

Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza¹

María Jesús Gallardo Castillo

Catedrática de Derecho Administrativo (Universidad de Jaén)

Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

“La Medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de la probabilidad” (William Osler)

SUMARIO: I. PROEMIO. II. LA OTRA CARA DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. III. LO QUE SE HACE MAL EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. 1. En relación a la concurrencia de los requisitos. 2. En relación a la quiebra de *lex artis* y su trascendencia lesiva. 3. En relación a la cuantificación. IV. TRES POSIBLES FORMAS DE ENTENDER LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LAS QUE SOLO UNA ES LA CORRECTA. 1. La pérdida de oportunidad como alternativa a la quiebra de la *lex artis*. 2. La oportunidad como valor en sí mismo y su pérdida, como daño autónomo “semejante” al daño moral. 3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística. V. CUÁNDO PROCEDE APLICAR LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. VI. LA NECESIDAD DE MODULAR LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. VII. INCORRECCIONES, PARADOJAS Y APORÍAS EN LA FORMA DE CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN. VIII. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ¿A QUIÉN DEBE INDEMNIZARSE LA OPORTUNIDAD PERDIDA? 1. Legitimación *iure proprio* de los perjudicados (no necesariamente herederos) por el daño moral que les produce el fallecimiento de un ser querido. Las llamadas “víctimas de rebote”. 2. ¿Tienen legitimación los herederos para reclamar por los daños morales y por el *petrium doloris* cuando la víctima originaria no ha presentado reclamación antes de fallecer? 3. Sucesión procesal de los

¹ Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación "Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil" (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

herederos en la reclamación que presentó la víctima originaria antes de fallecer. VIII. EPÍTOME.

RESUMEN: Una de las cuestiones más complejas de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario es la llamada “pérdida de oportunidad” dada la incertidumbre que con frecuencia se genera en torno a cuál hubiera sido el curso de los acontecimientos de haberse llevado a cabo una atención más tempestiva y más ajustada a la *lex artis* por parte del centro sanitario. Este trabajo pretende arrojar luz en relación a tales cuestiones y para hacerlo de forma didáctica expone, de una parte, lo que se hace mal al aplicar esta doctrina y ofrece las pautas para superar los errores y desaciertos en que se incurre, aportando las claves para aplicarla correctamente en cuanto a requisitos, cuantificación y determinación de las personas legitimadas para obtener la correspondiente indemnización.

PALABRAS CLAVE: Pérdida de oportunidad, incertidumbre causal, indemnización, cuantificación, legitimación.

ABSTRACT: “Loss of chance” is one of the most complex issues in medical liability of the Spanish public administration, as it is uncertain to determine to what extent a patient's chances of survival or recovery would have changed with a different course of action from the health administration.

This article reviews and analyzes the mistakes applying the doctrine and provides a statement of the correct application, concerning requirements, quantification and claimant legitimacy.

KEYWORDS: Loss of chance, causal uncertainty, compensation, quantification, legitimacy.

I. PROEMIO

Decía Gregorio Marañón que “la medicina es como profesión, excelsa, pero como ciencia, humildísima, y hay que aceptar esta insuficiencia y esta humildad en gracia a esta excelsitud (...). Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es disparate fundamental y es principio inaceptable²”.

Mucho ha avanzado la ciencia y la técnica desde que se pronunciaron estas palabras, pero es innegable que, aun con todos los avances que en estos años se han ido produciendo, la incertidumbre sigue siendo consustancial a la práctica de la me-

² MARAÑÓN, G. *Vocación y ética y otros ensayos*. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946, p. 105.

dicina³ no sólo por la imperfección del conocimiento científico y por las naturales limitaciones humanas ante la enfermedad y la muerte⁴ sino porque, como toda ciencia valorativa, la medicina resulta inexacta por definición⁵, pues ante los mismos síntomas, varios médicos pueden ofrecer distintos diagnósticos; ante un diagnóstico idéntico, tratamientos distintos; y ante un mismo tratamiento, distintas respuestas del organismo del paciente⁶. Todas estas circunstancias suponen una dificultad añadida a la compleja determinación de la posible responsabilidad patrimonial que deriva de las decisiones y actos sanitarios, tanto más cuando, como en los supuestos de pérdida de oportunidad, nos encontramos con un daño cierto, (aunque sea pasivo, es decir,

³ Ahora bien, el hecho de que la incertidumbre sea consustancial a la práctica de la medicina (lo que impide la existencia de un “derecho a la curación”) no justifica que se le prive al paciente de las expectativas que resultan posibles. Dicha “falta de servicio” constituiría un daño que el ciudadano no tiene obligación jurídica de soportar por dos razones: por la obligación de los poderes públicos de garantizar la asistencia sanitaria y porque para ello debe aplicar todos los medios de los que dispone la Administración (recordemos que la prestación sanitaria se trata de una obligación de medios). Es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, “*motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados*” LUNA YERGA, A, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *InDret, Revista para análisis del Derecho*, núm. 288, 2005.

⁴ Así se afirma, entre otros, en el dictamen 600/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

⁵ La STS de 3 de octubre de 1997 (núm. 1188/1997; Recurso de Casación núm. 2326/1996) con cita de la Sentencia de 29 febrero 1996 lo llegó a afirmar con singular acierto: “La exigencia de responsabilidad del médico presenta graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que profocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la media expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación en estos profesionales”.

⁶ ARANGO RESTREPO, P. “La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI”, en *Médicas Uis*, 2012;25(1):63-9. *Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad industrial de Santander*. Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. Colombia, p. 66: “El arte médico consiste precisamente en descubrir al dueño de la enfermedad, más que a la enfermedad misma. Todos hemos oído y repetido muchas veces la frase del Dr. Maraño: “no hay enfermedades sino enfermos”. William Osler expresaba la misma idea con otros términos: “no hay que saber qué enfermedades tiene este paciente, sino que paciente tiene esta enfermedad”. “El problema de cada paciente es, pues, como el producto de dos cantidades, una de valor conocido, que es la enfermedad misma, la tifoidea, la diabetes, la que sea, y otra de valor eminentemente variable, que es la constitución del organismo agredido por la enfermedad” (*Venticinco años de labor. Recogida por sus discípulos*, Espasa Calpe, Madrid, 1935, p. 25). También afirmaba con todo acierto Gregorio Maraño: “La Medicina por mucho que quiera, su ciencia seguirá siendo una ciencia embrionaria, llena de lagunas e inexactitudes, y estas solo se pueden disimular con amor. Su prestigio exclusivamente científico estará, pues, por modo inevitable, expuesto a quiebras graves y continuas (...)”. MARAÑO, G. *Vocación y Ética y otros ensayos*. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946. Tomo la cita de ESPINOSA BRITO, A. “Guías de práctica clínica. Algunos aspectos relacionados con su elaboración e implementación”, en *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos* 7(5), Medisur 2009, p. 37.

provocado no por acción directa del facultativo –daño iatrogénico- sino por error o retraso en el diagnóstico) pero que no puede atribuirse con absoluta certeza a un agente, lo que obliga a hacer una valoración en términos de probabilidad.

En este contexto podemos afirmar que la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la *probabilidad* de acacimiento de un hecho favorable, lo que en sí mismo es susceptible de comportar para quien la sufre un daño reparable si esta probabilidad rebasa un determinado umbral. Lo que la doctrina de la pérdida de oportunidad hace entonces es conceder relevancia indemnizatoria a dicha pérdida, reconociendo responsabilidad a quien, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio⁷.

Como es bien sabido, la teoría de la pérdida de oportunidad tiene un origen jurisprudencial relativamente reciente, razón por la que la doctrina no es pacífica en cuanto a su admisión ni unánime en cuanto a sus presupuestos y quizá también por esta razón esté plagada de numerosos errores y problemas de aplicación práctica. En cualquier caso, lo característico de ella es que no toma como base la causación de un daño final, sino la pérdida de una probabilidad o posibilidad cierta y real de obtener un beneficio. Como afirma Vicandi Martínez⁸, la primera parte de la explicación no entraña mayores complicaciones (existe un daño resultante pero no es el objeto de resarcimiento porque no lo ha provocado el agente dañoso). La cuestión se dificulta con el perjuicio objeto de indemnización, puesto que la actuación del médico ha ocasionado la no evitación de aquel resultado, ha incrementado el riesgo de que se produzca o no ha logrado la mejoría del padecimiento que requirió su asistencia. Y rodeado de ese elemento que todo (especialmente la relación causal) lo envuelve y empaña: la incertidumbre.

El escenario base para la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria sería el de un paciente que acude a un hospital requiriendo la práctica de una prueba o un tratamiento concreto a fin de mejorar o sanar la enfermedad que padece. Sin embargo, los facultativos no terminan de acertar en el diagnóstico y, por tanto, en el tratamiento, lo que provoca su empeoramiento o fallecimiento. En esta situación se produce la confluencia de dos elementos esenciales: de una parte, la incertidumbre, puesto que cabe la posibilidad de que aun practicándose tempestivamente la prueba diagnóstica adecuada, el padecimiento no hubiese sido detectado, o que incluso conociéndose la patología, esta podría no ser tratada por la limitación de la ciencia o de la técnica; o, haberlo detectado y no obtener el resultado

⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, E. (Dir.). LA LEY, Madrid, 2014, p. 209

⁸ VICANDI MARTÍNEZ, A. “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria. ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, en *Derecho y salud*, vol. 25, núm. 2, 2015. p. 10.

pretendido por la fragilidad de la naturaleza humana. Y de otra, la certeza de que el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas a cero⁹.

Insisto en esta precisión, pues constituye la razón no sólo de todas las discrepancias jurisprudenciales y doctrinales sino de la complejidad y dificultad de entendimiento de esta doctrina tanto en su explicación teórica como en su aplicación práctica. Así pues, son dos las características con capacidad definitoria a tener permanentemente en cuenta: de una parte, la incertidumbre y, de otra, la inexistencia de relación causal entre la acción u omisión y el daño producido.

Respecto de la primera, podría afirmarse que la incertidumbre afecta prácticamente a todo: a la incidencia que la patología previa ha podido tener en el resultado, al éxito o fracaso de los medios puestos (o no puestos) a disposición del paciente, a las consecuencias reales de la no aplicación de los mismos y a las posibilidades de evitar el daño final. La única certeza, el único aspecto que no genera dudas, es que al paciente se le ha privado de la posibilidad de obtener una ventaja, cual es la curación, la mejora o el margen de supervivencia, pero incluso en eso se desconoce realmente en qué medida.

Huelga señalar que la primera derivación de esta situación de incertidumbre generalizada se traduce en la necesaria aminoración de la indemnización. En efecto, la invocación y aplicación de la pérdida de oportunidad determina inexorablemente que, al menos por tres razones, el *quatum* indemnizatorio no pueda –no deba– abarcar la totalidad del perjuicio final sufrido. La primera, porque el facultativo no es el responsable ni en su origen ni en su resultado: la razón de base que llevó al paciente al centro sanitario (un padecimiento, una causa endógena, una condición o predisposición genérica) no ha sido ocasionada por el médico, y porque el resultado final (empeoramiento o fallecimiento) tampoco le es imputable en su totalidad. La segunda, porque aun suprimiendo de la ecuación la infracción de la *lex artis* por parte del facultativo y, por tanto, en una situación de normo-praxis (una más rápida y eficaz intervención del facultativo o haberse desplegado los medios necesarios) tampoco podría alcanzarse la certeza de que el daño final se hubiera podido evitar. Y, la tercera, porque toda esta doctrina se basa en suposiciones o hipótesis cuya traducción y materialización se proyecta en porcentajes de imposible fijación exacta y matemática¹⁰.

⁹ Ibidem p. 20.

¹⁰ Como advertía el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 773/2018, no es coherente que los reclamantes fundamenten la pretensión indemnizatoria en pérdida de oportunidad y reclamen por el fallecimiento (el resultado final) ni tampoco es ajustado a Derecho otorgarla en su integridad. También dio cuenta de ello el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 369/2023. La reclamación se fundamentaba en pérdida de oportunidad, pero en ella se solicitaba indemnización por fallecimiento (resultado final). El dictamen razona en su Fundamento V: “Yerran, sin embargo, los reclamantes en este planteamiento en tanto que, en lógica coherencia tanto con su propio alegato que descansa sobre la doctrina de la pérdida

A la incertidumbre se une la necesaria inexistencia de relación causal¹¹. En la doctrina de la pérdida de oportunidad los postulados de la causalidad física no permiten hallar una conexión directa entre la posible actuación dañosa y el resultado final. Por ello jurídicamente es una contradicción en sus propios términos razonar con los clásicos cánones de causalidad para aplicarla a la *hipótesis* de que una actuación más acorde con la *lex artis* podría haber evitado o aminorado el desenlace final.

Ante esta situación de falta de causalidad, la doctrina se posiciona a favor de una de las dos posibles soluciones: la tradicional, que en la medida en que propugna que sin una conexión directa no cabe responsabilidad alguna, se manifiesta contraria a indemnizar las hipótesis, entre las que se encuentran las oportunidades perdidas; y la que viene manejando la jurisprudencia más evolucionada, que se orienta a considerar que la frustración de la probabilidad puede y debe ser objeto de indemnización por las razones que se van a exponer.

Y es que, ante el problema de la ausencia de certeza por falta de prueba de conexión clara entre la acción u omisión y el daño final, son tres los posibles criterios aplicables:

1.- El criterio de “todo o nada” (“*all or nothing approach*”). Este criterio resulta coincidente con la teoría general de la causalidad (en combinación con la dogmática general en materia de prueba) y obliga a que un solo sujeto pague con el peso total de la incertidumbre: si, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba y, en consecuencia, para proceder a ordenarle reparar la totalidad del daño padecido le basta un nexo causal dudoso, dicha incertidumbre recaerá entonces sobre el agente dañoso. Por el contrario, lo hará sobre la víctima si el órgano judicial mantiene el estándar ordinario de exigencia de la prueba sobre la relación causal y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso porque no se ha alcanzado el grado suficiente de certidumbre causal¹².

de oportunidad (...) y, como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, 19 de octubre de 2011, 22 de mayo, 11 de junio y 3 de diciembre de 2012, procede atemperar el montante de la indemnización con la dificultad añadida de valorar las concretas circunstancias que concurren en el caso, incluidos los factores de riesgo y los padecimientos endógenos de la propia paciente, pues es lo cierto que el daño producido, si bien no es completamente ajeno a la actuación sanitaria tampoco está totalmente determinado por ella dado el proceso patológico que aquella sufría, se desconocen las probabilidades de curación con que ésta contaba y no puede colegirse una clara y evidente infracción de la *lex artis ad hoc*, circunstancias todas ellas que necesariamente tienen una directa y proporcional relación con la intensidad del daño moral que debe resarcirse”.

¹¹ Coincido con VICANDI MARTINEZ, A. Op. cit, p. 17, en que esta doctrina no incide en la práctica probatoria, sino en la causalidad. Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%.

¹² MEDINA ALCOZ, L. “La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal”: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba? *Revista TEORDER*, núm. 6, 2009, pp. 203 y 204

2.- La teoría del incremento del riesgo. Esta teoría flexibiliza el criterio del todo o nada, pues le basta con acreditar que el funcionamiento anormal del servicio sanitario incrementó el riesgo inicial con que ya contaba el paciente de sufrir el daño final.

3.- La doctrina de la pérdida de oportunidad: “ni todo ni nada”. Respecto del nexo causal y frente a su planteamiento dual del “todo o nada” este criterio viene a introducir una mayor flexibilización, pues propugna aplicar un criterio de proporcionalidad y de equilibrio al distribuir el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la probabilidad de que fuera autor del menoscabo; y la víctima obtiene sólo una indemnización parcial acomodada a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho lesivo. De este modo se brinda una solución compensada y más justa, pues evita que la víctima se vea privada de resarcimiento por el perjuicio sufrido y el agente (posiblemente) dañoso por razones de dificultad probatoria quede exonerado o que, por el contrario, se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado¹³, que podría haberse producido igualmente y que, en todo caso, no ha ocasionado en su integridad.

II. LA OTRA CARA DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Pero si tan acorde es la doctrina de la pérdida de oportunidad con el ideal de justicia, ¿por qué buena parte de la doctrina se muestra tan abiertamente opuesta a admitirla? En efecto, frente a quienes la defienden a ultranza –entre los que me encuentro-, otro sector la han calificado con inusitada dureza. La primera consideración sobre la que advierten es que se trata de una doctrina de muy cómoda aplicación, porque permite aprovechar las dispensaciones de prueba de las que goza el daño moral y acudir al prudente arbitrio para fijar la indemnización. De igual forma se viene censurando su elevado margen de inseguridad y su aplicación, que se ha llegado a calificar de arbitraria: en primer lugar, porque, como afirma Fonseca Ferrandis¹⁴, probar la incertidumbre “es metafísicamente imposible”, lo que supone ya no sólo la ausencia de reglas para su configuración teórica y su aplicación práctica sino porque no permite alcanzar la certeza del criterio que genere una mínima seguridad jurídica a las víctimas, tanto a la hora de determinar el *quatum* indemnizatorio,

¹³ MEDINA ALCOZ, L. Op. cit.

¹⁴ FONSECA FERRANDIS, F. Mesa Redonda en *Foro Sanidad y Derecho*, sobre “La Pérdida de Oportunidad Terapéutica. La Valoración del Daño” (9 de Abril de 2015). Hospital U. La Paz de Madrid. Tomo la cita de HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral dirigida por la Dra. Ana María de Marcos Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2017, p. 245.

que en demasiadas ocasiones no se fija con porcentajes probabilísticos basados en criterios científicos, como al permitir reconocer indemnización en supuestos que no han alcanzado el mínimo grado de probabilidad o de certeza suficiente en la causación del daño.

A ello debe añadirse que la aplicación poco rigurosa de esta figura favorece su uso abusivo, lo que la convierte en un recurso dúctil y manejable, en una suerte de “concepto-válvula o “remedio comodín”¹⁵, una de esas “cláusulas ortopédicas” para situaciones de insuficiencia probatoria ante un hecho incierto¹⁶ y que terminan por traducirse en indemnizaciones salomónicas del 50% o por identificar el daño corporal con el “*haz vaporoso*” de lo que la doctrina considera el daño moral (STS de 25 de junio de 1998¹⁷) con el objetivo de escudarse en el subjetivismo propio de su valoración. No sin cierta ironía se la ha identificado como una “herramienta multifunción”, pues es capaz de solventar todo tipo de problemas en la configuración de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, que igual se utiliza para paliar los problemas que ocasiona a este respecto la incertidumbre que se proyecta sobre el daño ocasionado, sobre la antijuricidad o sobre el nexo causal¹⁸.

En definitiva, los detractores de esta teoría la consideran una “anomalía” del Derecho, ya que si la ausencia de causalidad es, como hemos avanzado y después se analizará, consustancial a la pérdida de oportunidad, por su virtud se hace responsable, no al causante material del daño, sino a quien probablemente pudo haberlo sido, lo que necesariamente entra en contradicción con el postulado básico del derecho de daños, cuya primera exigencia es justamente que alguien haya causado un daño; no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo¹⁹. Por ello algún autor ha llegado a afirmar que esta doctrina constituye una “afrenta a la causalidad”²⁰ o que es un artificio para sortearla²¹. Hay quien habla de la pérdida de oportunidad como una

¹⁵ GARCÍA GARNICA, M^a C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida?”, en la obra colectiva *Responsabilidad médico-sanitaria*, dirigida por Herrador Guardia, M. (Dir.) Las Rozas (Madrid), Ed. Sepín, 2022, p. 491.

¹⁶ XIOL RIOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, pp. 9 a 38.

¹⁷ Núm. 609/1998, Recurso de Casación núm. 873/1995.

¹⁸ HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria* (...). Op. cit., pp. 243 y 286.

¹⁹ ASENSI PALLARÉS, E. “La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013 p. 233.

²⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6 a 26, concretamente p. 15.

²¹ GIL MEMBRADO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?”, en la obra colectiva *Cuestiones clásica y*

“mentira técnica”²² porque en ella no hay nada seguro, ni siquiera la propia oportunidad, que es sólo probable, pues una vez eliminada se desconoce si una conducta más acorde con la *lex artis* habría evitado el perjuicio final de la víctima.

Hay que reconocer, pues, que nos movemos, en una zona peligrosa, entre lo seguro y lo hipotético, entre lo cierto y lo posible, en que lo único cierto es algo tan incierto como la probabilidad²³. No olvidemos que al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una “representación ideal”²⁴ de los acontecimientos, con frecuencia muy lejanos a la realidad de la práctica clínica diaria: envueltos en una especie de “pensamiento mágico” suponemos que el facultativo con su acción u omisión ha distorsionado el curso ordinario de las cosas, que al hacerlo ha incurrido en mala praxis y a pesar de no poder aseverar —e incluso reconocer— que en las mejores de las condiciones la víctima hubiera podido terminar sufriendo el daño, se le condena como si lo hubiera causado o hubiera podido evitarlo.

Pero, con todo, pese a los inconvenientes que no dudo plantea esta doctrina, coincido con Medina Alcoz en que es la solución menos mala pues, si prescindimos de ella, quedarían sin resarcir muchos daños cuya efectividad está fuera de duda, fomentando una sensación social generalizada de injusticia y se dejaría de cumplir la función reparadora de la responsabilidad patrimonial.

Sí es necesario poner el foco en su principal problema porque sólo siendo conscientes de él estaremos en mejor disposición para evitarlo: su desmesurada potencialidad aplicativa²⁵, tanto por *arriba* como por *abajo*. Ocurre lo primero cuando, concurriendo prueba suficiente del nexo causal o de un alto porcentaje de probabilidad de sanación o mejora, la Administración se ampara en esta doctrina para dejar de indemnizar parte de la reparación a la que la víctima tenía derecho o para indemnizarle con una cantidad manifiestamente ridícula: en cualquier caso, cuando deja de reconocerle el resarcimiento íntegro del daño antijurídico ocasionado. Ocurre lo segundo cuando se aplica la doctrina a situaciones en que es ínfimo el porcentaje de

actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón. Ataz López, J., Cobacho Gómez, J.A., Roca Guillamón, J., Díaz-Bautista Cremades, A. (Coord.) Vol. 2, 2001, pp. 1057 a 1110.

²² Contrario a este criterio se manifiesta MEDINA ALCOZ, quien entiende que el nexo causal no se da por probado, sino que se actúa “como si estuviese probado” con fundamento en indicios razonables y oportunidades reales y fundadas. GASCÓN ABELLÁN, M. y MEDINA ALCOZ, L. “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”. *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 191 a 226, concretamente p. 196.

²³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad”... op. cit., p. 228.

²⁴ GARCÉS-GARRO RANZ, M., “La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización”, en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014, pp. 7 y 8.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN y MEDINA ALCOZ, “Pueden declararse responsabilidades por daños...?”, op. cit., p. 197.

posibilidades de supervivencia o mejora, imponiendo así a la Administración sanitaria un injusto deber resarcitorio, no sólo porque el facultativo no fue el causante del daño sino porque es muy poco probable que lo fuera, con lo que en estos casos se están indemnizando daños inexistentes pues por tales han de reputarse a efectos indemnizatorios aquellos que en modo alguno han sido ocasionados por la Administración²⁶.

En este sentido advierte Mir Puigpelag²⁷ que la aplicación abusiva de la figura de la pérdida de oportunidad tiene el riesgo de ser empleada para eludir una prueba rigurosa del nexo causal: en unos casos puede beneficiar indebidamente a las víctimas cuando por su virtud se les otorgue alguna indemnización en supuestos en los que, de haberse aplicado la prueba, se habría acreditado que una correcta actuación de la Administración no hubiese conseguido evitar el daño, pero, en otros, puede perjudicarlas cuando comporte la reducción de la cuantía indemnizatoria a pesar de que esa misma actividad probatoria habría demostrado la existencia de relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo.

Reconozco que el problema es más fácil de detectar en la teoría que de solucionar en la práctica y que estamos en presencia de una cuestión de extraordinaria complejidad, pero ello no debe suponer causa que justifique dejar de extremar el celo, sino acicate para hacerlo si queremos evitar este exceso o aplicación desproporcionada generadora de unos resultados tan perniciosos como los que trata de soslayar.

Pero si ha de evitarse el exceso, obviamente también el defecto en el que se incurriría cuando la Administración deja de aplicarla pese a que concurren los requisitos para hacerlo, atribuyendo como única imputación causal del daño a otras condiciones tales como complicaciones por causa de predisposición endógena o complicaciones imprevisibles o cualquier otra circunstancia análoga.

Para evitar uno y otro efecto, lo primero que debe hacerse es tener presente la funcionalidad que la justifica, que no es otra que servir de fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre y no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos, ni un instrumento con que vincular a quien casi

²⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, *Diario la Ley*, núm. 9869, Sección doctrina, 2021, en este sentido advierte que es precisamente en el ámbito de la *vis* expansiva de la responsabilidad patrimonial donde se corre un riesgo mayor de convertir a la Administración Pública en una aseguradora universal de todo resultado adverso acaecido en el ámbito sanitario, con el consiguiente precio a pagar en sostenibilidad del sistema, inseguridad jurídica y costes económicos y humanos aparejados a la medicina defensiva.

²⁷ MIR PUIGPELAG, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Cívitas, Madrid, 2000, p. 335.

con toda seguridad no causó el perjuicio²⁸ ni para paliar cualquier problema que se suscite en el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial.

Por ello, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene carácter subsidiario, por lo que no sólo no debe usarse sin la estricta, rigurosa y acreditada concurrencia de sus requisitos sino que debe reservarse sólo y exclusivamente para un tipo de casos en los que se comprueba la existencia de una actividad que potencialmente ha podido frustrar las expectativas de la víctima²⁹. Y pongo el énfasis en este dato porque ha de tenerse permanentemente presente que *no todo lo posible es probable* y que *lo probable tiene grados*³⁰. Por tanto, aplicar la doctrina con carácter subsidiario supone hacerlo, primero, cuando no es posible hallar otra solución jurídica al caso y, segundo, cuando se cuente con la existencia real y verificable de una posibilidad seria y solvente de evitar el daño si el facultativo hubiera aplicado el tratamiento correcto o la intervención adecuada, para lo que debe exigirse prueba de que se ha cometido infracción de la *lex artis ad hoc* y la realización del juicio de probabilidad causal, con concurrencia de un umbral de posibilidades significativo pero insuficiente como para ser tenida por causa cualificada de que la conducta del tercero pudiera haber evitado el resultado final.

III. LO QUE SE HACE MAL EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Como acaba de reconocerse, una práctica incorrecta y abusiva de esta doctrina encuentra en ella la solución perfecta para resolver gran parte de los problemas que se plantean, ya sea por dificultades de prueba o bien por la determinación de la causalidad, a la hora de valorar la responsabilidad patrimonial, lo que ha favorecido la aparición de voces críticas que se han alzado contra sus incorrecciones y desviaciones³¹, las que para su mejor entendimiento, podemos clasificarlas en tres:

1. En relación a la concurrencia de los requisitos

Ciertamente en la doctrina de la pérdida de oportunidad, comparándolos con los requisitos generales del instituto resarcitorio, son singulares los que la hacen aplicable, especialmente en cuanto al daño y la causalidad (el daño no es el resultado final y la causalidad no existe respecto del mismo). Pero esta singularidad no exime

²⁸ MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV. La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 47, dic. 2009, p. 127.

²⁹ VICANDI MARTÍNEZ, A. Op. cit., p. 18.

³⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad”... op. cit., p. 210.

³¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, op. cit.

de su concurrencia. Por ello el primer y más grave error es indemnizar no habiéndose acreditado los presupuestos de la responsabilidad patrimonial adaptados a la pérdida de oportunidad, singularmente, el daño y su efectividad³².

La primera exigencia en la doctrina de la pérdida de oportunidad es que “la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni (...) una ventaja simplemente hipotética” (STS de 25 de mayo de 2016³³). Especialmente con amparo en esta doctrina deben dejar de indemnizarse situaciones de daños dudosos, inciertos o eventuales, así como daños no alegados cuya producción no puede presumirse. Respecto de los primeros porque así lo impone el art. 32.2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) al exigir un daño efectivo. Respecto a los segundos, porque no debe olvidarse que por imperativo de los principios de congruencia y dispositivo, la Administración solo puede –y debe– pronunciarse en relación con los daños alegados por la parte reclamante. De lo contrario acabaría indemnizando por daños que no son ciertos pues conceptualmente por tales han de tenerse aquellos que no han sido invocados –ni probados– por la parte reclamante³⁴.

Error especialmente reiterativo es intentar fundamentar el resarcimiento con invocación de la pérdida de oportunidad y justificarlo en la concurrencia clara de relación causal, cuando justamente este es un caso paradigmático de curso causal no verificable o causalidad hipotética. Lo diré más taxativamente: cuando de pérdida

³² El dictamen 304/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía pone su énfasis en este requisito. El dictamen rechaza la pretensión indemnizatoria con cargo a la pérdida de oportunidad porque no concurre en este caso el singular daño y su efectividad propios de tal doctrina: “En los casos de pérdida de oportunidad ha de producirse el resultado final (v. gr. el empeoramiento de un padecimiento, el fallecimiento o cualquier otra consecuencia lesiva de agravamiento de la situación inicial de la que partía el paciente) aunque éste no constituye (he aquí una de las singularidades de esta doctrina) el objeto de resarcimiento (puesto que si lo fuera no lo sería en concepto de pérdida de oportunidad sino por daño final, lo que ya hemos analizado que no procede en este caso), pues el daño y su efectividad viene constituido por la *frustración* de la oportunidad *irreversiblemente* perdida (que en unos casos será la supervivencia y en otros, la mejoría o la curación), lo que no concurre en este caso, puesto que el servicio sanitario abordó con eficacia y éxito la afección coronaria (...). En consecuencia, no se ha producido un lesivo resultado final ni tampoco incertidumbre causal o causalidad probabilística –esto es, el “porcentaje” de mejoría que se ha frustrado– en torno a una secuencia distinta de hechos si se hubiera actuado con otro parámetro de actuación. Simplemente el resultado final no ha tenido lugar. Y al no producirse dicho resultado final tampoco existe frustración alguna en la oportunidad de evitarlo y mucho menos, una irreversible pérdida de la misma que haya que indemnizar. La intervención quirúrgica, la implantación de stents y la prescripción del adecuado tratamiento por parte de los servicios sanitarios, lejos de merecer la consideración de daño ni de frustración de oportunidades que merezca reproche patrimonial ni de cualquier otro tipo, constituye manifestación de un funcionamiento no sólo normal sino óptimo de la Administración sanitaria”.

³³ Núm. 1177/2016, Recurso de Casación 2396/2014.

³⁴ En este sentido, los dictámenes 205/2018, 238/2019 y 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

de oportunidad se trata, se revela como requisito imprescindible la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final –no así entre dicho déficit y la frustración de la posibilidad cierta de obtener la situación ventajosa-. Es decir, se requiere incertidumbre causal y, en virtud de ella, ha de urdirse un cálculo prospectivo de probabilidades en donde se infiera la oportunidad lesionada (que era con la que contaba el paciente al momento de producirse aquel déficit asistencial) así como que una buena praxis hubiera evitado el resultado final, de tal forma que tomando como punto de referencia ese probable resultado final se proceda al cálculo del *quantum respondedatur* a partir de los citados datos probabilísticos. Como vemos, nada que ver con una causalidad directa entre la acción u omisión del agente y el resultado lesivo.

En muchas ocasiones la cuestión se resuelve enfrentando las dos opciones posibles: la relación causal con el consiguiente resultado final *versus* la incertidumbre respecto del curso causal y la consiguiente pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la primera cuando consigue acreditarse que el anormal funcionamiento del servicio público fue la causa próxima y eficiente del daño ocasionado y que en caso de que el servicio público sanitario hubiera cumplido con los parámetros de actuación indicados no se hubiera producido el resultado final, en cuyo caso procederá indemnizar por tal resultado final y no simplemente por la pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la segunda cuando se ha producido la frustración de las posibilidades de mejora de la salud, en cuyo caso resulta requisito imprescindible justamente la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final³⁵. Por esta razón no debe utilizarse la doctrina de la pérdida de oportunidad, basada en la incertidumbre, en lo incierto, en lo hipotético, en lo que no fue pero que no se sabe a ciencia cierta si pudo haber sido o si pudo haberse evitado (en palabras del dictamen 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía) y hacerlo en supuestos en que existe un diagnóstico de certeza y donde se manejan daños ciertos, concretos y efectivos.

2. En relación a la quiebra de *lex artis* y su trascendencia lesiva

Presupuesto previo y básico es la prueba de la mala praxis en la actuación del facultativo y su decisiva relevancia en la frustración de las probabilidades de mejora o curación del paciente³⁶, pues concurre 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

³⁵ Así lo subrayó el dictamen 238/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

³⁶ Acierta en este sentido la STS de 26 de septiembre de 2014 (Recurso de Casación 3637/2012, ECLI:ES:TS:2014:4023), que casa la sentencia recurrida puesto que reconocía indemnización por pérdida de oportunidad pese a que no se podían apreciar al caso la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles para fundamentar la estimación de la pretensión indemnizatoria al no poder tenerse por probada la infracción de la *lex artis ad hoc* al haberse realizado todas las pruebas diagnósticas requeridas y no poderse constatar un diagnóstico erróneo ni la omisión de comprobaciones o exámenes exigibles.

mayor celeridad en la actuación, de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación” (STS de 18 de julio de 2016³⁷) o cuando se “ha omitido una conducta terapéutica” (STS de 25 de mayo de 2016³⁸).

Así pues, no son jurídicamente correctas las condenas de resarcimientos cuando (como hace la STS de 27 de enero de 2016³⁹ o la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2007⁴⁰) se ha producido tal frustración sin haber mediado infracción de la *lex artis ad hoc*, o como hace la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2015⁴¹, que reconoce expresamente que el retraso producido “no puede ser considerado como una mala praxis” pero concede una indemnización de 28.000 euros ante la mera incertidumbre sobre si una mayor premura habría logrado una más rápida recuperación. Tampoco lo es cuando esta concurre pero no es determinante del daño finalmente producido, como lo hacen las SSTS de 20 de marzo⁴² y de 24 abril de 2018⁴³, que concedieron una indemnización simbólica a pesar de reconocer que, siendo la actuación contraria a la *lex artis*, no tuvo trascendencia lesiva. Ambas afirmaciones –lo afirmo sin reparos– me parecen incorrectas.

Por resultar esclarecedor en tal sentido puede citarse, a título de referencia, el dictamen 304/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía. En el asunto sometido a consulta el paciente postulaba reparación indemnizatoria porque se había producido mala praxis por parte del hospital, que no le había comunicado al médico de atención primaria ni a al paciente el resultado elevado de glucosa en sangre para que aquel le prescribiera el tratamiento adecuado. A los seis meses el paciente sufrió un infarto de miocardio, que fue abordado con éxito. La *mala praxis* (que el dictamen no

³⁷ Recurso de Casación 4139/2014, ECLI:ES:TS:2016:3819.

³⁸ Núm. 1177/2016 de 25 mayo, Recurso de Casación 2396/2014.

³⁹ En ella se afirma que no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables.

⁴⁰ Núm. 1176/2007; Recurso 1221/2004. La reclamante, que padecía miopía magna, se vio privada del tratamiento adecuado en el momento en que debió recibirlo, lo que provocó que la enfermedad progresara hasta el punto en que el tratamiento ya no tenía utilidad. Consecuencia de lo cual perdió prácticamente la visión útil del ojo, lo que, según queda acreditado en autos, se podía haber evitado en un alto porcentaje si se hubiera actuado correctamente. La sentencia reconoce que no es apreciable *mala praxis* pero sí una tardanza injustificada en aplicar el tratamiento correctamente prescrito, lo que no constituye “la causa de la pérdida de visión en el ojo izquierdo que padece -evolución natural de la enfermedad-, sino la pérdida de oportunidad de haber retrasado en el tiempo la escasa AV del ojo izquierdo que, en todo caso, acabaría padeciendo la demandante”. La sentencia, de acuerdo con lo razonado más arriba, califica el daño sufrido por consecuencia de esa pérdida de oportunidad como daño moral, al tratarse de una pérdida de expectativa, puesto que el resultado se hubiera producido igualmente, “si bien podría (tampoco era seguro) haberse retrasado en el tiempo”.

⁴¹ Núm. 205/2015.

⁴² Núm. 462/2018, Recurso de Casación núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

⁴³ Núm. 665/2018, Recurso de Casación núm. 447/2016, ECLI:ES:TS:2018:1546

niega) consistió en no informarle que sufría diabetes y en no comunicarlo al Servicio de Atención Primaria. Pero para determinar si procede estimar la reclamación el dictamen examina qué incidencia real ha tenido el desconocimiento de este dato en la producción del infarto (que, insistimos, fue abordado con éxito) y afirma: “Sólo con una prueba que acredite que se hubiera podido evitar en el lapso temporal que media desde la analítica hasta el infarto (nueve meses aproximadamente, desde agosto de 2016 a mayo de 2017) cabría indemnizar por esa oportunidad perdida –cuyos requisitos después se examinarán, ya que no cualquier porcentaje de oportunidad cabe ser indemnizado-. En síntesis, demostrada la anormalidad del servicio se requiere probar *su trascendencia lesiva* pues, como es sabido, no toda anormalidad da lugar a reparación indemnizatoria”. En consecuencia, el dictamen es desfavorable a la indemnización reclamada porque “la falta de comunicación del nivel de glucosa en sangre *no ha resultado trascendente* –al menos, no se ha demostrado que lo haya sido, constando como constan, además, en el expediente que concurrían otros factores de riesgo nada despreciables en relación con las enfermedades cardiovasculares –*ni ha provocado un daño relevante* –porque el escaso lapso de tiempo transcurrido desde la analítica a la fecha en que se produjo el infarto no hubiera permitido suprimir el riesgo de sufrirlo (al menos, no se ha demostrado que lo hubiera evitado), y porque este fue abordado con éxito por los servicios sanitarios en el momento en que se produjo”.

En consecuencia, no se niega que “ha[ya] concurrido anormalidad en el funcionamiento del servicio público al no haberse producido el intercambio de información del nivel de glucemia del paciente entre el Servicio de Urología y Atención Primaria y al propio paciente. Lo que se niega es que esta anormalidad del servicio sea resarcible, pues para que pueda anudársele un deber resarcitorio se requiere igualmente que dicha anormalidad haya generado un daño de trascendencia patrimonial –esto es, que tenga cierta entidad, pues no otra cosa es el requisito de evaluación económica- aunque sea en concepto de daño moral. De no ser así no es dable conceder indemnización alguna como daño moral autónomo pues para que resulte procedente no basta, insistimos, la mera anormalidad en el funcionamiento del servicio sino que se requiere que se haya producido *un detrimento patrimonial con trascendencia lesiva apreciable y relevante* por su gravedad y su correspondiente impacto causal. De lo contrario, se estaría acudiendo al instituto resarcitorio no con las finalidades reparadoras ni compensatorias que lo justifican, sino con pretensiones punitivas o sancionadoras que, aun procediendo –como pudieran proceder en este caso- le son completamente ajenas y cuya valoración tampoco corresponde efectuar a este Consejo Consultivo. Por tanto, una eventual irregularidad cometida por la Administración al no suministrar con la diligencia debida la información sanitaria del enfermo al Servicio correspondiente no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles

repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial”.

Esto nos lleva a descartar como válidas aquellas condenas resarcitorias por pérdida de oportunidad por no haber utilizado un tratamiento distinto o una técnica diferente, cuando la empleada era igualmente adecuada y aconsejada por los protocolos científicos⁴⁴.

Por último, tampoco se antoja acertado condenar con amparo en esta doctrina los casos de omisión de información y en las acciones *wrongful birth* o *wrongful life* (nacimiento injusto o vida injusta)⁴⁵, los cuales deben ser indemnizados (si se materializa el riesgo no informado) como daño moral autónomo por *lesión a la autonomía del paciente* o como *daño físico*, pero no por pérdida de oportunidad, cuya expresión en estos casos sólo impropiamente puede admitirse⁴⁶, esto es, como equivalente a la pérdida de *la oportunidad* (es decir, *privación*) *del derecho a decidir*.

Como acertadamente afirma García Garnica, la doctrina de la pérdida de oportunidad debe proyectarse sobre hechos, no sobre voluntades⁴⁷. Por ello, no debe concederse relevancia jurídica a la posibilidad, hipotética y valorada *ex post facto* (cuando se ha producido el resultado negativo) de que la víctima hubiera adoptado otra decisión de haber conocido *ex ante* los riesgos del acto sanitario al que se

⁴⁴ STS de 6 de febrero de 2018, núm. 169/2018, Recurso de Casación núm. 2302/2016, ECLI:ES:TS:2018:352.

⁴⁵ Así lo defienden MARTIN CASAL, M. y SOLÉ FELIU, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1114-1115. En igual sentido, por LUNA YERGA, A., “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret, Revista para análisis del Derecho*, 2005, núm. 288, p. 14.

⁴⁶ Así parece hacerlo la STS de 16 de enero de 2012 (Recurso de Casación núm. 2243/2008, ECLI:ES:TS:2012:279), que, corrigiendo el criterio de la sentencia dictada en primera instancia que otorgaba la indemnización por el daño final producido, redujo la indemnización en un 50%, al considerar que el daño “es el que resulta de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón de la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación”. También así la SAP de León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 1504) en relación a la privación de la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down a abortar, que la sentencia sitúa en la pérdida de una oportunidad.

⁴⁷ En igual sentido PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad por inadecuada o insuficiente información al paciente de los riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”, en *Ponencias XII Congreso sobre responsabilidad civil y derecho de circulación. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. López García de la Serrana y Estrella Ruiz (Dir.) Madrid, Ed. Sepín, 2012, p. 217.

sometió⁴⁸. Lo relevante para la doctrina de la pérdida de oportunidad es el hecho consistente en una *mala praxis* actuada *por un tercero* que ha generado esa situación hipotética. Esto es, la probabilidad siempre ha de ser externa y ajena a la víctima porque, si bien se mira, las alternativas que a esta se presentan y que dependen de su decisión no deben ubicarse en el ámbito de lo aleatorio o del azar⁴⁹ precisamente porque la materialización del evento es algo que se encuentra bajo su control, ya que la facultad de decidir someterse o no a una intervención quirúrgica u otra medida terapéutica está sometida a la sola voluntad y decisión del paciente que luego viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la reclamación como perjudicado. Por tanto, en puridad, no es un evento aleatorio.

En abstracto, lo que se produce en estos casos de forma incontrovertible es que, como consecuencia de una *mala praxis* por un incumplimiento del deber de informar de los riesgos o haberlo hecho de forma insuficiente, se ha vulnerado el derecho de tomar una decisión informada, pero no una pérdida de oportunidad de obtener un beneficio concreto conforme a los parámetros examinados. En consecuencia, el concepto indemnizable en los casos de omisión de información y en las acciones *wrongful birth o wrongful life* es la lesión a la autodeterminación, a la autonomía decisoria del paciente, que es el concepto que se erige en objeto de resarcimiento⁵⁰, sin valorar la posibilidad, en términos de causalidad probabilística (consustancial a la pérdida de oportunidad), de que el paciente decidiera o no someterse a la intervención.

3. En relación a la cuantificación

Ya se razonó más arriba que resulta consustancial a la doctrina de la pérdida de oportunidad la minoración de la indemnización y que es una contradicción en sus propios términos fijar un *quatum* indemnizatorio que abarque la totalidad, esto es, en el 100% del resultado final (como hace la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Cáceres de 29 de abril de 2019⁵¹). Ahora bien, ello no significa que resulten adecuadas aquellas que se minoran pero que lo hacen sin seguir el criterio correcto. Es lo que sucede cuando, como denuncia González Carrasco⁵², se determina una indemnización salomónica fijada al 50% de lo solicitado o de lo

⁴⁸ GARCÍA GARNICA, M^a C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades”... op. cit., p. 488

⁴⁹ RIBOT IGUALADA, J. “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2007, p. 40.

⁵⁰ En contra, GIL MEMBRANO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿un artificio para sortear la causalidad?... op., cit.

⁵¹ Núm. 64/2019. ECLI:ES:JCA:2019:2616

⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “El escándalo...”, op. cit.

establecido en el baremo (STS de 20 de marzo de 2018⁵³ y STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2018⁵⁴), o descontando simplemente del montante total las patologías previas del paciente⁵⁵ o cuando se fija a tanto alzado y de forma global (STS de 9 de junio de 2009⁵⁶), sin el previo cálculo probabilístico, sin tomar en consideración la incertidumbre sobre las probabilidades de curación y sin acompañarlas de la debida motivación, lo que puede generar indefensión (STS 13 de julio de 2017⁵⁷ y la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de abril⁵⁸).

IV. TRES POSIBLES FORMAS DE ENTENDER LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LAS QUE SOLO UNA ES LA CORRECTA

1. La pérdida de oportunidad como alternativa a la quiebra de la *lex artis*

Son numerosos los pronunciamientos judiciales que aseveran que “la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye 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”, entendiendo como antijurídico el daño que no tiene obligación de soportar aquel que lo padece (STS de 3 de diciembre de 2012⁵⁹ para la unificación de doctrina, de 20 de marzo⁶⁰ y 6 de febrero de 2018⁶¹, entre otras). Entiendo que afirmar que la pérdida de oportunidad es una figura alterativa a la quiebra de la *lex artis* y hacerla aplicable incluso cuando “tal quiebra no se ha producido” equivale

⁵³ Núm. 462/2018, Recurso núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

⁵⁴ Núm. 760/2018, ECLI:ES:TJMJ:2018:13236.

⁵⁵ Es lo que hace la STSJ de Castilla la Mancha de 9 de diciembre de 2015 (núm. 366/2015, ECLI:ES:TJCLM:2015:3773), que parece realizar un cálculo probabilístico cuando maneja porcentajes del 80% pero termina descontando un 20% por las patologías que presentaba el paciente.

⁵⁶ Recurso de casación n° 1822 / 2005, que afirma: “A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, “la Jurisprudencia (SSTS de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, *las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria*”.

⁵⁷ Recurso de Casación núm. 955/2015, ECLI:ES:TS:2017:2839.

⁵⁸ Núm. 443/2021.

⁵⁹ Recurso de Casación 815/2012.

⁶⁰ Núm. 462/2018, Recurso de Casación núm. 2820/2016.

⁶¹ Recurso de Casación núm. 2302/2016, ECLI:ES:TS:2018:352.

sencillamente a eliminar el requisito de la mala praxis. Bastaría, por tanto, con que exista otra opción posible de tratamiento o el empleo de una técnica distinta (entre todas las posibles dentro de una normo-praxis) a la elegida por el facultativo que *hubiera podido* tener un resultado más ventajoso para el paciente. Bastaría, por tanto, con que el facultativo hubiera elegido uno de entre los tratamientos posibles según protocolo pero que no hubiera conseguido el resultado pretendido y existan otros de los que *tal vez* hubiera podido obtenerse un resultado más satisfactorio. Técnicamente la opción elegida no fue incorrecta, no se ha producido infracción de la *lex artis*, no se ha actuado contra protocolo. Es sólo que no se ha obtenido la mejoría o la curación del paciente y que existían otras opciones clínicas posibles, aunque compartan con ella también su pronóstico incierto⁶².

Manifiesto sin reservas mi oposición a esta forma de entender y fundamentar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues con ella se va más allá de la objetivación de la responsabilidad, convirtiéndola en una suerte de seguro a todo riesgo capaz de cubrir cualquier resultado adverso, en un ámbito tan evanescente como el sanitario en el que especialmente no debe admitirse prescindir de la mala praxis ni es posible exigir un resultado ni es dable pretender alcanzarlo comparándolo con el parámetro de idealidad deseado. Por esta razón los perjuicios a resarcir no deben estar establecidos en función de meras especulaciones o impresiones subjetivas desconectadas de la realidad. Definitivamente, este criterio contraría todos los postulados de la responsabilidad patrimonial, porque enjuicia y valora los hechos una vez que se ha producido y conocido el resultado, infringiendo la prohibición de regreso –lo que se denomina valoración *ex post facto*–, promueve la práctica de una medicina defensiva y convierte a la Administración sanitaria en una aseguradora universal que indemniza riesgos generales de la vida sin etiología probada⁶³, instaurando así

⁶² Defiende esta posición la STS 20 de marzo de 2018 (núm. 462/2018 de 20 marzo, Recurso de Casación 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096) que la justifica afirmando que cuando se considera que es aplicable aun cuando no se ha infringido la *lex artis*, lo que viene a decirse es que “su aplicación rebasa el ámbito en que ordinariamente despliega su eficacia la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el concreto sector que nos ocupa de la asistencia sanitaria pública, en tanto que la infracción de la “*lex artis*” (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones. Y ciertamente es así; aunque, desde luego, a propósito de esta cuestión de carácter general y por detenerse en ella un ápice, tampoco puede descartarse total y absolutamente, y en vía de principio, la impropiedad de dicha responsabilidad en otros casos en el ámbito de la sanidad pública; con base, siempre -eso sí-, en algún título específico distinto de imputación, más allá del defectuoso funcionamiento del servicio, como la creación de una situación de riesgo o en la irrogación de un sacrificio especial, porque sin imputación difícilmente puede prosperar la responsabilidad, en tanto que se trata de un requisito legalmente establecido al efecto no susceptible de soslayarse; y siempre que además el daño ocasionado resulte antijurídico, en la medida en que quien lo padece no tiene obligación de soportarlo”.

⁶³ GONZÁLEZ CARRASO, M^a C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, op. cit, pag. 6.

un sistema de responsabilidad punitivo que subvierte la finalidad resarcitoria y no sancionadora de la responsabilidad patrimonial⁶⁴.

2. La oportunidad como valor en sí mismo y su pérdida, como daño autónomo “semejante” al daño moral

Para esta opción la oportunidad misma constituye un bien jurídico digno de protección, diferenciable y autónomo de la lesión producida al paciente, consistente en la frustración misma de la expectativa de haber obtenido un resultado favorable y al que considera reparable en concepto de daño moral, lo que excluye hacerlo *–inclusio unius, exclusio alterius–* en relación con la lesión producida en la salud o en la vida del paciente, que queda, o bien absorbida o bien orillada en aquel. Ahora bien, tan forzada se antoja esta asimilación –sobre todo cuando el reclamante postula por daño físico e incluso por lucro cesante y daño emergente derivados de aquella frustración– que son numerosos los pronunciamientos judiciales y los dictámenes de órganos consultivos autonómicos que no se atreven a dar el paso definitivo a la completa identificación entre la oportunidad perdida y el daño moral, e introducen un matiz revelador de la debilidad de su argumento cuando afirman que constituye un daño “que se asemeja en cierto modo”, que “tiene la consideración” o que es “similar” –por tanto, no igual– a él, convirtiéndolo así en una suerte de *tertius genus*, en un daño moral de baja intensidad, que está a medio camino entre el daño patrimonial y el daño moral pero que no acaba de encajar en una ni en otra categoría (por ejemplo, en las SSTs de 3 de diciembre de 2012⁶⁵ y 2 de enero de 2012⁶⁶, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2010⁶⁷, STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2019⁶⁸ y STSJ de Galicia de 22 de junio de 2020⁶⁹, entre otras). La cuestión no es baladí pues, como se va a razonar a continuación, tanto los parámetros de valoración como los criterios y algunos principios procesales son afectados en su misma línea de flotación.

⁶⁴ Ej. la STSJ Madrid núm. 205/2015, de 13 de marzo de 2015, sobre un caso en el que a causa de la anestesia en una intervención, se le produce a la paciente una perforación esofágica. Calificado el retraso como una pérdida de oportunidad, y aunque “no puede ser considerado como una mala praxis”, se estima indemnizable al desconocerse si una actuación con mayor premura habría obtenido una más rápida recuperación, indemnizándose como daño moral en 28.000 euros. Esta sentencia es reproducción de los argumentos y fundamentación de la anterior STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2015, núm. 153/2015 y de 10 de marzo de 2015, núm. 181/2015.

⁶⁵ Recurso de Casación núm. 815/2012.

⁶⁶ Recurso de Casación núm. 4795/2010, ECLI:ES:TS:2012:3.

⁶⁷ Núm. núm. 246/2010, ECLI:ES:TSJCV:2010:1017.

⁶⁸ Núm. 703/2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:4406

⁶⁹ Núm. 299/2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:2966.

En efecto, como afirmé en otro lugar⁷⁰, el hecho de operar en el terreno de la hipótesis no justifica que la oportunidad perdida deba evaluarse como daño moral. Concibo la oportunidad perdida como un valor pero entiendo que su pérdida constituye un perjuicio actual y cierto, aunque se precise de una operación intelectual para alcanzar su concreta determinación, es decir, un juicio de pronóstico sobre el resultado que hubiera sido esperable y que valore con qué probabilidades se contaban de no haber mediado el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. Como es bien sabido, los sistemas de valoración de los daños morales y los patrimoniales son radicalmente opuestos: el daño moral no es objeto de un sistema de tasación legal puesto que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, por lo que únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad. Como dejó afirmado la STS 27 de julio de 2006⁷¹ esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto (por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros o por incertidumbre causal) sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado que se presenta como incierto. Esto ocurre cuando el daño ha consistido en la privación irreversible de la posibilidad de obtenerlo, es decir, en la pérdida de oportunidad para el que lo padece.

Por otra parte, mientras todo daño moral efectivo debe ser objeto de compensación –los daños morales no se resarcan; se compensan-, aunque sea en una mínima cuantía, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al valor reclamado hasta la negación de toda indemnización si se estima que nunca hubiera podido alcanzarse la situación de ventaja dada la existencia de razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado –pues no se pierde una oportunidad que nunca se tuvo⁷²-. Por eso, como acaba de decirse, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica

⁷⁰ GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 59 y 60.

⁷¹ Núm. 801/2006.

⁷² En este sentido la STS de 26 de febrero de 2007 (núm. 186/2007, Recurso núm. 715/2000) insiste en que siendo hipotético el daño por pérdida de oportunidad, “no puede dar lugar a indemnización cuando hay razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado”, pues “la responsabilidad por pérdida

o jurídica idónea para obtenerlo. De lo contrario no puede considerarse que exista perjuicio alguno y ningún daño puede existir en esta privación de una supuesta oportunidad que, realmente, no existía⁷³.

En mérito a todos estos argumentos entiendo que no es acertada la jurisprudencia que subsume de forma automática en daño moral las oportunidades perdidas por más que maneje con inseguridad este argumento al opacarlo bajo la sombra de la *similitud* o la *semejanza* al daño moral. El daño moral lo es, o no lo es.

No me cabe duda de que la jurisprudencia y los órganos consultivos que operan con este criterio lo hacen con la mejor de las intenciones y por razones de equidad acaban utilizando el daño moral y su compensación como “criterio mensurador”, unas veces para tratar de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados⁷⁴ pero se intuye o se presume que existen, y otras, como una fracción compensada del daño corporal para cuyo resarcimiento no se halla suficiente justificación⁷⁵. Pero tan loable intención no evita que esta forma de interpretar y de evaluar el daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva de su propio sentido y naturaleza puesto que incluye conceptos que son verdaderos daños patrimoniales. El concepto de daño moral se percibe como premio de consolación y sirve así, una vez más, como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como bien se sabe, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del órgano consultivo o del decisor tanto su existencia como su valoración.

Lo paradójico, además, es utilizar para la fijación de la cuantía del daño moral el sistema de indemnización recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, cuyos criterios no son precisamente los más adecuados a la indemnización del daño moral, en una combinación tan ajena a los parámetros y singularidades del sistema de esta norma, pues ni estamos en presencia de daños producidos en accidente de tráfico, sino en el ámbito sanitario, ni de daños directos sino pasivos al provenir de la incertidumbre propia de las oportunidades perdidas.

de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas”.

⁷³ Aunque dictada en el ámbito civil la STS de 27 de julio de 2006, núm. 801/2006, resulta ilustrativa en este sentido.

⁷⁴ Así por ejemplo, las SSTS de 28 de enero de 2005 (núm. 18/2005, Recurso de Casación núm. 3521/1998) y de 28 de abril de 2005 (núm. 273/2005).

⁷⁵ En este sentido, VICENTE DOMINGO, E. “El daño”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, L.F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 228, y GARNICA MARTÍN, J.F. “La prueba del lucro cesante”, *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, 2007, p. 2.

Entiendo por estas y otras razones que después se analizarán que 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 provoca la obligación de indemnizarle puesto que dicha oportunidad era susceptible de generarle una situación de ventaja en el futuro que ha quedado definitivamente frustrada. Esto provoca que pueda hablarse de certidumbre en el perjuicio –cual es la oportunidad misma que se ha perdido-. Otra cosa será que, a su vez, la oportunidad, como hecho, pueda ser fuente de daños tanto patrimoniales como morales, como veremos a continuación.

Por todo ello mi objeción a esta concepción de la pérdida de oportunidad tras-pasa el plano teórico y desciende a los riesgos reales de su aplicación práctica. Como ya se ha dicho, en puridad, para que proceda reparar el daño moral se requiere, primero, alegarlo, y segundo, acreditar la existencia de una situación real y no meramente hipotética de incertidumbre, angustia y zozobra derivada del funcionamiento anormal del servicio sanitario, lo que no siempre se hace. Entiendo que obviar este proceder y reconocer indemnización por daño moral cuando el interesado postuló en su reclamación patrimonial resarcimiento por daño físico vulnera principios tan elementales como el dispositivo y de congruencia, puesto que la resolución no sólo estaría concediendo pretensión distinta a la formulada, sino que también estaría realizando un cambio del interés lesionado y, con él, del objeto de la pretensión indemnizatoria⁷⁶.

Es más, en un planteamiento estricto sobre las exigencias de la congruencia, podría afirmarse que el hecho de que se haya solicitado la reparación de la lesión y que se indemnice el *petrium doloris* o el daño moral supone alteración de la causa de pedir (art. 218.1 LEC). Y es que no se trata sólo de un tema de *quatum* (pedir más y que se conceda menos) sino de indemnizar un daño, un interés lesionado, un fundamento y un objeto distintos de los invocados⁷⁷. En consecuencia, mutar la pretensión

⁷⁶ Así lo considera también GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)” *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018, pp. 2 y 6, que señala que la condena por un daño moral descausalizado de la ventaja patrimonial solicitada supone una incongruencia procesal, ya que el fundamento de ese daño es distinto del patrimonio perdido. Y destaca que se produce así una “mezcla de criterios indemnizatorios, faltos de la previa y necesaria identificación del daño y valoración inmotivada”. En efecto, considera la pérdida de oportunidad como ontológicamente distinta de la que persigue el resarcimiento del daño final, sin que una absorba a la otra, ni el juzgador pueda cambiarlas. Además, más allá de que altere o no la causa de pedir, el cambio no es baladí, porque mientras en el primer caso el juicio probabilístico procedería en relación con la determinación del daño, en el segundo, en relación con el nexo causal.

⁷⁷ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños” en *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*, Tomos I, II y III, marzo, 2021.

indemnizatoria del interesado que solicita reparación de la totalidad o de una fracción del daño corporal en un daño moral que no se había alegado ni solicitado constituye una infracción procesal que entiendo no debe superar juicio alguno de validez por imperativo de las citadas reglas procesales.

3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística

Conforme a esta interpretación –que utiliza, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 2012⁷⁸ y que entiendo la más correcta–, la pérdida de oportunidad se aplica en aquellos supuestos en que existe un engarce jurídicamente relevante entre la acción u omisión y el daño en términos de incertidumbre con probabilidad seria y solvente de haberse podido evitar el resultado final o la frustración de la situación de ventaja. De este modo la indemnización se proyecta a la fracción del daño final producido y no necesariamente ni solo al daño moral. Quiere decirse con ello que, a diferencia de la teoría anterior, el porcentaje de probabilidad en que se concrete la oportunidad perdida, pericialmente determinado, no se traduce únicamente en daño moral sufrido por la víctima ni deja al margen otros conceptos sino que puede proyectarse a los daños físicos, daños emergentes, lucros cesantes, a cualquier otro gasto generado e imputable a la Administración y también por supuesto, en su caso, al daño moral.

Siendo así cabe distinguir tres franjas: una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior, que permite asegurar que el agente no causó el daño o que las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores en la que se reside esta teoría y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo sí supera el mínimo. De este modo se modula la cuantía de la reparación del resultado final en función del grado de probabilidad acreditado de que hubiera podido evitarse con la conducta alternativa debida.⁷⁹

Este criterio ofrece la ventaja de eliminar o, al menos, minorar la inseguridad que genera la valoración a tanto alzado y en concepto de daño moral, dada la discrecionalidad con que se opera en estos casos, evita la indemnización por resultados improbables o daños puramente hipotéticos, así como que su valoración quede al prudente arbitrio del órgano decisor, que se ve compelido a motivar con criterios objetivos la cuantía otorgada, respeta el principio de congruencia puesto que la cuestión de imputación causal del daño es una cuestión jurídica y, por tanto, apreciable de

⁷⁸ RC 4229/2011.

⁷⁹ Así lo hace la STS de 14 de mayo de 2020 (Núm. 407/2020, ECLI:ES:TS:2020:1062) que, en virtud de informe pericial, terminó fijando en un 85% la oportunidad de supervivencia. También los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 437/2019, 459/2019 y 249/2021, entre otros.

oficio, y elimina el riesgo de incongruencia, dado que no altera el daño cuyo resarcimiento constituye el objeto del *petitum*.

¿Significa eso que propugne como única vía posible la imputación causal probabilística, con desaparición de la posibilidad de hacerlo como daño moral autónomo? Rotundamente, no. Se trata de establecer un orden preferente, donde el primer lugar lo ocupa este criterio pero con posibilidad de concebir la oportunidad perdida como valor en sí mismo y de concretar el daño en el valor de la expectativa frustrada como daño moral cuando pericialmente no puede ofrecerse el cálculo del menoscabo en la salud en términos de porcentaje del daño corporal probablemente causado.

V. CUÁNDO PROCEDE APLICAR LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Por definición, la oportunidad o posibilidad de obtener un resultado nunca puede ser la certeza de conseguirlo. Y es que lo esencial no es tanto el resultado final –siempre incierto– como la evidencia de haber perdido para siempre la posibilidad de incidir en él y con ello, su desaparición definitiva porque no habrá nueva oportunidad para conseguirla. Insisto en ello: la pérdida de oportunidad se aplica sólo en supuestos de estricta incertidumbre causal (o de una causalidad meramente posible) puesto que es consustancial a esta doctrina el carácter aleatorio, lo incierto de la producción del daño y de su causación y, junto a ello, la probabilidad en forma de posibilidad cierta de haber podido obtener un resultado de no haberse producido aquella interferencia.

Se produce así una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre: de certeza en cuanto que de no haber interferido en el curso causal de los acontecimientos la acción antijurídica de un tercero, la víctima habría conservado la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar una pérdida o perjuicio. Por tanto, existe certeza en cuanto a *la oportunidad*, que existía de obtener un resultado y también certeza en cuanto a *su frustración*, pues la oportunidad se ha perdido definitivamente. Y existe incertidumbre en cuanto al *resultado final* que, aún sin la interferencia de un tercero y aun manteniéndose incólume la situación, no puede garantizarse a ciencia cierta que no se hubiera producido igualmente. Y en tanto la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal, ha de existir incertidumbre también en cuanto a la causación entre la acción u omisión de un tercero y el resultado final. Sin esta incerteza no estaríamos en presencia de una pérdida de oportunidad sino ante un supuesto de responsabilidad patrimonial con derecho a una indemnización plena.

Por tanto, no deben catalogarse como pérdida de oportunidad con trascendencia indemnizatoria: (a) los supuestos en que existe bien la demostrada causalidad y certeza absoluta de que el agente dañoso provocó el daño o bien un elevado porcentaje de que pudo haberlo evitado, por lo que en estos casos procede la íntegra reparación del daño causado, y (b) los supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resulten bien nulas o bien insignificantes. Por consiguiente, como ya se avanzó más arriba, sólo ha lugar la aplicación de esta doctrina cuando se haya superado un umbral de posibilidades *significativo* de mejora o de supervivencia (como afirman los dictámenes 772/2018 y 650/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía), esto es, rodeado de cierta solvencia, de características de idoneidad de alcanzar un resultado favorable, *pero insuficiente* como para ser considerada como causa cualificada de que la conducta del tercero causó el daño final o que hubiera podido evitar el resultado final⁸⁰.

La dificultad se centra en determinar cuál es ese nivel mínimo (intermedio, podría decirse), de certeza exigible que hace aplicable la pérdida de la oportunidad. En Derecho angloamericano se cifra en un 50% y en Inglaterra en un 80%; pero en España la jurisprudencia no ha fijado ese umbral mínimo que haga indemnizable a la probabilidad o la oportunidad perdida. Parece razonable considerar que un porcentaje inferior al 30% o al 20% no debería entenderse que es suficientemente significativo sino, por el contrario, una posibilidad improbable o inexistente que no debería justificar una indemnización parcial ni proporcional sino que debería conducir a una desestimación de la indemnización postulada por los reclamantes. En mi opinión no son coherentes con esta doctrina aquellas resoluciones que afirman basta una posibilidad “*más o menos cierta*” o “*con cierta probabilidad* de que la actuación médica pudiera evitar el daño” o “*una mera especulación*” sobre las oportunidades perdidas (SSTS de 23 de septiembre de 2010⁸¹, 7 de septiembre de 2005⁸², de 26 de junio de

⁸⁰ Como afirma LATORRE, LUNA, L. “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho*, núm. 8, 2018, “cuando el grado de probabilidad es elevado (a partir del 80%) se viene a convertir en razonable certeza (límite positivo), sin embargo, cuando el grado de probabilidad es inferior al 20% nos encontramos con una probabilidad nula (límite negativo), ubicándose la pérdida de oportunidad en el punto medio entre ambos extremos, negativo y positivo. De igual modo, se ha de tener presente que a efectos de delimitar cada caso no solamente se tienen en cuenta los grados de probabilidad, sino también otros factores, como las patologías previas de los pacientes, así como el hecho de que no exista ni siquiera una mínima probabilidad o una cierta incertidumbre de que, aunque no se hubiera producido el retraso, error de diagnóstico o demora, el resultado hubiera sido el mismo”.

⁸¹ Recurso de Casación núm. 863/2008, ECLI:ES:TS:2010:4867.

⁸² Recurso de Casación núm. 1304/2001.

2008⁸³ y de 16 de febrero de 2011⁸⁴) o una pérdida de oportunidad “remota” (STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007⁸⁵), pues en ninguna de estas situaciones se alcanzó el grado de efectividad que requiere el artículo 32.2 de la LRJSP para que resulten indemnizables.

VI. LA NECESIDAD DE MODULAR LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Acción u omisión con infracción de la *lex artis*

El primero de los requisitos es que se haya producido un quebranto de la *lex artis* –más acertadamente, la *lex artis ad hoc*⁸⁶- que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo⁸⁷, o una “simple sintomatología evidente”⁸⁸ e indicativa de que se actuó tardía o incorrectamente o con omisión de medios, de tal forma que permita

⁸³ Recurso de Casación núm. 4429/2004.

⁸⁴ Recurso de Casación núm. 3747/2009, ECLI:ES:TS:2011:450, recursos de casación 3747/2009, 1304/2001, 4429/2004, 5927/2007 y 43/2010.

⁸⁵ Recurso 2159/2003.

⁸⁶ Como afirma ROMERO COLOMA, A.M. “La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2004, la *lex artis* es el conjunto de reglas o principios que disciplinan el ejercicio correcto de cualquier arte, oficio o profesión, esto es, el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto. De ahí que con ella se valore la diligencia desplegada por su autor en su ejercicio, así como en el resultado producido. Sin embargo, como bien reconoció la STS de 11 de marzo de 1991 la *lex artis* como regla general y sin referencia al enfermo concreto no pasa de ser una cabal abstracción. Efectivamente, la técnica ha de adecuarse a las circunstancias del caso clínico concreto, esto es, a la denominada *lex artis ad hoc*, que consiste y se produce con la concreción de la *lex artis* general (que viene dada por el estado de la ciencia médica en cada momento y que se refleja en las publicaciones científicas, protocolos, conferencias, congresos, etc.), de la técnica genéricamente considerada, a un paciente determinado en contemplación de las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, tales como características ambientales (de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del centro en el que se realiza el acto sanitario), las especiales que afectan a su autor, a la profesión, la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, a otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria) y, en general, de los específicos y dependientes de cada caso concreto. De ahí que deba estimarse más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*, en lugar de utilizar el concepto más genérico y simple de *lex artis*, cuando se trata de analizar hipotéticos supuestos de funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

⁸⁷ STSJ de 20 de junio de 2019 (núm. 538/2019, ECLI:ES:TSJM:2019:4630).

⁸⁸ SSTs de 25 de junio de 2010 (Recurso de Casación núm. 5927/2007, ECLI:ES:TS:2010:3463) y de 17 de julio de 2012 (Recurso de Casación núm. 5334/2011, ECLI:ES:TS:2012:5177) y STSJ de Madrid de 1 de junio de 2018 (Núm. 376/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:6280), entre otras.

fundamentar con cierto grado de convicción que ha provocado la disminución de las posibilidades de curación, mejora o evitación de un resultado con que se contaba en aquellas condiciones de probabilidad antes aludidas.

Ahora bien, ha de significarse que la actuación u omisión con infracción de la *lex artis* no siempre conduce a un supuesto de pérdida de oportunidad. En efecto, una vez se haya comprobado que se ha producido mala praxis habrá de determinarse si lo indemnizable es la oportunidad perdida (lo será si existe incertidumbre causal) o lo es el resultado final (lo será si existe relación causal). Así pues, los supuestos de retraso y el error de diagnóstico aun cuando supone *mala praxis* –que no siempre es así, como veremos– no son reconducibles en todos los casos a la pérdida de oportunidad. Solo en caso de que el error o retraso de diagnóstico –o la omisión de determinadas pruebas diagnósticas (STS de 13 de octubre de 2011⁸⁹ y dictamen 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía)– ocurra en un entorno de una probabilidad seria de que se ha producido el agravamiento o el fallecimiento o ha privado de tiempo de supervivencia, generará derecho a indemnización por pérdida de oportunidad. No dará lugar a ella cuando exista certeza o alto grado de probabilidad de que ese retraso o ese error en el diagnóstico constituyeron la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente o cuando existían elevadas posibilidades de curación, puesto que en este caso se debe considerar plena y causalmente imputable al centro hospitalario la completa producción del daño, y procederá entonces el resarcimiento íntegro del daño final acontecido⁹⁰. Cuando, por el contrario, el bagaje probatorio incorporado en el expediente permita concluir que el resultado final hubiera sido el mismo, con o sin error o retraso en el diagnóstico y las circunstancias que lo han rodeado han carecido de trascendencia respecto del resultado que, en cualquier caso, se hubiera producido, no procedería indemnización alguna, pues la causa del daño ha sido la propia enfermedad que ya se padecía o las condiciones endógenas del paciente, de lo que es obvio no resulta responsable la Administración⁹¹.

⁸⁹ Recurso Casación 4895/2007, ECLI:ES:TS:2011:6659. “Dicha omisión de actuaciones se hace aún más censurable en el presente caso si tenemos en cuenta que las pruebas diagnósticas que se deberían de haber realizado eran pruebas diagnósticas no invasivas, y por tanto carentes de riesgo para la paciente y que la misma acudía regularmente a su ginecóloga para el control de su embarazo, por lo que debiera haberse hecho el control adecuado de sus alteraciones metabólicas en previsión de los posibles daños que posteriormente se le materializaron.

Como consecuencia directa de dicha omisión de actuaciones se le ha privado a la paciente de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño finalmente producido, por lo que entendemos que nos encontramos ante un claro ejemplo de la teoría de la pérdida de oportunidades que nuestro más alto tribunal ha establecido de manera reiterada”.

⁹⁰ En este sentido, el dictamen 238/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.

⁹¹ Por ello la STS de 27 de noviembre de 2012 (Recurso Casación 5938/2011, ECLI:ES:TS:2012:7889) exige acreditar cuáles han sido las oportunidades perdidas por cuya virtud se solicita indemnización, no apreciando pérdida de oportunidad cuando no es posible acreditar que la actuación médica pudiera evitar el daño.

Ahora bien, en contra de lo que podría pensarse, no todo desacierto resulta de una mala praxis ni puede automáticamente calificarse como tal, ni la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico constituye por sí mismo parámetro válido para determinar que se ha producido vulneración de la *lex artis ad hoc*, como tampoco el apartamiento del protocolo supone siempre infringirla⁹².

Ciertamente, el contraste entre lo actuado y lo establecido en el protocolo constituye una prueba *iuris tantum* de corrección que debe ser valorada en atención a otros medios probatorios⁹³, pero siempre teniendo en cuenta que la *lex artis* no resulta coincidente en todo caso con las reglas aceptadas por la generalidad ni las concretadas en los protocolos médicos y que el apartamiento de protocolo no equivale –al menos, automática ni necesariamente– a que se haya incumplido la *lex artis* ni tampoco a que genere responsabilidad, pues puede ocurrir que, justamente apartándose del mismo, el facultativo esté cumpliendo la *lex artis*, ya que lo establecido en él puede resultar la

⁹² Así lo dejó afirmado el dictamen 369/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía: “del bagaje probatorio incorporado en el expediente debe deducirse que la omisión de las pruebas diagnósticas complementarias ciertamente redujo, aunque en magnitud no determinada, las posibilidades de evitación del posterior fallecimiento. A este respecto los reclamantes consideran que la probabilidad de supervivencia en este caso era altísima (si bien no determinan en qué porcentaje) e incluso el informe pericial que aportan afirma que la probabilidad de supervivencia de la paciente habría sido total *de haberse realizado las pruebas complementarias pertinentes*. Ahora bien, ello no permite a este Consejo Consultivo apreciar una total y exclusiva relación causal entre esta omisión y el resultado final puesto que, como se afirma en el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos “hay que tener en cuenta que hablamos de una paciente joven en la que la aparición de un TEP es muy poco frecuente, que presentó una clínica muy inespecífica (no era un dolor pleurítico típico, no había otra clínica típica como taquipnea o una hemoptisis, estaba eupneica y con buenas saturaciones, etc.) y que la probabilidad de que se tratara de un TEP, según la escala de Wells era del 1.5 (improbable, sólo presentaba taquicardia)”, considerando igualmente que la asistencia del día 2 de febrero de 2020 fue “correcta y el cuadro de dolor era nuevamente mecánico”, de todo lo cual se desprende que “no se llegó a realizar un diagnóstico diferencial completo de todas las patologías que pudieran existir en la paciente, dada la inespecificidad de la clínica que presentaba” y que “esto ha podido condicionar un retraso en el diagnóstico de un TEP seguramente de pequeña dimensiones (por la clínica tan anodina) que progresó hasta el día 06/02/2020, sin manifestarse clínica nueva o específica que favoreciera un diagnóstico precoz”. De la lectura de este informe no cabe sino colegir que no existe duda de que ello bien pudo justificar que la sospecha de diagnóstico orientara a los facultativos a un “dolor costal tipo mecánico” y, en cualquier caso, nos obliga a no poder afirmar que este error de diagnóstico denote o sea consecuencia de una notoria y evidente infracción de la *lex artis* de la que pudiera hacerse derivar la citada relación causal con respecto al resultado dañoso”.

⁹³ Como afirma la sentencia JCA de Cáceres de 29 abril, núm. 64/2019, ECLI:ES:JCA:2019:2616, “el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*; de exigirse solo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la *lex artis*”.

recomendación más adecuada para una situación típica pero no para casos excepcionales o atípicos como el que el facultativo esté abordando en ese momento⁹⁴.

Además de ello, para determinar si se ha producido mala praxis han de valorarse varias circunstancias a tener muy en cuenta: en primer lugar, que estamos en presencia de una obligación de medios y no de resultados. No es necesario insistir aquí, por ser de común conocimiento, que la obligación del personal sanitario no consiste en la obtención del resultado que se pretende (la salud del paciente) sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de aquel resultado. Su actuación no queda, pues, vinculada a un resultado, puesto no contrae el deber de curación del enfermo, por no estar siempre a su alcance –la ciencia médica no es infalible–, sino que tiene que procurar, sin excusas ni omisiones injustificadas, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su disposición para la mejora de la salud⁹⁵.

En segundo lugar, la valoración y enjuiciamiento de la corrección del acto médico excluye que pueda proyectarse *ex post facto* (en función de las pruebas y del resultado conocido tiempo después) ignorando la sintomatología que presentaba el paciente al momento y fecha en que requirió atención sanitaria y se procedió al diagnóstico y posible tratamiento. Como ha afirmado el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 600/2019, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS de 15 de febrero de 2006⁹⁶, 19 de octubre de 2007⁹⁷ y 3 de marzo de 2010⁹⁸), y no puede cuestionarse esta toma de decisiones fundándose en la evolución posterior que presenta un paciente. En definitiva, la responsabilidad patrimonial no puede deducirse de una valoración retrospectiva de la asistencia sanitaria inicial (en función de las pruebas y del resultado conocido tiempo después) ya que, como sostiene la de STS de 29 de enero de 2010⁹⁹, este proceder infringe la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico, tanto más si se tiene en cuenta, como

⁹⁴ En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M. “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal”, en *Responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Sevilla, 1994, pp. 24 y siguientes.

⁹⁵ En este sentido se expresan los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 259/2003, de 26 de junio y 23/2006, de 25 de enero, entre otros.

⁹⁶ Núm. 167/2006, Recurso de Casación núm. 2626/1999.

⁹⁷ Núm. 1155/2007, Recurso de Casación núm. 3107/2000.

⁹⁸ Núm. 127/2010, Recurso de Casación núm. 956/2006, ECLI:ES:TS:2010:976.

⁹⁹ Núm. 8/2010, ECLI:ES:TS:2010:291, con cita de las SSTS de 14 de febrero de 2006 (núm. 84/2006, Recurso de Casación núm. 2249/1999), 15 de febrero de 2006 (núm. 167/2006, Recurso de Casación núm. 2626/1999) y 7 de mayo de 2007 (núm. 464/2007).

afirma la STS de 10 de diciembre de 2010¹⁰⁰, que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se fundamenta en unos síntomas que pueden participar distintas patologías -existen enfermedades de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar- y en unas pruebas que no siempre arrojan unos resultados certeros.

Por ello, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico debe acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos en el momento en que la patología se evidenció, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos y más eficaces de los empleados¹⁰¹. En consecuencia, es obligación del médico realizar todas las pruebas necesarias, atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad.

En tercer lugar, la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, por lo que la no realización indiscriminada de pruebas no constituye su quebranto, pues esta ni impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente ni ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica¹⁰².

Tal y como afirmó el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 397/2019¹⁰³, la profesión médica se ejerce, obviamente, en un contexto social concreto y determinado en el que concurren numerosos condicionantes que determinan la calidad y el nivel de atención prestada y los posibles resultados. Entre estos

¹⁰⁰ Núm. 679/2010, Recurso de Casación núm. 866/2007, ECLI:ES:TS:2010:6690.

¹⁰¹ En este sentido, el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 18/2020.

¹⁰² En este sentido, el dictamen 414/2019 afirmó que “con base y fundamento en estos argumentos no puede inferirse que el servicio público sanitario haya funcionamiento de forma incorrecta, pues no ha habido omisión del mismo, no se ha denegado la práctica de las pruebas que constituyen la pauta normal según protocolo para la sintomatología que en aquel momento presentaba ni tampoco puede exigirse, según el estado actual de la ciencia y de la técnica, que los resultados de las mismas arrojen un diagnóstico certero de una dolencia que aún no estaba teniendo una manifestación susceptible de ser detectada con la precocidad con que sería deseable, tanto más cuando de la misma participan otras patologías, tal y como ponen de relieve los informes a los que se hará inmediata referencia”.

¹⁰³ La reclamación reprochaba que el hospital no le hubiera practicado las pruebas de alergia antes de aplicarle al paciente toxina botulínica, de la que resultó ser alérgico. El dictamen razona que no es exigible al centro hospitalario la realización de pruebas de intolerancia a la medicación que ha de suministrarse a un paciente del que no consta ni refiere reacciones alérgicas adversas y al no existir evidencias de tal riesgo.

condicionantes destacan de forma preeminente los medios personales y materiales que se asignan a la atención del paciente, lo que nos conduce a la aplicación de dos principios elaborados en el seno de la doctrina: de un lado, se hace referencia al denominado "riesgo socialmente permitido" y, de otro, al principio de "no exigibilidad de una conducta distinta". El primero opera tras sopesar el grado de preponderancia de los intereses en juego: de una parte se valora la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y, por otro, el riesgo o probabilidad de lesión de los bienes jurídicos amenazados (vida, integridad física o salud de la persona), de tal suerte que se considera que nos situamos dentro del ámbito del "riesgo socialmente permitido" cuando, ponderando las posibilidades de acaecimiento de una determinada patología y, de otro, los costes que conllevan tales pruebas –retraso de intervenciones, medios materiales y humanas exigidos– no se considera necesario ni conveniente la realización de la reiteración de pruebas o actividades médicas previamente realizadas, tanto más si no se parte del conocimiento de factores añadidos de riesgo. Complementariamente a él, la jurisprudencia y la literatura científica apelan al principio regulativo de "inexigibilidad de conducta distinta", por cuya virtud no es exigible al facultativo la realización práctica de actos médicos o pruebas distintas de las que constituyen pautas habituales en el ámbito concreto.

2. El daño

Cuando de pérdida de oportunidad se trata y se solicita reparación indemnizatoria por su virtud, el daño objeto de resarcimiento es precisamente la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final producido, si bien para que la oportunidad se entienda definitivamente perdida es requisito imprescindible que aquel se produzca, aunque luego no sea ese el daño que deba indemnizarse. En consecuencia, lo que resulta objeto de resarcimiento es lo que se ha dado en denominar "daño intermedio", que no es otro que esa pérdida de oportunidad de curación o de mejoría, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado que tenía de convertirse en cierta y, por tanto, el valor de la frustración vendrá dado por el grado de probabilidad de éxito en la obtención de curación o mejora. Dicho en su envés: la frustración o pérdida ha de referirse derechamente a la oportunidad misma y nunca a su objeto, cual es la ventaja que se esperaba conseguir, es decir, al resultado finalmente producido¹⁰⁴.

¹⁰⁴ En este sentido, la STS para la unificación de doctrina, de 3 de diciembre de 2012 (Recurso de Casación 815/2012): "Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de ..., esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida (...)"

3. Aceptable porcentaje de posibilidades de mejora o de evitar el resultado final

El deber indemnizatorio por pérdida de oportunidad que pesa sobre la Administración sanitaria ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas¹⁰⁵. Sólo podrá considerarse daño cierto en sí mismo y la frustración de una expectativa actual si el paciente se encontraba en una posición fáctica idónea y la oportunidad era real y efectiva. El resultado de dicha expectativa es futuro, aleatorio e incierto, pero sólo en el caso de poder concluir con suficientes dosis de verosimilitud de que pudo ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, que no existiría, desde luego, en caso contrario.

Como exige la STS de 18 de julio de 2016¹⁰⁶, ha de concurrir 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 distinto¹⁰⁷. Por tanto, *a sensu contrario*, las probabilidades inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido. En consecuencia, ha de tratarse de una situación potencial —y, en este sentido, hipotética e incierta— pero rodeada de unas características de idoneidad de alcanzar el resultado pretendido.

Entiendo que esta es la concreción del requisito general que exige el art. 32.2 LRJSP en cuanto a la evaluación económica del daño, es decir, se exige que éste tenga cierta entidad, considerando por tal aquel que se exceda de una mera molestia, de un perjuicio percibido solo y exclusivamente de forma subjetiva sin trascendencia patrimonial o moral apreciable dada la levedad de su incidencia lesiva pues, en tal caso, no tienen trascendencia patrimonial. Luego entonces, si, conforme a este razonamiento, no resultan indemnizables los denominados “simples perjuicios”, y si pueden tenerse por tales los porcentajes ínfimos de curación o mejora, debe concluirse que no resultan indemnizables aquellas oportunidades perdidas que carecen de suficiente trascendencia patrimonial o moral.

¹⁰⁵ STS de 15 de noviembre de 2007 (núm. 1226/2007, Recurso de Casación núm. 5157/2000).

¹⁰⁶ Recurso de Casación 4139/2014, ECLI:ES:TS:2016:3819.

¹⁰⁷ Continúa la sentencia: “Y resulta forzoso reconocer que tal circunstancia no concurre en el caso que nos ocupa, 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”.

4. Efectividad del daño: la oportunidad se ha perdido definitivamente

También en la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño ha de ser efectivo, lo que significa que ha de tratarse de la última oportunidad, es decir, de una frustración definitiva que hace que la situación sea irreversible, que exista certeza de que la probabilidad está irremediablemente truncada, pues si existiera la posibilidad en un futuro de obtenerse la situación de ventaja por cuya pérdida se postula indemnización, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, lo convertiría en no merecedor de resarcimiento. Sólo si la oportunidad era la última y la frustración, definitiva, puede otorgársele un determinado valor que es el que debe ser reparado¹⁰⁸.

5. Relación causal entre la mala praxis y la frustración de la oportunidad

Obviamente siempre se requiere relación causal y la pérdida de oportunidad no es una excepción. Por tanto, también ha de concurrir relación causal pero, atención, no respecto del resultado final sino *entre el déficit asistencial y la frustración definitiva* de la probabilidad de obtener la mejora o curación de la patología.

6. Inexistencia de relación causal entre la mala praxis de un tercero y el resultado final

Lo anterior no es óbice para mantener incólume la afirmación de que la doctrina de la pérdida de oportunidad se inserta dentro de los cursos causales no verificables o de causalidad hipotética. Ello determina que la inexistencia de causalidad entre la mala praxis y el resultado final es imprescindible para aplicarla, pues de no ser así no estaríamos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad ni cabría aminorar la cuantía indemnizatoria en mérito a ella, sino que procedería indemnizar por el resultado final acontecido.

¹⁰⁸ Así lo afirma 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*, núm. 30, 2009, p. 42, “la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente”.

VII. INCORRECCIONES, PARADOJAS Y APORÍAS EN LA FORMA DE CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN

A falta de certeza causal, la indemnización no podrá alcanzar el valor total del resultado dañoso sino que será proporcional a la probabilidad de su concurrencia. Esta evaluación deberá comenzar tomando en consideración todas las circunstancias que rodean el caso, incluidas las condiciones endógenas, la patología de base y todas las circunstancias del paciente, determinando porcentualmente en ese momento la situación en que se encontraba, y de esta forma determinar la probabilidad de supervivencia, curación o mejora al momento de requerir atención sanitaria. A continuación, ha de fijarse la probabilidad que ha resultado tras el déficit asistencial –que será necesariamente inferior a la primera–, de modo que la diferencia entre ambos porcentajes será la concreción de la oportunidad que se ha perdido, que proyectada a la evaluación económica del daño final producido arrojará la cuantía a la que debe ascender la indemnización¹⁰⁹. Es decir, al tratarse de un régimen de imputación probabilístico o de probabilidad causal, para determinar las posibilidades de que un tratamiento médico conforme a la *lex artis ad hoc* hubiera evitado el menoscabo se ha evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de la fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad.

Son dos, en este sentido, los procesos intelectivos posibles para realizar el cálculo del valor de la oportunidad perdida: uno, fijar la probabilidad de que el agente dañoso no sea el causante del resultado lesivo y una vez fijado este grado de incertidumbre descontar la cuota correspondiente a la probabilidad de que la conducta del médico no haya intervenido en el curso de los acontecimientos. Y otro, determinando dicho porcentaje en contemplación a las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente en caso de que el personal sanitario hubiera actuando conforme a la *lex artis ad hoc*.

Pero sea cual sea el proceso utilizado, el problema es que, ante la inexistencia del tan reivindicado baremo específico para la responsabilidad sanitaria, para llegar a fijar el *quantum* indemnizatorio la jurisprudencia y los órganos consultivos suelen tomar como referencia el baremo establecido para los accidentes de tráfico, lo que presenta algunas situaciones que no dejan de ser paradójicas. La primera, es que cuando se pretende indemnizar la disminución de la esperanza o de la calidad de vida de la víctima, con frecuencia se comete el desacierto de tomar como cantidad de referencia la indemnización que el baremo prevé por fallecimiento, pese a no ser este

¹⁰⁹ Frente a ello son numerosos los pronunciamientos que fijan la cuantía indemnizatoria “calculada prudencialmente”, en la suma que tienen por conveniente, sin explicitar mínimamente las razones que conducen a esa precisa cantidad.

el daño final resultante. Obrando de este modo se incurre en un segundo error, cual es indemnizar a la propia víctima, que no ha fallecido, con la cantidad que resulta de aplicar el porcentaje de pérdida de oportunidad obtenido como se ha indicado, por lo que no sólo se le está indemnizando su propia muerte, que no se ha producido, sino que se está obviando que el destinatario natural de las indemnizaciones por fallecimiento es un tercero (familiar o allegado) y no el propio fallecido¹¹⁰.

Ambos errores se superarían si la indemnización no se desconectara del resultado final –el fallecimiento, las lesiones, las secuelas, el daño psicofísico...– y no se sustituyera indebidamente el daño que se ha producido por otro que no lo ha hecho y si, una vez determinada dicha cuantía se proyectara sobre ella el porcentaje en que se concreta la oportunidad frustrada por consecuencia de la mala praxis.

El problema deriva del hecho, como denuncia Hurtado Díaz-Guerra¹¹¹, de que “no todos los criterios que contiene el sistema de tráfico son adecuados, ni siquiera como orientadores, para los casos de pérdida de oportunidad”, ni las indemnizaciones previstas en el baremo son coherentes con las lesiones propias del ámbito sanitario, entre las cuales obviamente no se encuentran situaciones como metástasis oncológicas, infartos de miocardio, ictus, o la falta de consentimiento o de información¹¹² ni maneja la oportunidad misma ni su pérdida como daño resarcible.

Junto a estos inconvenientes, propios de la necesidad de una mayor maduración del sistema que apenas cuenta con dos décadas de aplicación en nuestro país, han de añadirse otros, que podrían calificarse de casi insoslayables. En primer lugar, dados los condicionamientos previos que presenta la naturaleza de cada persona, determinar en el ámbito sanitario en cada paciente cuál habría sido el pronóstico en caso de haber aplicado conforme a otros parámetros de actuación es, con extraordinaria frecuencia, tarea imposible. Por tanto, a la hora de resolver cada asunto se parte de una hipótesis que deriva de supuestos similares o parecidos, pero difícilmente coincidentes con los que concurren el proceso en causa. De hecho, en muchas ocasiones se observa que no se trata tanto de un problema de relación causal como de daño producido¹¹³. La cuestión se complica aún más si nos cuestionamos con Llamas Pombo¹¹⁴, ¿estamos hablando de *chance*, oportunidad o posibilidad del acaecimiento

¹¹⁰ HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad...*, op. cit., p. 280.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 275.

¹¹² MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV...” op. cit., pp. 133 a 138. En parecido sentido, SARDINERO GARCÍA, C. “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 22.

¹¹³ En este sentido, LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010, pp. 51 y ss.

¹¹⁴ LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.

de un suceso? O más bien ¿estamos aludiendo a una probabilidad estadística de que tal suceso tuviera lugar? La cuestión no es baladí, pues la probabilidad no deja de ser la frecuencia con que acontece un hecho, y sobre esta base, la actividad probatoria deberá determinar lo que realmente ocurrió para probar que exige una “probabilidad razonable”, pero debiendo tenerse en cuenta que la estadística juega aquí un mero papel probatorio que deberá conjugarse con otras circunstancias concurrentes, pues no debe olvidarse que en el ámbito sanitario el daño suele producirse por una confluencia de causas¹¹⁵, donde influye la patología del paciente e incluso su predisposición a sufrir determinadas enfermedades. Por ello, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico o la patología de base) hay que acudir a la estadística, de tal forma que si es alta la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico puede presumirse existente el nexo causal entre ambos. La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente¹¹⁶.

En cualquier caso, insisto, hablamos de probabilidades y hablar de ellas es aceptar el hecho de que no es posible tener un conocimiento exacto de si el paciente hubiera estado en el porcentaje de los casos hubieran sanado —aun incluso habiendo mediado mala praxis— o en el de los que no lo hubieran logrado —a pesar de haberse actuado de conformidad a la *lex artis ad hoc*—.

En segundo lugar, cabría plantearse la trascendencia indemnizatoria que, a fuer de exactos, se supone que ha de tener según en qué franja se produce el porcentaje de pérdida de oportunidad, pues parece que no debe tener el mismo tratamiento el hecho de el personal sanitario haya disminuido, por ejemplo, un 20% desde el 80% al 60% a que lo haga desde el 25% al 5%.

Todos estos inconvenientes, ciertamente, desaparecen con la valoración del daño a tanto alzado pero ello no le convierte, desde luego, en el mejor criterio para fijar la cuantía indemnizatoria, si bien debe reconocerse la necesidad de acudir a él de forma subsidiaria cuando exista la "certidumbre en el perjuicio" que supone

¹¹⁵ Así lo puse de manifiesto en GALLARDO CASTILLO, M^a J., “Causalidad probabilística...”, op. cit., pg. 79, donde reivindicaba la necesidad de distinguir en el ámbito forense entre el concepto de causas y concausas —entre las que, a su vez, cabe distinguir las concausas preexistentes (o estado anterior), simultáneas, y subsiguientes (o complicaciones)—, considerando que las primeras son las necesarias y suficientes en la producción del daño, mientras que las segundas son las necesarias en el caso concreto, pero que carecen de suficiencia por sí mismas en tanto que vienen constituidas por aquellos factores extraños al comportamiento del agente que se insertan en el proceso dinámico, de modo que el resultado es diferente del que era de esperar dada la naturaleza de dicho comportamiento.

¹¹⁶ ASENSI PALLARÉS, E. “Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 233.

la oportunidad misma perdida pero no haya posibilidad de conocer con mayor o menor "certidumbre la probabilidad de éxito de la expectativa", esto es, cuando no se cuenten con parámetros fiables para determinar porcentualmente la oportunidad perdida (por ejemplo, porque se desconozca la tasa de supervivencia, los estadios y evolución del cáncer, incidencia del factor tiempo en relación a su desarrollo, la eficacia terapéutica de los tratamientos, la respuesta del enfermo...) ni la valoración del daño final resultante y, obviamente, cuando se haya de resarcir únicamente el daño moral que, por definición, carece de fórmulas matemáticas para su cuantificación.

Como puede comprobarse, la valoración de la oportunidad perdida no está exenta de grandes dificultades dadas sus altas dosis de incertidumbre, pese a lo cual los tribunales y los órganos consultivos deben hacer un esfuerzo a la hora de determinar la indemnización, que deberán hacerlo urdiendo *a posteriori* un cálculo prospectivo de probabilidades de obtener el resultado pretendido¹¹⁷: de una parte, valorando las posibilidades del paciente de obtener la curación o la mejoría (es decir, cuánta oportunidad existía y si es que existía) y, de otra, en qué medida estas posibilidades se han lesionado (cuánta oportunidad se ha perdido y si es que se ha perdido), lo que es igual que si determinamos el grado de probabilidad de que una buena praxis hubiera podido evitar el resultado dañoso.

El paso de lo primero a la segundo exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica idónea para obtener la situación de ventaja que se ha perdido, de tal forma que cuanto mayor sea el coeficiente de probabilidad de haber evitado el daño, mayor será la causalidad respecto de la frustración de dichas probabilidades —no sobre el daño resultante— y, por tanto, mayor la oportunidad perdida¹¹⁸, qué posibilidades había de éxito y, por tanto, qué posibilidades había de que el resultado final hubiera sido distinto con una atención médica correcta y en qué medida se hubiera evitado el daño.

Finalmente, si convenimos en que la oportunidad perdida es algo más que un daño moral y que puede ser fuente de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, una vez alcanzado el porcentaje al que asciende aquella deberá proyectarse no sólo sobre el daño moral sino también sobre todos aquellos daños generados (daños psicofísicos, lucros cesantes y daños emergentes) pues no de otro modo se daría cumplimiento al principio de reparación integral del daño e indemnidad de la víctima.

¹¹⁷ Como acertadamente hace la STS de 27 de julio de 2006 (núm. 801/2006, RJ 2006\6548).

¹¹⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria", en la obra colectiva dirigida por LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Madrid, Ed. LA LEY, 2014 p. 241.

VII. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: ¿A QUIÉN DEBE INDEMNIZARSE LA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Cuando la víctima no ha fallecido, es ella quien ejercita la acción resarcitoria y fundamenta su pretensión indemnizatoria en pérdida de oportunidad (lo mismo que si lo hace por cualquier otro concepto) es obvio que lo hace en uso de la legitimación activa, *ad procesum* y *ad causam*, que el ordenamiento jurídico le reconoce por su condición de víctima primaria (legitimación originaria). Obvio es también que, planteada por esta la correspondiente reclamación patrimonial, si fallece antes de su resolución, sus herederos podrán sucederle en dicha reclamación. Tampoco ofrece problema cuando la pretensión indemnizatoria se postula por los daños que a los perjudicados (herederos o no) les genera el fallecimiento de un ser querido, ya haya acontecido este por consecuencia de la oportunidad perdida (ej. empeoramiento de la salud hasta fallecer) o por virtud de otro padecimiento desconectado de la oportunidad que se perdió de mejora o de curación.

El problema surge cuando la víctima primaria falleció sin haber formulado reclamación y las personas allegadas (familiares o no) deciden hacerlo *ex novo* por daños de contenido extrapatrimonial (daños psicofísicos, *petrium doloris* y daños morales) acontecidos *ante mortem* y cuyo padecimiento no fue sufrido por ellos sino por la víctima primaria. La primera cuestión que se plantea es si tales daños tienen carácter personalísimo y si es posible su transmisión a personas diferentes a quien los padeció, esto es, si tienen legitimación activa (legitimación derivada o secundaria) para postular pretensión indemnizatoria por tal concepto aunque la víctima originaria no hubiera emprendido (porque no pudo o porque no quiso) acción patrimonial alguna; y, en caso afirmativo, la segunda es si están legitimados sólo los herederos o también los perjudicados¹¹⁹. La cuestión no es baladí. En primer lugar, si sólo la tienen los herederos habrán de cumplirse al punto las reglas sucesorias, por lo que el grado de parentesco desempeña un papel primordial (por ejemplo, si la víctima originaria tenía hijos puede que sus progenitores no sean herederos) y la indemnización no deberá ser distribuida cuantitativamente por el órgano decisor entre los distintos herederos sino que integrará el as hereditario del causante para que, desde ahí, su reparto se efectúe conforme establezca el testamento otorgado, en su caso, por la víctima y por las normas del Código civil. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta además la trascendencia que a efectos tributarios tiene la cuantía indemnizatoria recibida, que en este caso, al provenir por causa hereditaria, deberá someterse a las reglas específicas y propias de esta.

Veamos por separado cada uno de los supuestos enunciados.

¹¹⁹ Es de obligada referencia y consulta CANO CAMPOS, T. “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, 2013, pp. 113-157.

1. Legitimación *iure proprio* de los perjudicados (no necesariamente herederos) por el daño moral que les produce el fallecimiento de un ser querido. Las llamadas “víctimas de rebote”

Aunque el bien “vida” sea lo máspreciado para una persona, su pérdida no se concibe jurídicamente como un daño sufrido por la víctima que haga nacer para sí una pretensión resarcitoria transmisible *mortis causa* a sus herederos y que estos puedan ejercer *iure hereditatis* en su condición de tales (SAP de Granada de 20 de septiembre de 2004¹²⁰). La razón es obvia: para adquirir un derecho hay que estar vivo. Y dado que la muerte de una persona se produce en un instante inmediato, no existe tiempo material para que la indemnización que, eventualmente, pudiera corresponderle por el daño que se le inflige, ingrese en su patrimonio hereditario, por lo que los herederos nada pueden recibir por tal concepto (SAP de Barcelona de 4 de octubre de 1999¹²¹). Su fallecimiento le impidió reclamar y adquirir el derecho de resarcimiento por el mismo al dejar de existir, ergo, no puede transmitirse a sus herederos aquello que no llegó a ingresar en su patrimonio (*nemo dat quo non habet*). En consecuencia, estos carecen de legitimación activa para reclamar por dicho fallecimiento. Así pues, en caso de fallecimiento la indemnización en concepto de la “vida perdida” no constituye crédito hereditario partible ya que no llegó a integrarse en el patrimonio del causante. Por esta razón el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del *de cuius*¹²².

Es obvio, pues, que en este caso no puede en modo alguno esgrimirse legitimación *iuris hereditatis*. Sin embargo, sí gozan de legitimación *iure proprio*, dissociado de su condición de herederos, aquellos a quienes el fallecimiento de una persona les ha producido una quiebra en el núcleo de sus relaciones vitales, bien por incuestionables vínculos afectivos, relaciones de convivencia real o bien por razones de dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida (SSTS 19 de junio de 2003¹²³, 1 de abril de 2009¹²⁴ y STSJ de Navarra 17 de octubre de 2003¹²⁵, entre otras muchas). Especialmente contundentes se expresan las SSTS de 13 de junio, 20 de octubre, 12 de noviembre de 1981, 20 de abril y 20 de diciembre de 1982,

¹²⁰ Núm. 531/2004; Recurso 1005/2003.

¹²¹ Recurso 1504/1997.

¹²² A mayor abundamiento, PANTALEÓN PRIETO, F. “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1983, pp. 1577 y 1578.

¹²³ Recurso 3375/1997.

¹²⁴ Recurso 1167/2004.

¹²⁵ Núm. 1089/2003.

25 de junio de 1983, y 20 de octubre de 1986¹²⁶ al afirmar que los hermanos también pueden ser perjudicados siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica u otros supuestos de parecida entidad.

Así lo tiene afirmado con reiteración la jurisprudencia y los órganos consultivos (así, el Consejo Consultivo de Andalucía desde su dictamen 26/1996), que subrayan que esta condición de perjudicado no se justifica necesariamente por los vínculos de parentesco con la víctima —por más que esta sea la regla general— y que, por tanto, el nacimiento de su derecho a resarcimiento es compatible con el que pueda ser objeto de transmisión *mortis causa*.

Ahora bien, también la jurisprudencia tiene reconocido que se hace necesario poner un límite a la condición de legitimados o, mejor dicho, de extremar el rigor a la hora de exigir la acreditación de los requisitos de convivencia, dependencia económica o ayuda mutua de la víctima originaria con los perjudicados (víctimas de rebote) a los efectos de reconocerles tal condición, sobre todo, para el caso de los hermanos. Ciertamente el art.32 LRJSP se limita a indicar que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados en toda lesión que sufran sus bienes y derechos y el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, con valor orientativo y no vinculante, establece quienes son las personas legitimadas para reclamar, concretando en los arts. 62 a 67 quienes pueden considerarse perjudicados y sus categorías.

Pues bien, como afirma el Consejo Consultivo de Canarias en su dictamen 73/2022, de 24 de febrero, con cita de su dictamen 292/2021, dichas categorías de perjudicados deben considerarse como autónomas y, en principio, excluyentes, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. Siguiendo este criterio el Tribunal Supremo viene refiriéndose a “parientes más allegados”, por cuya virtud establece el siguiente orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear (cónyuge e hijos), cuyo daño moral no precisa prueba puesto que se presume (STS de 15 de abril de 1988).

2.- Para el resto de los parientes no existe tal presunción, por lo que se requiere realizar un esfuerzo probatorio que acredite alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: que existan lazos de convivencia, o bien importantes vínculos afectivos que permita asimilarles a los miembros de la familia central.

¹²⁶ RJ 1981\2652; RJ 1981\3862; RJ 1981\4317; RJ 1982\7746; RJ 1983\3587 y RJ 1986\5702.

Como afirma la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2021¹²⁷, como regla general, si existiesen cónyuge e hijos, reclamarían estos. En caso de que no los hubiere, el derecho a reclamar correspondería a los ascendientes, y si estos no existiesen, reclamarían los hermanos y allegados. Únicamente correspondería reclamar de manera conjunta varias de las categorías que refleja la Ley si se probase la existencia de especiales circunstancias que acreditasen que los reclamantes dependían de la persona fallecida o convivían con ella.

En síntesis, continúa el citado dictamen, “la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término, a sus padres si la víctima está soltera (SSTS de 2 de julio de 1979 y STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familia”. Por tanto, respecto de los hermanos, “la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad” por lo que debe reservarse esta eventualidad “a quienes, efectiva y realmente hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con esta” (STS de 27 de noviembre de 2003¹²⁸). Por las razones expuestas, no basta que el baremo de accidentes de tráfico contemple a los hermanos entre los

¹²⁷ Núm. 215/2021, ECLI:ES:TSJGAL: 2021:2434.

¹²⁸ Núm. 1625/2023, Recurso de Casación núm. 1847/2002. En parecido sentido, las SSTS de 13 de junio, 20 de octubre, 12 de noviembre de 1981, 20 de abril y 20 de diciembre de 1982, 25 de junio de 1983, y 20 de octubre de 1986, entre otras afirman que los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad. Por su parte, la SAP de Cáceres de 13 de febrero de 1995 (Rollo de Apelación núm. 33/1995) señala que el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados en caso de muerte corresponde a quienes resultan perjudicados por el dolor que produce la pérdida del ser querido y por la pérdida de asistencia económica que proporciona el fallecido, sufriendo tales perjuicios las personas ligadas con la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, convivencia real, dependencia económica y situaciones familiares, sin que hayan razones que impidan la apreciación de la existencia de una pluralidad de perjudicados. En aplicación de este criterio, la SAP de Huelva de 25 de enero de 2007 (núm. 16/2007) señala que el baremo ha de ser aplicado e interpretado con cierta flexibilidad a fin de no desvirtuar sus principios, hacerlo absurdo o llegar a situaciones poco lógicas y sin que quepan apriorismos ha de estarse al caso concreto, que en el proceso en causa determinó que los reclamantes, que contaban con 18 y 19 años, vivían en la misma casa con sus hermanos y padres, no deban ser considerados “cualesquiera hermanos, sino de estos en particular [puesto] que por la proximidad de su edad, por una convivencia en la casa familiar entre ellos durante toda su vida, su afectación es patente ante dicha pérdida, por lo tanto la analogía invocada por la parte recurrente es razonable, ya que el daño moral es ciertamente importante, cosa distinta sería si los hermanos que reclaman se hubieran independizado de su familia o la diferencia de edad fuese grande, porque en estos casos la relación afectiva no es tan intensa y el daño moral sería más difícil de justificar”.

perjudicados y así, la SAP de Baleares 71/2006, de 10 de marzo, con cita de la STC 181/2000 de 29 de junio, afirma que dicho baremo cumple su funcionalidad en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados.

2. ¿Tienen legitimación los herederos para reclamar por los daños morales y por el *petrium doloris* cuando la víctima originaria no ha presentado reclamación antes de fallecer?

El art. 659 del Código civil establece que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona *que no se extinguen con su muerte*”. La dicción del precepto es lógica pero deja abiertos varios e importantes interrogantes: ¿puede nacer en favor de una persona una pretensión de resarcimiento de los padecimientos que experimentó en vida una vez extinguida su personalidad jurídica por consecuencia de su fallecimiento?, ¿el daño moral y psicofísico (*petrium doloris*) y el derecho a reclamar por esta causa se extinguen con la muerte?, ¿nuestro ordenamiento jurídico admite que los herederos puedan reclamar *ex novo* por tales daños morales aun cuando la víctima no formulara reclamación antes de su fallecimiento? La respuesta a estas preguntas ha sido negativa para buena parte de la doctrina, de la jurisprudencia (SSTS de 16 de julio de 2004¹²⁹ y 30 de diciembre de 2002¹³⁰ y STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2013¹³¹) y de los órganos consultivos (dictámenes 498/2011, 596 y 598/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y 119/2009¹³², 149/2016 y 112/2018 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, entre otros muchos) que, aun cuando el causante no hubiera renunciado expresamente a la acción y aunque no hubiera transcurrido el plazo para ejercerla, han venido rechazando las pretensiones indemnizatorias postuladas *iuris hereditatis* al considerar que el daño moral y los daños psicofísicos –incluyendo pérdida de oportunidad y omisión del consentimiento informado (dictámenes 31/2017 y 149/2016 del Consejo Consultivo de Islas Baleares y de 58/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi)- se configuran como un daño personalísimo, que carecen de contenido patrimonial transmisible, que están fuera del comercio de los hombres y que no pueden trascender a quien los padece por lo que sólo puede ser

¹²⁹ Recurso de Casación 7002/2000.

¹³⁰ Recurso de Casación núm. 7300/1998.

¹³¹ Núm. 214/2013, Recurso 977/2009.

¹³² El dictamen afirmaba que “Los reclamantes sólo tenían legitimación activa para reclamar como “legatarios testamentarios”, puesto que la indemnización en concepto de daño personal solo correspondía a la causante, único titular, quien “al no haber reclamado antes de su fallecimiento ni haberse reconocido derecho alguno a su favor, no puede entenderse que hubiera patrimonializado la presunta indemnización”.

reclamado por quien lo sufre, lo que determina que no sea admisible que su resarcimiento se transmita *inter vivos* ni *mortis causa* y, en consecuencia, consideran improcedente por falta de legitimación la reclamación patrimonial que puedan plantear sus herederos. Resulta en este sentido especialmente ilustrativa la STSJ de Asturias, sede Oviedo, de 15 de enero de 2021¹³³ que, con cita de la STSJ Madrid de 20 de abril de 2018¹³⁴ y de las SSTS de 16 de julio de 2004 y de 2 de febrero de 2006¹³⁵, que considera que “no puede presumirse una voluntad activa y beligerante de la víctima originaria hacia tal reclamación y con perjuicio para terceros”, y que “para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse *ex novo* por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios.” Diferente sería, puntualiza, si el paciente hubiera fallecido súbitamente como consecuencia de la intervención quirúrgica o asistencia o que hubiese quedado incapacitado para formular la reclamación, “supuesto en que consideraciones lógicas y de equidad imponen admitir la legitimación pasiva de herederos que reclaman ante la primera oportunidad u ocasión para ello”. En consecuencia, la sentencia desestima la pretensión indemnizatoria de los herederos puesto que el causante no transfirió “derecho a indemnización alguno por aquellos supuestos daños morales y de calidad de vida, sin integrarse como derecho hereditario alguno preexistente del art. 659 C.C.”. Lo único, concluye, que podía nacer en ese momento es un derecho personal de crédito en favor de los perjudicados por su propio daño moral, pero no a título sucesorio sino a título de perjudicados directamente por hecho negligente de otro (la administración sanitaria)¹³⁶.

¹³³ Núm. 5/2021, Recurso núm. 519/2019, ECLI:ES:TJSJAS:2021:2.

¹³⁴ Rec. 795/2015.

¹³⁵ Rec. 7002/2000 y 2181/1999.

¹³⁶ ESPADA MALLORQUÍN, S. “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida. Análisis del caso chileno”, en *Vniversitas*, Universidad Javeriana. Vol. 69, 2020, expone las siguientes razones que justifican la tesis de la intransmisibilidad absoluta del daño moral *mortis causa*: Primero, que es un derecho personalísimo, por lo que el crédito resarcitorio generado es tan personal como el derecho quebrantado. Por tanto, como el daño moral solo lo sufre el que lo padece, este no puede trasladar sus padecimientos y sólo la víctima puede hacer valer ese crédito, que se extingue junto a su titular: “la muerte hace desaparecer el daño y, con ello, la necesidad de compensarlo judicialmente. A dicha argumentación se añade que al fallecer el perjudicado, el resarcimiento del daño moral no puede cumplir ya la función que justifica su existencia, careciendo de sentido que sean los herederos los que se beneficien de forma desnaturalizada de ese crédito resarcitorio (...). Va en contra de la conciencia social que quien no

Ahora bien, si convenimos que los derechos personalísimos no se transmiten, en lógica coherencia tampoco sería posible esta transmisión mediante la figura de la sucesión procesal o subrogación de la reclamación planteada por la víctima originaria ya que, al extinguirse con el fallecimiento el derecho sustantivo lesionado que la sustenta, debería también considerarse extinguido el proceso en marcha emprendido y, con él, el derecho de los herederos a recibir una respuesta a aquella pretensión indemnizatoria interesada por el causante antes de fallecer. No le falta razón, pues, a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Toledo de 23 de noviembre de 2018¹³⁷ cuando afirma que “si se puede estimar que el derecho al resarcimiento en estos casos sí se transmite si el perjudicado fallece después de interponer la reclamación administrativa, ello indica que se trata de un derecho transmisible mortis causa, por lo que carece de sentido considerar como intransmisible el derecho al resarcimiento por lesiones si el perjudicado fallece prematuramente. Hacer depender la transmisibilidad del derecho a si éste ha sido o no ejercitado en vía administrativa no tiene, entiende este Juzgado, justificación pues la naturaleza del derecho (en orden a su transmisibilidad o no), no se altera antes o después de su ejercicio en vía administrativa”.

El argumento parece incontestable pero aunque, en puridad, esto debería ser así, no obstante, este planteamiento ha sido matizado por la jurisprudencia y por la doctrina consultiva¹³⁸, en cuyos pronunciamientos conviven con absoluta naturalidad la negativa a la transmisibilidad de aquellos derechos y la aceptación sin ambages de la posibilidad de sucesión procesal de la reclamación planteada por la víctima antes de su fallecimiento, pues entienden que este —y no cuando se ocasionó el daño— es el preciso momento en el derecho es transmisible a los herederos (SSTSJ de Madrid de 15 de marzo de 2011 y de 28 de febrero de 2013¹³⁹ y de Canarias, Las Palmas, de 30 de diciembre de 2005¹⁴⁰ y dictámenes del Consejo Consultivo de Islas Baleares 86 y 149/2016¹⁴¹). Otros, sin embargo, han ido matizando o incluso

sufre un atentado contra un bien de la personalidad pueda recibir el provecho económico de la reparación que le habría otorgado al damnificado; no siendo correcto que el daño sufrido por una persona en su esfera personal se torne un beneficio injustificado para otro (...).” Por otra parte, si la víctima fallece sin haber interpuesto una acción dirigida a obtener su resarcimiento, ello sería indicativo de una especie de renuncia por parte de la víctima o de un perdón del ofendido. Y, por último, admitir la transmisibilidad de la indemnización por un daño que ya no es reparable para la víctima es tanto como otorgarle una finalidad punitiva que no le corresponde.

¹³⁷ Núm. 234/2018, ECLI:ES:JCA:2018:8078.

¹³⁸ MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, GABILEX, núm. 2, junio 2015, pp. 28 a 32.

¹³⁹ Núm. 214/2013.

¹⁴⁰ Núm. 777/2005, JUR 2006\69012

¹⁴¹ Con cita en la STS de 16 de julio de 2004 (Rec. 7002/2000) afirman que “el daño moral es un derecho personalísimo, que corresponde ex iure propio a su titular (que es quien principio lo sufre) y que no

cambiando su criterio¹⁴². Así lo vino a reconocer el Consejo Consultivo de Asturias en su interesantísimo dictamen 49/2019 –y posteriores 143/2021, 222/2021, 123/2022, entre otros– que, en línea con la STSJ del Principado de Asturias de 5 de febrero de 2021¹⁴³–, que tras un largo periodo en que se posicionó en contra de la transmisibilidad, ha reconsiderado su postura si bien de forma matizada, pues introduce la exigencia de que se acredite la imposibilidad del titular originario de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al haber fallecido o quedado incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios.

Aunque con distinto criterio también lo ha hecho la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en cuyo dictamen 47/2023, continúa afirmando (como ya lo hiciera el Consejo Consultivo de Madrid en sus dictámenes 413/2013 y 391/2011, 159/2013, 87/2014 y la Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 285/2016 y 201/2017, entre otros muchos) que “el derecho al resarcimiento de la lesión por daños personales es un derecho de crédito *intuitu personae* que solo lo puede reclamar el titular lesionado” y que, por tanto, no es transmisible, pero admite, con cita de la STS 141/2021, que una vez determinado el alcance del daño en la reclamación formulada, “sea transmisible el derecho de crédito así solicitado” pudiendo, en consecuencia, ser reclamado por los herederos, siendo tal pretensión compatible con la de resarcimiento del daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento.

Ha venido admitiendo sin reservas la legitimación *iuris hereditatis* el Consejo de Estado, que afirmó en su dictamen 3292/1999, de 22 de diciembre, que “el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituye en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento”. Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña abordó esta cuestión en su dictamen 221/2016 en el que reconoció la legitimación activa del reclamante en su condición de heredero del causahabiente sobre la base del carácter patrimonial del derecho indemnizatorio. Así

es susceptible, por tanto, de transmisión mortis causa, lo que determina la imposibilidad de ser ejercitado *ex iure hereditatis* por personas distintas al perjudicado”. Por tanto, “no es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño (...). Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización a los beneficiarios de ella in iure propio que no como herencia, puesto que la indemnización no habría llegado a integrarse en el caudal hereditario”.

¹⁴² REBOLLO PUIG, M., “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, en *Revista de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011, pp. 65 a 85 da buena cuenta de las dudas y vacilaciones puestas de manifiesto por la jurisprudencia y por la doctrina consultiva en este punto.

¹⁴³ ECLI:ES:TSJAS:2021:237.

afirma que “[...] en congruencia con esta doctrina, que reconoce el carácter patrimonial del derecho a la indemnización, y que sitúa el nacimiento del crédito resarcidor en el momento de producirse el daño, y no en otro posterior, no se aprecia que la circunstancia que singulariza el caso presente, en el que la acción no llegó a ser instada por el causahabiente, tenga que comportar una respuesta distinta en cuanto a la legitimación activa del heredero. En este sentido, en la medida que se ha establecido que el crédito resarcidor queda integrado en el patrimonio del causahabiente, y vistos el resto de elementos del caso presente, debe reconocerse la legitimación activa del hermano del perjudicado [...]”. En esta misma línea, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen 375/2019 acogió también la tesis de la transmisibilidad a los herederos del derecho a reclamar los daños no patrimoniales sufridos por el causante.

También la jurisprudencia ha recibido con favorable acogida la pretensión indemnizatoria de los herederos aun en los casos en que no hubiera mediado reclamación previa del causante, al entender que el derecho del perjudicado a ser indemnizado no nace cuando este ejercita la acción resarcitoria, sino antes, cuando se produce el daño o como consecuencia del hecho lesivo que lo provoca -al igual que sucede en las relaciones entre particulares, según establece el artículo 1089 del Código Civil-, siendo entonces cuando surge el derecho de crédito resarcitorio que ingresa en su patrimonio y puede transmitirse a los herederos (STS 26 de marzo de 2012¹⁴⁴). “Si se admitiera que el derecho a ser indemnizado solo nace en el momento en que se ejercita la acción –argumento implícito en la tesis de la intransmisibilidad del daño no reclamado en vida- sería difícil de explicar cómo puede la Administración declarar su propia responsabilidad de oficio, esto es, a falta de cualquier solicitud del perjudicado; por qué se computa el plazo de prescripción de la acción desde la fecha de producción del hecho o acto que motiva la indemnización, es decir, respecto de un derecho que todavía no ha nacido, o qué razón justifica que la cuantía de la indemnización se calcule por referencia al día en que la lesión se produjo” (STS de 13 septiembre de 2012¹⁴⁵) o en el que el daño se sufre. Estas razones justifican que, como afirma el Consejo de Estado en su dictamen 514/2018, de 19 de julio, “independientemente de que se ejercite o no la acción indemnizatoria, es un derecho de crédito transmisible mortis causa”. En consecuencia, el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir o de obtener la reparación de los mismos y desde ese momento se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales (STS de 18 de julio de 2018¹⁴⁶) o incluso de omisión del consentimiento infor-

¹⁴⁴ ECLI:ES:TS:2012:2078.

¹⁴⁵ Núm. 535/2012, Recurso de Casación núm. 2019/2009, ECLI:ES:TS:2012:7648.

¹⁴⁶ ECLI:ES:TS:2018:3321.

mado (STS de 26 de marzo de 2012¹⁴⁷). Es más, si el heredero fallece también antes de ejercer la acción, sus herederos igualmente adquieren su derecho de crédito a su fallecimiento. Así lo dejó afirmado la SAP de Madrid, de 1 de julio¹⁴⁸: lo que aquí se discute es “si el cónyuge superviviente adquiere, como consecuencia del fallecimiento de la esposa, un derecho de crédito resarcitorio que, no ejercitado con anterioridad a su propio fallecimiento, se integra en el caudal relicto y en él, como en toda su herencia, pueden sucederle los hijos en calidad de herederos”.

En conclusión, si bien los bienes jurídicos sobre los que recae el daño (salud, vida o integridad física) tienen carácter personalísimo y, como tales, no son transmisibles por herencia (STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013¹⁴⁹), el derecho a ser resarcido económicamente por consecuencia de la lesión padecida sobre tales derechos, goza de la naturaleza de crédito de contenido patrimonial (SAP de Madrid de 1 de julio de 2009), por lo que tal derecho no se extingue con la muerte del causante (art. 659 CC); derecho al resarcimiento económico que nace desde el momento en que es causada la lesión sobre aquellos bienes jurídicos y no cuando es ejercitado ante los tribunales o reconocido en una sentencia judicial, que tiene efectos meramente declarativos y no constitutivos del mismo.

Siendo esto así, esto es, si el derecho al resarcimiento tiene carácter patrimonial y si el lesionado lo adquiere desde que lo sufre, en ese momento queda integrado en su patrimonio, y por tanto, desde ese instante es *susceptible de ser transmitido a sus herederos* (en palabras de la STS de 15 de marzo de 2001¹⁵⁰). En este sentido se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Andalucía en su reciente dictamen 621/2023 en el que admitió con base en estos criterios la legitimación *iuris hereditatis*, si bien puntualizando que para que dicha “susceptibilidad a transmitirse” pase a que realmente lo sea –es decir, a su transmisión efectiva– es necesario cumplir como presupuesto previo la identificación del daño -aunque aún no esté cuantificado pericialmente- *antes del fallecimiento* y obviamente que quede igualmente acreditada la condición de herederos de la víctima¹⁵¹ pues, como se ha advertido, no resulta coincidente con la cualidad de perjudicados. La cuestión no es baladí pues, como afirma el Consejo de Estado en el citado dictamen 514/2018, de 19 de julio y en el 942/2018, de 20 de diciembre, cuan-

¹⁴⁷ Recurso 3531/2012.

¹⁴⁸ Núm. 436/2009, ECLI:ES:APM:2009:8802.

¹⁴⁹ Núm. 214/2013.

¹⁵⁰ Num. 141/2021.

¹⁵¹ La SAP de Toledo de 10 de septiembre de 1998 (núm. 262/1998, rollo de apelación núm. 119/1998) desestima la acción de resarcimiento de daños y perjuicios porque fue ejercida por la esposa del titular de la indemnización que había fallecido y no acreditó su condición de heredera. La sentencia considera por ello que la acción la ejerció en nombre propio y exclusivo y no en favor de la comunidad hereditaria ni en representación de sus hijos como posibles herederos.

do se trata de daños no patrimoniales por lesiones o secuelas y el paciente fallece por causas ajenas a ellas, no cabe duda de que existe legitimación de los herederos para reclamar su indemnización¹⁵², mientras que es más discutible esa legitimación si el fallecimiento ha tenido lugar como consecuencia de esas mismas lesiones o secuelas¹⁵³.

Teniendo esto en cuenta, si los herederos detentan al propio tiempo la condición de perjudicados por el fallecimiento de la víctima originaria en el sentido ya analizado podrán solicitar indemnización también en tal concepto puesto que, con la salvedad que advierte el Consejo de Estado, son pretensiones compatibles¹⁵⁴. Como vino a afirmar la emblemática STS de 18 de julio de 2004¹⁵⁵, el hecho de contar con un doble título, *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio*, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC). Igualmente a tales pretensiones podrá añadirse la reclamación por los daños materiales que provocaron el hecho lesivo (gas-

¹⁵² En el caso de autos de la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de diciembre de 2005 (Núm. 777/2005, Recurso núm. 1704/2000) trataba de un derecho de indemnización derivado de lesiones y secuelas que se produjeron con motivo del accidente y en ella se afirma que “en estos supuestos la Sala ha entendido desde antiguo, con apoyo en la doctrina científica (Comentarios al artículo 659 del Código Civil, de Don Gabriel Arauz de Robles y otros), que el derecho al resarcimiento por lesiones se integra en la herencia de la víctima, al morir ésta por causa distinta al accidente. Y tal derecho, en los términos y en los casos expuestos anteriormente, es susceptible de transmisión. Y no cabe sostener que no se encontraba consolidado tal derecho de indemnización en el momento de la muerte, al no haber recaído resolución alguna que lo declarara, pues, por un lado, el artículo 661 CC proclama que la sucesión a título universal transmite al heredero el conjunto de las relaciones jurídicas del causante que no se extinguen, por razón de su propia naturaleza, con su muerte, y por tanto, ha de operarse la transmisión en todas sus obligaciones; pero también en todos sus derechos, ya estén consolidados o en vías de consolidación pues, cuando la posibilidad de ejercitar un derecho depende del curso de un plazo, al morir el causante, el heredero podrá ejercerlo una vez transcurrido dicho plazo, incluso sin esperar a su adjudicación, como ha ocurrido en el presente caso, en que la acción de responsabilidad ejercitada por don Juan María no había sido resuelta por la administración en el momento de su fallecimiento. Y si hubiese fallecido durante el desarrollo del proceso también habrían podido continuarlo sus herederos hasta sus terminación, aunque en este caso no se transmitiría el derecho subjetivo fundamento de la pretensión, sino la pretensión procesal”.

¹⁵³ El Consejo de Estado se aparta —y así lo reconoce expresamente el dictamen— de lo establecido en el art. 47 del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que fue introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. El precepto lleva por rúbrica “compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado” y dispone que: “En el caso de que el fallecimiento del lesionado se haya producido por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse indemnización, la indemnización que corresponda a sus herederos según lo previsto en los artículos anteriores es compatible con la que corresponda a los perjudicados por su muerte”.

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2022 (Rec. 603/2021) afirmaba: “Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento”.

¹⁵⁵ Núm. 515/2004.

tos médicos, de transporte, alojamiento, adaptación de la vivienda a las necesidades sobrevenidas del paciente, entierro y funeral...) así como por el daño moral propio que experimentaron al ver sufrir a su familiar antes de morir¹⁵⁶.

3. Sucesión procesal de los herederos en la reclamación que presentó la víctima originaria antes de fallecer

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en reconocer legitimación activa a los herederos en el caso de preexistencia de una reclamación formulada por la víctima, cuyo óbito se ha producido antes de que se dicte la resolución que la resuelva. El TS admite sin reparos tal legitimación para sustituir a la víctima primaria siempre y cuando los herederos continúen con la reclamación, en cuyo caso resulta enteramente indiferente el carácter moral o de los daños invocados por el causante¹⁵⁷, puesto que, demostrado el perjuicio, el derecho a ser indemnizado nació desde el momento en que este se produjo. Desde tal momento el derecho quedó incorporado en el patrimonio de su titular, siendo susceptible de ser transmitido a los herederos (STS de 7 de diciembre de 1998¹⁵⁸) no solo porque la preexistencia de una reclamación por daños anteriores al fallecimiento hace que estos entren dentro de su as hereditario, al comprender la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 y 661 del Código Civil), sino por la figura de la sucesión procesal que, según dispone el art. 16.1 LEC, “cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o persona que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que este, a todos los efectos”¹⁵⁹.

Son varias las razones jurídicas que abonan esta conclusión. En primer lugar, en este caso no se transmite, en puridad, el derecho subjetivo (el *petrium doloris* ni el daño moral) que fundamenta la reclamación sino que se transmite la pretensión procesal deducida en ella, la cual generó un derecho de crédito transmisible a los herederos dado su carácter patrimonial. En segundo lugar, como afirma la STSJ de Andalucía (sede Sevilla) de 15 de julio de 2013¹⁶⁰, la expectativa o el derecho a recibir

¹⁵⁶ En este sentido, el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 498/11 aludía a la “consiguiente angustia de los reclamantes al no aplicársele medicación paliativa y sedante, como era el expreso deseo de la familia, para evitar el sufrimiento del enfermo”.

¹⁵⁷ GÓMEZ CALLE, E. “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad civil*. Reglero Campos, L.F. (Dir.). Op. cit., p.404, con cita de las SSTs de 24 de junio de 1997, 28 de diciembre de 1998, 3 de diciembre de 1999, 7 de diciembre de 1998 y 20 de noviembre de 1990.

¹⁵⁸ Núm. 1507/1998, Recurso de Casación núm. 3928/1997.

¹⁵⁹ El Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes 138/2006 y 183/2020, entre otros, ha reconocido el nacimiento, *mortis causa*, de una relación jurídica transmisible que legitima a los herederos para intervenir en el procedimiento.

¹⁶⁰ Núm. 1144/2013, rec. 256/2011.

una indemnización se integró en el caudal hereditario de la persona fallecida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 659 del Código Civil. En tercer lugar, la defensa de la herencia, integrando en el caudal hereditario el derecho a la indemnización es una facultad de cualquier heredero en beneficio de la comunidad, que por ello acepta tácitamente su cualidad de tal (artículo 999 del Código Civil)". Y, por último, como enseña la STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2010¹⁶¹, "la cantidad que se entrega no lo es por heredar las hijas el daño moral de la madre, sino la cantidad de dinero que a ésta le correspondía por el daño moral sufrido, que sí es susceptible de transmisión hereditaria, cuando la madre ya ha ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial, que no se ha resuelto, de manera que la tardanza en la resolución del caso no puede perjudicarles". Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los herederos que suceden al causante en la reclamación presentada por éste, lo hacen en la cuantía que reclamó, y por efecto de la *litis contestatio* no tienen posibilidad de aumentarla por nueva valoración o nuevos conceptos indemnizatorios, pues ello equivaldría a variar el objeto del procedimiento en el que suceden al titular originario una vez que había quedado fijado en sus términos. Cuestión distinta es que en su reclamación patrimonial no hubiera fijado el *quatum* indemnizatorio —por ejemplo, porque estuviera pendiente de informe pericial— en cuyo caso habrá de estarse a lo establecido en el mismo, que será tenido como cuantía máxima solicitada.

VIII. EPÍTOME

No cabe duda. Como afirma Pantaleón Prieto "el futuro de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario está, sobre todo, en el tema de la pérdida de oportunidad"¹⁶², puesto que en la mayor parte de los supuestos el daño se produce por error o por retraso en el diagnóstico y en el tratamiento pero lo hace en unas condiciones en que no es posible asegurar que una actuación tempestiva, certera y adecuada hubiera logrado evitarlo. Que deba indemnizarse a la víctima por esa frustración de la expectativa de haber obtenido un mejor resultado, esto es, que deba repararse por la oportunidad que ha perdido constituye el gran dilema para la doctrina, que se divide entre aquellos que se muestran abiertamente opuestos a admitirla —por la incertidumbre en la prueba o por la inexistencia de relación causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo— y quienes consideran que no hacerlo supone exonerar injustamente al centro sanitario que en algún grado o medida ha contribuido a producirlo y dejar desprotegida a la víctima, que acabaría soportando sin resarcimiento un daño que, aunque pasivo, se sabe cierto.

¹⁶¹ Núm. 78/2010, rec. 389/2009.

¹⁶² En la conferencia pronunciada en las Jornadas sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que organizó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid los días 15 y 16 de marzo de 2012.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se nos presenta así como la mejor opción pero, siendo reciente su origen en la jurisprudencia, es de toda lógica que su aplicación práctica adolezca de serias contradicciones e insuficiencias que es preciso superar. Así sucede en relación a la exigencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, que en la pérdida de oportunidad deben concurrir si bien con ciertas modulaciones –que algunas resoluciones judiciales desatienden- derivadas de la especificidad que impone la incertidumbre causal propia de esta doctrina, en cuanto a la mala praxis y su trascendencia lesiva –que a veces pasa desapercibida-, o respecto a su cuantificación –que en muchas ocasiones no se aminora o lo hace con criterios de reducción que no son precisamente los más adecuados-.

Igual reproche cabría hacer a la forma de entender la pérdida de oportunidad. Son numerosas las sentencias y los dictámenes de Consejos Consultivos que afirman –con desacierto, en mi opinión- que es una alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite aplicarla aun cuando esta quiebra no se ha producido. Otras, consideran que es un daño autónomo que se asemeja al daño moral, con lo que dejan sin resarcir los daños patrimoniales que hayan podido producirse, mutan inopinadamente la pretensión de resarcimiento de daños físicos por una indemnización por un daño moral que no fue invocado ni solicitado, incurriendo así en incongruencia procesal, y cuantifican la lesión con criterios de discrecionalidad que no siempre van acompañados de la suficiente motivación. Considero que el entendimiento acertado no es otro que el criterio de la imputación causal probabilística, pues elimina la inseguridad que genera proceder a la valoración a tanto alzado, evita indemnizaciones por daños hipotéticos y respeta el *petitum* y con ello, el objeto del procedimiento.

Cuestión especialmente espinosa es la relativa a la legitimación activa en los casos en que los herederos pretenden reclamar *ex novo* por daños tan personalísimos como son los daños morales y el *pretium doloris* que sufrió la víctima originaria, quien falleció sin haber presentado reclamación alguna solicitando su resarcimiento. La jurisprudencia y la doctrina consultiva tampoco ofrecen una respuesta unánime y, en muchas ocasiones, manejan con cierta inseguridad sus argumentos cuando niegan la transmisibilidad en este caso y la admiten sin reparo en los supuestos de sucesión procesal de los herederos, que se subrogan en la reclamación que presentó el causante antes de fallecer, olvidando que la transmisibilidad de un derecho y su carácter personalísimo parece que es algo que no debe hacerse depender de la preexistencia de reclamación patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO RESTREPO, P. “La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI”, en *Médicas Uis*, 2012;25(1):63-9. *Revista de los estudiantes de medicina de la Universidad industrial de Santander*. Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. Colombia.
- ASENSI PALLARÉS, E. “Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.
- ASENSI PALLARÉS, E. “La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños” en *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*, Tomos I, II y III, marzo, 2021.
- CANO CAMPOS, T. “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la administración”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, Madrid, 2013.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida. Análisis del caso chileno”, en *Vniuersitas*, Universidad Javeriana. Vol. 69, 2020.
- ESPINOSA BRITO, A. “Guías de práctica clínica. Algunos aspectos relacionados con su elaboración e implementación”, en *Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos* 7(5), Medisur 2009.
- GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015.
- GARCÉS-GARRO RANZ, M., “La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización”, en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014.
- GARCÍA GARNICA, M^a C. “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida?, en la obra colectiva *Responsabilidad médico-sanitaria*, dirigida por Herrador Guardia, M. (Dir.). Las Rozas (Madrid), Ed. Sepín, 2022.
- GARNICA MARTÍN, J.F. “La prueba del lucro cesante”, *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, 2007.

- GASCÓN ABELLÁN, M. y MEDINA ALCOZ, L. “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad)”. *Teoría y Derecho*, núm. 6, 2009.

- GIL MEMBRADO, C. “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?”, en la obra colectiva *Cuestiones clásica y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. Ataz López, J., Cobacho Gómez, J.A., Roca Guillamón, J., Díaz-Bautista Cremades, A. (Coord.) Vol. 2, 2001.

- GÓMEZ CALLE, E. “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad civil*. Reglero Campos, L.F. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2002.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “El escándalo de la pérdida de oportunidad”, *Diario la Ley*, núm. 9869, Sección doctrina, 2021.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)”, *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018.

- HURTADO DÍAZ-GUERRA, I. *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral dirigida por la Dra. Ana María de Marcos Fernández, Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2017.

- LATORRE, LUNA, L. “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho*, núm. 8, 2018.

- LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.

- LLAMAS POMBO, E. *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010.

- LUNA YERGA, A, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *InDret*”, *Revista para análisis del Derecho*, núm. 288, 2005.

- MARAÑÓN, G. *Vocación y ética y otros ensayos*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946.

- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2022”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002.

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, Llamas Pombo, E. (Dir.). LA LEY, Madrid, 2014.

- MAYOR GÓMEZ, R. “Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas”, *GABILEX*, núm. 2, junio 2015.

- MEDINA ALCOZ, L. “Capítulo IV. La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones críticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 47, dic. 2009.

- 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*, núm. 30, 2009.

- MEDINA ALCOZ, L. “La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal”: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba?. *Revista TEORDER*, núm. 6, 2009.

- MIR PUIGPELAG, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Cívitas, Madrid, 2000.

- PANTALEÓN PRIETO, F. “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *ADC*, 1983.

- PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad por inadecuada o insuficiente información al paciente de los riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”, en *Ponencias XII Congreso sobre responsabilidad civil y derecho de circulación. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. López García de la Serrana y Estrella Ruiz (Dir.) Madrid, Ed. Sepín, 2012.

- REBOLLO PUIG, M., “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, en *Revista de la Función Consultiva*, núm. 16, 2011.

- RIBOT IGUALADA, J. “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2007.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía”, en *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009.

- ROMEO CASABONA, C.M. “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal”, en *Responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Sevilla, 1994.

- ROMERO COLOMA, A.M. “La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2004.

- SARDINERO GARCÍA, C. “Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española”, Tesis doctoral dirigida por Santiago Sáez, A., Perea Pérez, B. y Benito León, J. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

- VICANDI MARTÍNEZ, A. “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria. ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, en *Derecho y salud*, vol. 25, núm. 2, 2015.

- VICENTE DOMINGO, E. “El daño”, en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, L.F. (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002.

- XIOL RIOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010.