*Aranzadi*).

<sup>136</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 59.

<sup>137</sup> Hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño moral: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) RC núm. 4981/2011, de 27 de noviembre de 2012, RJ 2013\435 (*Aranzadi*)

<sup>138</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 60.

<sup>139</sup> STS (Sala 3ª) RC núm. 1593/2008, de 24 de noviembre de 2012, RJ 2009\8082 (*Aranzadi*).

forma tal que, se puede asegurar que, de no haberse producido el evento dañoso, la ganancia se habría conseguido. Por el contrario, la propia figura de la pérdida de oportunidad hace que los supuestos en los que se dé partan de una situación en la que las posibilidades de obtener una ganancia –curación o mejora en el ámbito médico-sanitario– se vean disminuidas *per se*. Adicionalmente, la “convicción o certeza” que existe en sede de lucro cesante de que una ganancia se produzca, en los supuestos de pérdida de oportunidad no es posible que concurra. Es por ello por lo que a la hora de cuantificar la indemnización se deberá valorar la pérdida de oportunidad en sí misma<sup>140</sup> y no la ganancia o pérdida que supone aquella<sup>141</sup>. En suma, en supuestos de pérdida de oportunidad, el daño producido recae sobre una oportunidad cierta, actual y real, mientras que en el lucro cesante el daño recae sobre un lucro o ganancia futura.

Otra cuestión que diferencia la pérdida de oportunidad del lucro cesante se da en el ámbito de la prueba. El perjudicado deberá probar la existencia y cuantía a la que ascienden las ganancias que se han dejado de percibir si se pretende una indemnización por lucro cesante; pero, como ya se ha visto a lo largo del trabajo, a la víctima de una pérdida de oportunidad no se le puede exigir probar con total certeza que de no producirse el hecho dañoso se hubiesen alcanzado unas determinadas expectativas.

Por tanto, concluye GALLARDO CASTILLO<sup>142</sup> que la oportunidad perdida deberá calificarse como un daño emergente<sup>143</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

### I

La pérdida de oportunidad tuvo una recepción y aceptación lenta y escéptica tanto por parte de los juzgados y tribunales españoles como de la doctrina –muchas de la cual aún sigue cuestionando la procedencia de su utilización–, no resultando ilógico, por tanto, que

---

<sup>140</sup> STS (Sala 1ª) 967/2008, de 23 de octubre, FJ cuarto, RJ 2008\5792 (Aranzadi): “La frustración de una expectativa actual, o de una oportunidad real, es un daño cierto en sí mismo. Hay certidumbre del perjuicio que supone la misma oportunidad perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor certidumbre de probabilidad de éxito de la expectativa. El resultado de ésta es verdaderamente futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, este daño eventual adolecerá o no de naturaleza pecuniaria pero la pérdida de oportunidad en cuanto tal, como hecho, puede ser fuente tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales”.

<sup>141</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 63.

<sup>142</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., *Causalidad probabilística...*, op. cit., p. 63.

<sup>143</sup> Siguen la misma línea de opinión NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de Daños...*, op. cit., pp. 134-138.

aquello se haya traducido, desde el principio, en una aplicación o utilización casi temerosa de la figura. Esa vacilación derivó en que, en los inicios, los órganos jurisdiccionales se refiriesen a la pérdida de oportunidad de forma prácticamente indirecta. No obstante, con el paso del tiempo se ha podido observar en las sentencias una mayor seguridad respecto a la determinación de los elementos básicos que conforman la figura, así como un aumento del número de resoluciones que se refieren de forma directa a la “pérdida de oportunidad” ya sea para admitir o inadmitir su existencia.

La teoría de la pérdida de oportunidad surge, en cierto modo, con el propósito de encontrar una solución equilibrada frente a la aplicación universal de la regla del todo o nada que venía utilizándose hasta el momento, y que implicaba la necesidad de probar con certeza absoluta la existencia del nexo causal. A pesar de que, a día de hoy, se da preferencia a la teoría de la pérdida de oportunidad, aún existen supuestos en los que se recurre a la utilización del modelo causal tradicional.

## II

La pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario supone que a pesar de que no puede establecerse con certeza que una determinada actuación médica –acción u omisión– ha provocado un daño al paciente, lo que sí se puede saber es que, de haberse actuado de forma distinta, habría existido la posibilidad cierta y real de dicho paciente alcanzase u obtuviese un beneficio –que se materializa en este ámbito en una posibilidad de curación o mejoría del estado de salud–. Por tanto, existe certeza en cuanto a que un paciente ha perdido una oportunidad de sobrevivir o curarse por causa ajena, pero incertidumbre en cuanto al éxito de aquella oportunidad.

## III

El Tribunal Supremo ha establecido que para que nazca una pérdida de oportunidad será necesario e imprescindible que concurren los siguientes elementos: a) una relación de causalidad entre la conducta médica cuestionada y el daño que ha provocado al paciente y que éste no tiene el deber de soportar; b) incertidumbre en cuanto a si las consecuencias hubiesen variado de haberse seguido unos parámetros de actuación diferentes; c) la existencia de dos posibles interpretaciones jurisprudenciales de la pérdida de oportunidad: como alternativa a la quiebra de la *lex artis* o como instrumento que procura una indemnización cuando a pesar de existir una negligencia no se puede probar con absoluta

certeza que una actuación diligente hubiese cambiado el menoscabo final; d) la actuación médica puesta en cuestión suele girar en torno a una omisión, tardanza excesiva o error a la hora de desplegar la asistencia sanitaria al paciente; e) a consecuencia de dicha actuación, el paciente pierde unas posibilidades de supervivencia o curación, esto es, la conducta provoca la no evitación del menoscabo final, su incremento o, la simple pérdida de una mejora posible; f) todo ello, teniendo en cuenta dos circunstancias: por un lado, que no existe un derecho a que los médicos curen y salven a todos los pacientes que atienden, y que la práctica de la medicina y asistencia sanitaria se tiene que acomodar al estado de la ciencia, es decir, tanto a los conocimientos médico-científicos como a los medios puestos a disposición del personal médico en cada momento<sup>144</sup>. Ello implica que la propia naturaleza circunstancial de la pérdida de oportunidad conlleve que, a la hora de valorar en cada caso concreto su existencia y entidad, sea necesario atender a la *lex artis ad hoc* como criterio determinante de la corrección de la actuación médica ejecutada y su adecuación a la “técnica normal” esperada. Por otro lado, lo anterior no obsta para que todos y cada uno de los pacientes tengan garantizado que la asistencia médica que recibirán será diligente y adecuada a los medios que el estado de la ciencia pone a disposición de los facultativos.

#### IV

El daño provocado por la pérdida de oportunidad puede ser considerado como un “daño intermedio” en cuanto que no surge respecto a la totalidad de los daños causados –o, menoscabo final– sino respecto de la actividad médica desplegada y juzgada desde la óptica de la experiencia común. Por tanto, a la hora de valorar el daño se debe tener en cuenta tanto la imposibilidad de garantizar la curación o supervivencia anteriormente mencionada, como las consecuencias y riesgos implícitos e intrínsecos a la enfermedad que ya padece el paciente. En suma, lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad en sí misma y no el menoscabo final.

La pérdida de oportunidad se indemnizará en cuantía inferior a la que hubiese correspondido de haberse probado con absoluta certeza el nexo causal y atendiendo al

---

<sup>144</sup> Ambas circunstancias deben ser entendidas sobre la base de que la prestación de asistencia sanitaria es una obligación de medios.

porcentaje de posibilidades de curación o supervivencia que el paciente tendría de haberse actuado de forma correcta.

Asimismo, aunque existe controversia doctrinal sobre la naturaleza del daño provocado y, a pesar de que en muchas ocasiones el Tribunal supremo lo considere como un daño moral, lo más acertado sería calificar la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica como un daño emergente.

## V

En definitiva, si se tiene en cuenta el progreso que ya se está empezando a producir respecto del desarrollo de esta figura, sería posible llegar a pensar que, con el tiempo, el Tribunal Supremo establecerá con claridad los criterios y elementos que determinan la existencia y cuantificación de la indemnización del daño provocado por una pérdida de oportunidad, favoreciendo una actitud segura de los órganos jurisdiccionales ante la admisión o inadmisión de la figura, así como, en última instancia, configurando a la pérdida de oportunidad como la doctrina que desbancó la teoría tradicional del todo o nada. Además, un objetivo a medio o largo plazo también sería dar a la doctrina el sustento normativo del que carece en la actualidad.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

### Obras Doctrinales:

- “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.8, 2013, p. 229.
- “Negligencias médicas: La pérdida de oportunidad”, *Atlas*, (disponible <https://www.atlasabogados.com/blog/negligencias-medicas-la-perdida-de-oportunidad/> ; última consulta 02/03/2019).
- ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado: *quantum indemnizatorio*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 331, 1998, pp. 1-2.
- ARCOS VIERIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Thompson – Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55.
- ASENSI PALLARÉS, E. Y CID-LUNA CLARES, I., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.8, 2013, pp. 229-239.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p.15.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2011, pp. 23-42.
- DE MIGUEL PAJUELO, F., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicios sanitarios” *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25/2009 1ª parte Justicia Deportiva, 2009.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Recensiones y noticias de libros”, *Revista de Administración Pública*, n. 176, 2008, pp. 385-413.
- FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *El Jurista*, 2016, (disponible en <http://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/>; última consulta 13/02/2019).
- GALLARDO CASTILLO, M. J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 35-66.



- LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, n. 288, 2005, pp. 1-18.
- MARTÍNEZ, P., “Indemnización por pérdida de oportunidad sanitaria”, *Pedro Martínez Abogado*, (disponible en <https://abogadopedromartinez.es/noticias/indemnizacion-perdida-oportunidad-sanitaria/>; última consulta 27/03/2019).
- MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina)*, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2009, pp. 31-74.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 235.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 120-138.
- ROCA TRÍAS, E. Y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños: textos y materiales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 224.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Dialnet*, vol. 25, n. 2, 2015, pp. 9-66.
- XIOL RÍOS, J. A., “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9-38.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 533-542.

### **Jurisprudencia:**

#### ***Audiencia Nacional***

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 4ª), N° recurso: 104/2001, de 13 de noviembre de 2002, JUR 2003\2581, (*Aranzadi*).

#### ***Audiencia Provincial***

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 20ª), 248/2004, de 29 de abril, JUR 2004\228347 (*Aranzadi*).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 5ª), 718/2005, de 28 de diciembre, JUR 2006\27090 (*Aranzadi*).

### ***Tribunal Superior de Justicia***

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 53/2013, de 16 de enero, JUR 2013\47368 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la C. Valenciana 246/2010, de 1 de marzo, JUR 2010\208983 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 844/2012, de 4 de diciembre de 2012, JUR 2013\46248 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 96/2006, de 31 de enero, JUR 2006\120373 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 686/2014, de 31 de julio, JUR 2014\28279 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco 1205/2001, de 14 de diciembre, JUR 2002\84276 (*Aranzadi*).

### ***Tribunal Supremo, Sala de lo Civil***

- Sentencia del Tribunal Supremo 1002/2005 de 21 diciembre, RJ 2005\10149 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1230/2004, de 15 de diciembre, RJ 2004\8212 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 423/2007, de 17 de abril, RJ 2007\2322 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 483/2015, de 8 de septiembre, RJ 2015\3712 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 511/1997, de 29 mayo, RJ 2003\3916 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 801/2006, de 27 de julio, RJ 2006\6548 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 830/1997, de 2 octubre, RJ 1997\7405 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 948/2007, de 12 de septiembre, RJ 2007\4984 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 967/2008, de 23 de octubre, RJ 2008\5792 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991, RJ 1991\2209 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero, RJ 2007\922 (*Aranzadi*).
- STS RC núm. 1946/1994, de 10 de octubre de 1998, RJ 1998\8371 (*Aranzadi*).

### ***Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo***

- Sentencia del Tribunal Supremo 1678/2016, de 8 de julio, RJ\2016\4323 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1832/2016, de 18 de julio, RJ\2016\3618 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 1211/2010, de 11 de junio de 2012, RJ 2012\7330 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 1304/2001, de 7 de septiembre de 2005, RJ 2005\8846 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 1593/2008, de 24 de noviembre de 2012, RJ 2009\8082 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 1895/2011, de 9 de octubre de 2012, RJ\2012\10198 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 2755/2010, de 22 de mayo, RJ 2012\6930 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 2892/2011, de 3 de diciembre de 2012, RJ 2013\560 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 3827/2002, de 3 de abril, RJ, 2002\5433 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 43/2010, de 23 de enero de 2012, RJ 2012\342 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 4776/2004, de 7 de julio de 2008, RJ 2008\6872 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 4981/2011, de 27 de noviembre de 2012, RJ 2013\435 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5139/2001, de 18 de octubre de 2005, RJ segundo, RJ 2005\8530 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5271/2003, de 21 de febrero de 2008, RJ 2008\1247 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5334/2011, de 17 de julio de 2012, RJ 2012\8488 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5538/2003, de 26 de marzo de 2007, RJ 2007\2892 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 579/2011, de 19 de junio de 2012, RJ 2012\8064 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5893/2006, de 19 de octubre de 2011, RJ 2012\1298 (*Aranzadi*).

- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 5927/2007, de 25 de junio de 2010, RJ 2010\5886 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 7007/2002, de 28 de febrero de 2008, RJ 2007\2485 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 7418/2007, de 12 de noviembre, RJ 2007\8393 (*Aranzadi*).
- Sentencia del Tribunal Supremo RC núm. 9349/2003, de 3 de junio de 2008, RJ 2008\6324 (*Aranzadi*).

### ***Tribunales extranjeros***

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto “Castillo Páez c. República del Perú”, 27 de noviembre de 1998.
- Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 17 de julio de 1889 (Francia).
- Sentencia de la *Court of Appeal*, caso *Chaplin v. Hichs*, de 1911 (Inglaterra).
- Sentencia de la *United Court of Appeals*, caso *Hicks vs United States*, de 1966 (Estados Unidos).

### **Instrumentos comunitarios:**

- 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.
- Directiva 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.
- Artículo 7.4.3. Principios Unidroit.