



doctrina

Configuración jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria. Especial referencia al consentimiento informado y al error o retraso de diagnóstico

María José Orozco Guzmán
Abogada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 2.1 Orígenes e incorporación en la jurisprudencia española.
 - 2.2 Breve referencia conceptual.
 - 2.3 Naturaleza jurídica. Desde el nexo causal hacia la probabilidad causal.
 - 2.3.1. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación en sí mismo.
 - 2.3.2. La pérdida de oportunidad como bien jurídico indemnizable o daño autónomo. Su “ semejanza ” con el daño moral.
 - 2.3.3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística.
- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 3.1 Consideraciones previas.
 - 3.2 El deber de información y/o consentimiento informado.
 - 3.2.1. Concepto y alcance legal.
 - 3.2.2. Consecuencias jurídicas generales de la falta de información y/o consentimiento informado.
 - 3.2.3. La pérdida de oportunidad en los supuestos de falta de información y/o consentimiento.
 - 3.3 El error o retraso en el diagnóstico. Particularidades en la enfermedad del cáncer.
 - 3.4 Error o retraso en el diagnóstico de malformaciones del feto (wrongful birth y wrongful life).
- IV. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
 - 4.1 Regla general.
 - 4.2 ¿La pérdida de oportunidad como criterio de facilidad probatoria?
 - 4.3 Excepciones a la aplicación de la pérdida de oportunidad. Importancia de la doctrina jurisprudencial sobre “ la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño ” y de la doctrina del “ estado de la ciencia ”.
 - 4.4 La relevancia de la prueba pericial.
- V. DETERMINACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE
- VI. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD
- VII. CONCLUSIONES. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS DE MEJORA. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil médica es un ámbito complejo y en constante evolución, marcado por la tecnificación de la medicina, el aumento de las relaciones médico-paciente y la mayor protección de los derechos del paciente, que han convertido el análisis de la responsabilidad civil sanitaria en un terreno fértil para el debate jurídico.

En este contexto destaca la controvertida figura de la pérdida de oportunidad, cuya naturaleza jurídica, ámbito de aplicación, criterios de valoración y tipo de daño resarcible siguen siendo objeto de debate.

La incertidumbre propia de la ciencia médica dificulta respuestas claras, especialmente en supuestos de error o retraso diagnóstico y de falta o deficiencia del consentimiento informado, que han generado un intenso desarrollo jurisprudencial.

Este estudio analiza cómo la jurisprudencia española configura la pérdida de oportunidad en estos casos, su evolución, su relación con el error diagnóstico y la ausencia de información, así como los criterios empleados para fijar la indemnización, proponiendo mejoras que refuerzan la seguridad jurídica y la adecuada reparación del paciente.

La doctrina y jurisprudencia se caracterizan por una notable inseguridad interpretativa, al oscilar entre considerar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, una alternativa a la infracción de la *lex artis* o una manifestación del daño moral, planteándose serias dudas acerca de si su incidencia se proyecta sobre el ámbito probatorio o sobre el nexo causal. Ante la falta de regulación normativa, la jurisprudencia asume un papel central en su delimitación y valoración, lo que hace necesaria la sistematización de criterios consolidados para equilibrar la protección de los pacientes y la seguridad jurídica de profesionales y centros sanitarios.

II. LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

2.1 Orígenes e incorporación en la jurisprudencia española.

Los orígenes de la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad se remontan a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, es-

pecialmente en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*).

A nivel europeo, la primera referencia la encontramos en Francia, cuando la *Cour de Cassation* en fecha 17 de julio de 1889 indemnizó la pérdida de la chance por la culpa de un funcionario judicial que impidió la tramitación de un proceso, y en consecuencia, la posibilidad de alcanzar una resolución judicial¹. En el sistema de *Common Law*, no fue hasta 1911, cuando la *Court of Appeal*, en el asunto *Chaplin v. Hichs*, acudió a la aplicación de la pérdida de oportunidad para resarcir a una candidata a un concurso de belleza por privarla de acudir a la fase final al no habersele comunicado la fecha de la selección.²

La pérdida de oportunidad comenzó siendo ampliamente aceptada con una rápida generalización a lo largo del siglo XX, incluso a pesar de no contar con un cuerpo doctrinal previo que hubiera avanzado el análisis de sus presupuestos, naturaleza jurídica y efectos, con la inseguridad jurídica que, aún a día de hoy, continúa latente³.

En el ordenamiento jurídico español la pérdida de oportunidad carece de un reconocimiento legal expreso. Ningún precepto de la legislación sobre responsabilidad hace referencia expresa a ella - ni el Código Civil, ni la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o 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 a motor -.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo la entiende como “un caso particular de infracción de un interés digno de protección legal”⁴.

No fue hasta promulgación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedi-

1 Garcés-Garro Sanz, M., “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”, *Revista Ceflegal*. CEF, núm. 111, 2009, p. 36.

2 Medina Alcoz, L. “La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado”, Thomson - Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 141.

3 García Garnica, M.C., “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida?”, 2022, p.53.

4 Audiencia Provincial de Madrid, de 10/04/2018, Número de Sentencia: 126/2018, Número de Recurso: 453/2017; ECLI: ES:APM:2018:5404.

mientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, —mediante la cual se incorporaron al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE—, cuando se reconoció de forma implícita la figura de la pérdida de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico, al consagrar el derecho del licitador — tenga o haya tenido un interés legítimo en la adjudicación — que hubiera contado con “posibilidades reales” de resultar adjudicatario a ser indemnizado.

La ausencia de una regulación normativa específica sobre la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad ha llevado a que sean los tribunales, influenciados por otros sistemas jurídicos y el impacto doctrinal, quienes han delimitado y configurado esta figura, construyendo su contenido a través de su aplicación práctica en los diversos procedimientos judiciales.

La recepción de esta doctrina en nuestro país se inició en el ámbito de los Juzgados y Audiencias Provinciales que comenzaron a aplicarla de manera incipiente. Posteriormente, el Tribunal Supremo —principalmente a través de sus Salas Primera y Tercera— la asumió y desarrolló, consolidando así una línea jurisprudencial favorable a su aplicación en determinados supuestos.

Tal y como señala el magistrado XIOL RÍOS, la aplicación de esta doctrina opera como un correctivo frente al rígido principio del «todo o nada» en la determinación del nexo causal entre la conducta y el resultado producido, en aquellos supuestos en los que la certeza absoluta resulta inalcanzable. La exigencia de una prueba plena del nexo causal conduciría, en tales casos, a la ausencia de resarcimiento de los daños sufridos por las víctimas, lo que impone la necesidad de operar en términos de probabilidad. En esta línea, la jurisprudencia más reciente se aparta de la exigencia de certeza y orienta la fundamentación de las indemnizaciones hacia el cálculo de probabilidades, para fundamentar indemnizaciones parciales.⁵

Sin embargo, su aplicación se mantiene bajo criterios restrictivos para evitar una responsabilidad objetiva encubierta y se utiliza principalmente en dos supuestos: (1) el error o retraso diagnóstico que priva al paciente de expectativas de curación o mejoría, y (2) el incum-

plimiento del deber de información o la falta de consentimiento informado, que impide al paciente decidir libremente y, en su caso, evitar las secuelas del tratamiento o intervención.

Pero esto no es todo, hay que tener presente que, en ocasiones, los problemas vinculados a la pérdida de oportunidad pueden derivar no tanto de la incertidumbre propia de los resultados de la ciencia médica, sino de la propia imprevisibilidad de la conducta del perjudicado, lo que añade complejidad al exigir si la chance frustrada resulta jurídicamente relevante cuando el resultado depende de su decisión futura.

El Tribunal Supremo la acogió expresamente por primera vez en 1998, a través de su Sala Primera, que analizó la posible responsabilidad de una enfermera (ATS)⁶, en el ámbito de la responsabilidad médica civil, reconociendo que si existe la posibilidad de reparar un daño corporal previamente sufrido y esa posibilidad se ve frustrada, se priva al paciente de la oportunidad de mitigar el daño. Así, la “expectativa” —la *chance* de un resultado favorable— adquiere relevancia jurídica y puede ser objeto de resarcimiento a favor del paciente que perdió la oportunidad de evitar o atenuar el perjuicio efectivamente padecido.

Posteriormente, su aplicación se extendió de forma destacada a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, donde la jurisdicción contenciosa administrativa recurre con mayor frecuencia a esta figura, en parte porque el número de demandas interpuestas contra las Administraciones Públicas supera al de aquellas presentadas contra entidades o profesionales del ámbito privado.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo concibe la pérdida de oportunidad como una regla de imputación causal de carácter probabilístico, distinta de las cláusulas generales de la responsabilidad civil⁷.

No obstante, en el orden contencioso-administrativo coexisten dos enfoques: uno que la

5 STS (Sala 1ª), de 19/02/2019, Número de Sentencia. 105/2019, Número de Recurso 2990/2016; ECLI:ES:TS:2019:576

6 El caso trataba de la amputación de una mano de un trabajador, cuyo reimplante resultó imposible por una incorrecta conservación del miembro. Aunque la enfermera había indicado el procedimiento adecuado, un tercero alteró la conservación al usar hielo seco. El Tribunal Supremo descarta imputar el fracaso del reimplante, al no estar garantizado su éxito, y limitó su responsabilidad a la pérdida de la oportunidad de realizar la intervención en condiciones adecuadas.

7 STS (Sala 3ª), de 20/03/2018 (ECLI:ES:TS:2018:1096).

vincula estrictamente a la existencia de incertidumbre causal, negando su aplicación cuando esta no concurre⁸, y otro que la configura como un criterio de imputación autónomo y alternativo a la infracción de la *lex artis*.

2.2 Breve referencia conceptual.

La pérdida de oportunidad o “teoría de la chance” es una construcción jurisprudencial que, partiendo de la incertidumbre causal, permite imputar responsabilidad cuando no existe certeza plena sobre el nexo causal entre la actuación del profesional y el daño producido.

En palabras de YZQUIERDO TOLSADA, la pérdida de oportunidad se configura como una situación caracterizada por la coexistencia de dos elementos: la certeza de que, de no haberse producido el hecho dañoso, el perjudicado habría conservado una expectativa legítima de obtener una ventaja o evitar un perjuicio patrimonial, y la incertidumbre insuperable respecto de cuál habría sido el desenlace final en ausencia de dicho evento.⁹

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de *pérdida de oportunidad, de vida o de curación* cuando una omisión o actuación deficiente priva al paciente de la posibilidad de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, siendo cierta la pérdida de la oportunidad, aunque incierto su alcance.¹⁰

Se configura como un instrumento jurídico cuyo propósito fundamental es facilitar la acreditación del perjuicio en aquellos supuestos en los que al desenvolverse entre distintos grados de incertidumbre, su prueba resulta especialmente compleja. Siendo así, su aplicación queda restringida a los casos en los que el nexo causa-efecto presenta un grado de probabilidad razonable.

En este sentido, MEDINA ALCOZ concibe la pérdida de oportunidad como una técnica aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, de los particulares y de la Administración,

orientada a superar las dificultades inherentes a la prueba del nexo causal.¹¹ Estas dificultades adquieren una especial intensidad en el ámbito sanitario, donde dicha técnica permite atenuar los efectos del modelo causal tradicional del «todo o nada», conforme al cual la acreditación del nexo causal determina la indemnización íntegra del daño, mientras que su falta excluye cualquier resarcimiento. Frente a ello, la doctrina de la pérdida de oportunidad persigue una distribución equitativa de la incertidumbre causal entre la víctima y el agente dañino, de modo que este último asuma responsabilidad únicamente en la proporción en que haya contribuido al menoscabo sufrido.

En estos términos, se pronuncia el TSJ de Madrid, que en sentencia de 5 de junio de 2015 (recurso 682/2013), señala que la doctrina de la pérdida de oportunidad requiere la existencia de una actuación negligente que origine el daño y se aplica cuando no es posible demostrar un vínculo directo entre un hecho culposo y los distintos resultados posibles según los conocimientos científicos disponibles, evitando así que la víctima quede desprotegida. En consecuencia, se indemniza a quien, por una conducta negligente comprobada, pierde la posibilidad de un “suceso favorable” futuro e incierto, aunque con una cuantía inferior que la que corresponde si se pudiera establecer de manera clara el nexo causal entre el actuar administrativo y los daños producidos.

Por ejemplo, se sostiene que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha desarrollado esta doctrina para asegurar la indemnización del paciente perjudicado y evitar la impunidad del profesional en aquellos casos donde la incertidumbre probatoria impide aplicar la teoría clásica de imputación culpabilística basada en la quiebra de la *lex artis* “ad hoc”, sin recurrir a la imputación objetiva ni a la compensación de culpas.¹²

Asimismo, se señala que la pérdida de oportunidad puede aplicarse incluso cuando no existe infracción de la *lex artis*, siempre que se trate

8 SSTS (Sala 3ª) 8548/2012, de 21/12/12 (ECLI:ES:TS: 2012:8548); 462/2018, de 20/03/2018 (ECLI:ES:TS:2018:1096).

9 Asociación Juristas de la Salud. Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD, Julio-Diciembre 2015; Volumen 25, número 2.

10 STS (Sala 3ª) 18/07/2016, Número de Recurso: 1832/2016.

11 Medina Alcoz, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina), Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2009, pp. 32.

12 Tapia Hermida, Alberto J. Responsabilidad civil del abogado y doctrina de la “pérdida de oportunidad”: Sentencia núm.456/2021, de 29 de junio del Tribunal Supremo, 17 de septiembre de 2021.

de un daño “antijurídico” derivado del funcionamiento del servicio.¹³

Pero entonces, ¿qué es la pérdida de oportunidad? o lo que a nosotros nos interesa ¿cuál es su naturaleza jurídica? ¿cómo la configuran los tribunales? ¿es un criterio de imputación? ¿es un daño indemnizable por sí sólo? Son cuestiones que continúan sin una respuesta clara en la actualidad.

2.3. Naturaleza jurídica. Desde el nexo causal hacia la probabilidad causal.

El desorden conceptual en torno a la pérdida de oportunidad ha llevado a su uso como “comodín”, ya sea ignorando el análisis probabilístico, asimilándola al daño moral, simplificando los requisitos de la responsabilidad civil o buscando decisiones sustantivamente justas según el caso concreto.

La confusión terminológica a la hora de aplicar la pérdida de oportunidad, y las distintas conceptualizaciones existentes en torno a la misma, están generando un mal uso y/o abuso de la misma.

Hay que recordar que en la responsabilidad civil, el elemento central sigue siendo el nexo causal entre la conducta del agente y el daño del paciente, tal como lo establecen los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil y el artículo 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que exige que el hecho ilícito sea la causa verdadera y directa del perjuicio. En consecuencia, sólo quien causa efectivamente el daño puede ser obligado a repararlo.

De esta manera, la causalidad física se centra en reconstruir si, de no haberse producido la acción u omisión del agente, el daño habría podido evitarse. La doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una excepción, al permitir imputar responsabilidad incluso cuando la relación causa-efecto no es completamente verificable. Algunos autores la califican de “afrenta a la causalidad” o “mentira técnica”¹⁴, pues reemplaza la certeza del nexo causal por un análisis probabilístico de la oportunidad perdida.

En esencia, traslada el enfoque del daño desde la certeza absoluta hacia la probabilidad, reconociendo situaciones en que el agente pri-

va al perjudicado de una posibilidad real de obtener un resultado favorable, aunque no se pueda probar que su conducta causó directamente el daño final.

La configuración de la pérdida de oportunidad en nuestros Juzgados y Tribunales, hace necesario, distinguir tres posibles formas de entenderla, al habersele dado un tratamiento tanto desde la perspectiva del daño como desde la perspectiva de la causalidad. A saber:

1.3.1 La pérdida de oportunidad como criterio de imputación en sí mismo, alternativo a la infracción de la *lex artis*.

Un sector de la doctrina entiende que la pérdida de oportunidad funciona como un mecanismo corrector del rigor probatorio, permitiendo indemnizar cuando no puede demostrarse con certeza que la actuación u omisión causó directamente el daño, incluso más allá de la infracción de la *lex artis*, siempre que exista un daño antijurídico derivado del funcionamiento del servicio¹⁵ (SSTS de de 24 de noviembre de 2009¹⁶, de 27 de septiembre de 2011¹⁷, de 3 de diciembre de 2012¹⁸, de 20 de marzo y 6 de febrero de 2018, entre otras).

En tales situaciones, lo que se indemniza es la oportunidad perdida (real y seria) de obtener un mejor resultado o de evitar un perjuicio mayor.

Así, se configura como un criterio autónomo de imputación del daño, distinto de la culpa o la negligencia, prescindiendo del nexo causal tradicional y otorgando resarcimiento incluso sin mala praxis.

Sería suficiente, por tanto, que hubiera existido una alternativa de tratamiento o la aplicación de una técnica distinta a la elegida por el facultativo, que pudiera haber ofrecido un resultado más favorable para el paciente. La opción seleccionada no fue incorrecta desde un punto de vista técnico, no hubo infracción de la *lex artis* ni se vulneró ningún protocolo; simplemente no se alcanzó la mejoría o curación esperada,

¹⁵ STS (Sala 3ª), de 20/03/2018, Número de Resolución: 462/2018, Número de Recurso: 2820/2016; ECLI:ES:TS:2018:1096.

¹⁶ STS (Sala 3ª), de 24/11/2009; Recurso de casación 1593/2008.

¹⁷ STS (Sala 3ª), de 27/09/2011, Recurso de casación 6280/2009.

¹⁸ STS (Sala 3ª), de 03/12/2012, Número de Recurso: 2892/2011; ECLI:ES:TS:2012:8508.

¹³ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 18/03/2021 Número de Sentencia: 230/2021 Número de Recurso: 169/2018 ECLI: ES:TSJCV:2021:7358.

¹⁴ Garcés-Garro Ranz. M., ob. cit., p. 44.

pese a que existían otras opciones clínicas posibles, todas ellas con un pronóstico igualmente incierto¹⁹.

Un ejemplo ilustrativo lo constituye la STS de 21 de diciembre de 2015²⁰, en la que la Sala reconoce una indemnización de 150.000€, aun cuando no pudo determinarse con certeza que un diagnóstico más precoz hubiera evitado el resultado dañoso, ni existían altas probabilidades de que una atención sanitaria más temprana hubiera modificado su evolución.

Este modo de proceder provoca prácticamente la objetivación de la responsabilidad sanitaria, convirtiendo al profesional o a la Administración Pública en una suerte de asegurador de resultados adversos o inciertos, y la función reparadora en sancionadora. Tan cuestionable es indemnizar con el 100% a quien sólo tenía un 95% de probabilidades de supervivencia como indemnizar estas probabilidades estadísticas reducidas²¹.

Esta configuración que va cogiendo peso en la jurisdicción contenciosa administrativa, contradice los principios de la responsabilidad civil médico-sanitaria al condenar al médico por el mero incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente. Esto es problemático porque: (1) imputar responsabilidad por riesgos mínimos convierte la medicina en una obligación de resultado, desnaturalizando su esencia, (2) condenar por un aumento de riesgo sin probar un daño concreto vulnera el principio de causalidad, (3) responsabilizar por oportunidades casi inexistentes implicaría indemnizar daños meramente hipotéticos, (4) la práctica médica conlleva riesgos inherentes que no deben atribuirse automáticamente al profesional; asumir responsabilidad por cualquier riesgo, por mínimo que sea, equivale a sancionar la mera actividad médica.

En consecuencia, sólo deben indemnizarse oportunidades reales, serias y relevantes, no daños hipotéticos o probabilidades abstractas,

respetando así la finalidad protectora del derecho de daños.

1.3.2 La pérdida de oportunidad como bien jurídico indemnizable o daño autónomo. Su “ semejanza ” con el daño moral.

Este enfoque considera que la posibilidad perdida—ya sea de lograr un resultado favorable o de evitar un perjuicio—constituye un daño autónomo, distinto del daño final. No se trata de un lucro cesante ni de un daño emergente dejado de evitar; lo que se repara es la expectativa frustrada de un resultado positivo, como la curación o la supervivencia. La “oportunidad perdida” se reconoce como un bien en sí mismo, susceptible de valoración económica, y su pérdida constituye un daño real y efectivo.

Dentro de la doctrina, se distingue entre quienes sostienen que este bien dañado es siempre de naturaleza moral y quienes consideran que puede tener distinta naturaleza, señalando que operar en el terreno hipotético no implica que la oportunidad perdida deba calificarse necesariamente como daño moral.

Ejemplos de esta configuración se encuentran en varias sentencias del Tribunal Supremo: la de 12 de julio de 2007 (S.3ª)²², que indemniza la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento adecuado, no el fallecimiento en sí; la de 17 de abril de 2007 (S.1ª)²³, que reconoce el daño moral derivado de la pérdida de una expectativa; la de 19 de octubre de 2011²⁴, en un caso de retraso diagnóstico, que indemniza por la pérdida de la oportunidad de ser tratado antes del empeoramiento y de forma distinta; y las de 27 de enero de 2016²⁵ y 20 de marzo de 2018²⁶, que señalan que el daño no es material, sino la incertidumbre sobre cómo habrían evolucionado los hechos de haberse seguido otros parámetros de actuación, indemnizando las expectativas de curación frustradas y ajustando la cuantía según la probabilidad de que el daño se hubiera producido incluso actuando diligentemente. Si bien, en esta última resolución se hace también

19 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza”, Revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 1130-376X, núm. 115, enero-junio (2023), p. 63.

20 STS (Sala 3ª), de 21/12/2015, Número de Resolución: 5640/2015, Número de Recurso: 1247/2014; ECLI:ES:TS:2015:5640.

21 Luna Yerga, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, 2005, p. 7.

22 STS (Sala 3ª), de 12/07/2007, Número de Recurso: 92/2003; ECLI:ES:TS:2007:5230.

23 STS (Sala 1ª), de 17/04/2007, Número de Resolución: 423/2007, Número de Recurso: 1007/2000; ECLI:ES:TS:2007:2561.

24 STS (Sala 3ª), de 19/10/2011, Número de Recurso: 5893/2006; ECLI:ES:TS:2011:7060.

25 STS (Sala 3ª), de 27/01/2016, Número de Recurso: 2630/2014; ECLI:ES:TS:2016:145.

26 STS (Sala 3ª), de 20/03/2018; ECLI:ES:TS:2018:1096.

alusión a la pérdida de oportunidad como alternativa a la quiebra de la *lex artis*, evidenciando nuevamente, la confusión que rodea la naturaleza de esta doctrina²⁷.

En definitiva, se puede afirmar que la actuación médica puede privar al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, ajustando la cuantía según la probabilidad de que el daño se hubiera producido aún actuando diligentemente. Aunque casi todos los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria podrían generar una reclamación por daño moral, no siempre concurrirá la relevancia jurídica suficiente para generar derecho a indemnización bajo este concepto.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria el daño moral puede manifestarse, por ejemplo: en la falta de información o de consentimiento informado; en los supuestos de *wrongful birth* (imposibilidad de interrumpir el embarazo debido a un error médico) o *wrongful conception* (imposibilidad de decidir sobre la procreación a causa del fallo de un método anticonceptivo); en el fallecimiento de un familiar o allegado; en errores o retrasos diagnósticos; o en el sufrimiento derivado del dolor físico.

Todos estos supuestos podrían, en mayor o menor medida, vincularse con la figura de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no se tratan de nociones equivalentes ni de conceptos intercambiables.

Es cierto que la pérdida de oportunidad y el daño moral comparten algunas similitudes en cuanto a su naturaleza intangible y su dificultad para ser cuantificados con precisión, pero el hecho de operar en el terreno de la hipótesis no justifica que la oportunidad perdida deba evaluarse necesariamente o en todo caso como daño moral.

Son muchas las sentencias que al pronunciarse sobre la pérdida de oportunidad hacen referencia al daño moral. Así, la semejanza entre ambas –siendo el daño moral el concepto indemnizable–, se remarca, entre otras, en la STSJ 441/2019 de Galicia, de 3 de octubre de 2019²⁸.

Atendiendo a la diversidad de resoluciones, la aplicación de la pérdida de oportunidad varía: en algunos casos se indemniza únicamente el

daño moral por la privación de la posibilidad de obtener un resultado favorable o de decidir sobre someterse a una intervención en situaciones de falta de información o consentimiento; en otros, al daño moral se suman los daños físicos derivados de las secuelas; y en determinadas sentencias ni siquiera se precisan los conceptos indemnizados, limitándose a describir las circunstancias consideradas para determinar el porcentaje o la cuantía de la indemnización.

De esta manera, como bien afirma GARNICA MARTÍN, el daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín para dar solución a cuestiones que no dependen de la clasificación de los daños, sino de su prueba y valoración, dado que sus reglas de enjuiciamiento son tan laxas que dejan al Tribunal discrecionalidad sobre su existencia y valoración.²⁹

GALLARDO CASTILLO, con acierto, apunta que la jurisprudencia, con la mejor intención, recurre al daño moral para indemnizar perjuicios materiales no acreditados, utilizándolo como «criterio mensurador» por razones de equidad y para evitar que daños patrimoniales presuntamente existentes queden sin resarcimiento debido a la falta de prueba concluyente. Sin embargo, no resulta acertado subsumir automáticamente las oportunidades perdidas bajo el daño moral, siendo razonable cuestionar esta práctica.³⁰

Nada más lejos de la realidad, la aplicación de esta teoría resulta criticable, por los riesgos reales de su aplicación práctica desde dos puntos de vista:

En primer lugar, al entender la oportunidad pérdida como bien jurídico autónomo distinto del resultado producido, el Juzgador que estima su reparación cuando no ha sido expresamente invocada por el reclamante, incurrirá en incongruencia. Para que proceda reparar el daño moral no sólo es necesario alegarlo, sino también acreditar la existencia de una situación real de incertidumbre, angustia o zozobra (no meramente hipotética). Reconocer una indemnización por este concepto cuando el interesa-

27 García Garnica, M.C., *ob. cit.*, p.64.

28 Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 09/04/2025, Número de Sentencia: 239/2025, Número de Recurso: 654/2022; ECLI: ES:TSJGAL:2025:3100.

29 Garnica Martín, J.F., “La prueba del lucro cesante”. *Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina)*, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007, p. 53

30 Gallardo Castillo, M.J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, p. 60.

do solicitó expresamente una indemnización por daño físico vulnera los principios dispositivo y de congruencia, constituyéndose como una verdadera infracción procesal.

En segundo lugar, si se concibe como un interés de naturaleza moral distinto al bien jurídico lesionado (vida, salud, derecho de autodeterminación...), su reconocimiento resulta problemático, pues solo puede determinarse *ex post*, cuando no se verifica con certeza la relación causal con el daño final. De lo contrario, no es que el bien autónomo haya quedado indemne, sino que ni siquiera se reconoce su existencia³¹.

1.3.3 La pérdida de oportunidad como un criterio de imputación causal probabilística.

Por su parte, otro sector de la doctrina y jurisprudencia, la considera aplicable a aquellos supuestos en los que entre la actuación y el daño existe una incertidumbre causal jurídica-

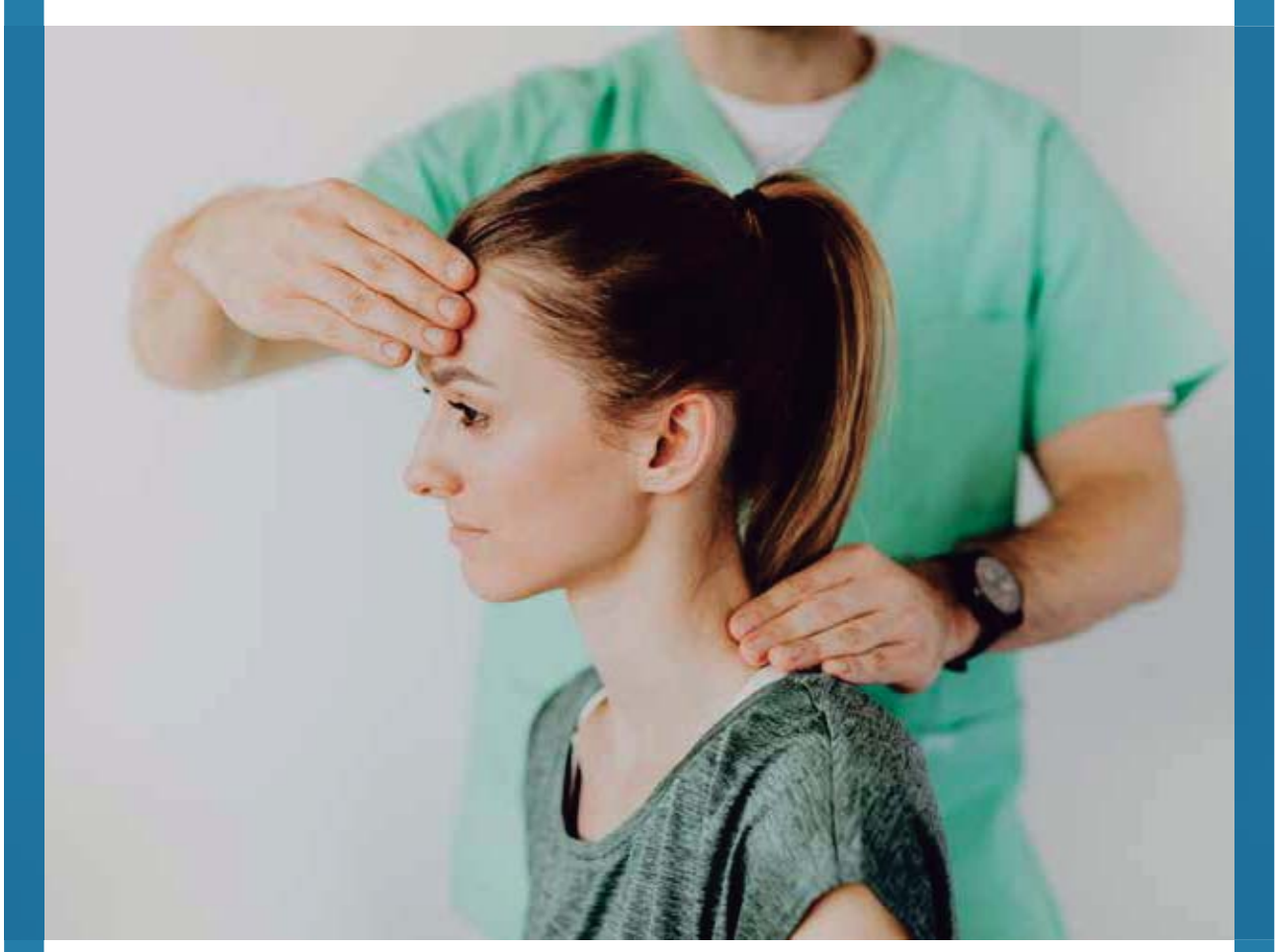
mente relevante. La indemnización se determinará en proporción al grado de probabilidad con que la conducta del demandado haya contribuido a su producción.

Tal y como expone GALLARDO CASTILLO, la indemnización se proyecta a la fracción del daño final producido y no exclusivamente al daño moral. A diferencia de la teoría anterior, el porcentaje de probabilidad que refleja la oportunidad perdida no se limita al daño moral ni excluye otros conceptos, sino que puede abarcar daños físicos, daños emergentes, lucros cesantes o cualquier otro gasto atribuible a la Administración, incluyendo, cuando corresponda, el daño moral³².

Esta configuración ha tenido fácil encuadre en el terreno de la pérdida de oportunidad procesal, donde la estimación y valoración del daño *gse* basa en un juicio prospectivo sobre la probabilidad de éxito de la acción frustrada. De

31 García Garnica, M.C., *ob. cit.*, p.65.

32 Gallardo Castillo, M.J., "Causalidad probabilística, ...", *ob. cit.*, p. 68.



esta manera, se efectúa un juicio dentro del propio juicio para determinar: (1) la probabilidad de que la acción ejercitada hubiera tenido éxito, y (2) calcular de manera probabilística la cantidad que se habría obtenido en caso de prosperar. Así, el valor de la oportunidad perdida surge de la combinación de ambas probabilidades.

En este sentido, la STS (S.1ª) de 27 de julio de 2006³³, analiza el daño indemnizable en este contexto, señalando que, aunque la frustración de una acción judicial pueda percibirse como un daño moral descriptivo (al estar relacionado con la privación de un derecho fundamental), en términos valorativos debe considerarse patrimonial cuando la acción perseguía una ventaja económica. Por ello, se subraya la necesidad de diferenciar la compensación discrecional propia del daño moral con el cálculo prospectivo de las probabilidades de éxito, característico del daño patrimonial incierto, tal como ya habían señalado las SSTS de 26 de enero de 1999 [RJ 1999, 323], 8 de febrero de 2000 [RJ 2000, 840], 8 de abril de 2003 [RJ 2003, 2956] y 30 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3349].

De este modo, el daño moral efectivo, salvo que la ley lo excluya, debe ser compensado, aunque sea en una cuantía mínima. Por el contrario, en los casos de pérdida de oportunidades de carácter patrimonial, la indemnización depende de la probabilidad de éxito de la acción frustrada: se reconoce un resarcimiento proporcional al beneficio esperado si la acción era razonablemente segura, mientras que no procede indemnización cuando la acción era inviable o manifiestamente infundada.

El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y solo se indemniza cuando el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica que le permitiera aprovechar la oportunidad. De lo contrario, no existe perjuicio ni frustración de la acción procesal, y no puede considerarse daño moral por privarle de una acción que resultaría inútil.

Sin embargo, en el ámbito sanitario, el tratamiento de la pérdida de oportunidad desde la perspectiva de un juicio de causalidad probabilístico ha resultado más dubitativo y/u oscilante.

Según BAENA RUIZ, en la STS 105/2019, de 19 de febrero: “Las doctrinas de la imputación objetiva y de la causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, la multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se recurra a la teoría de la imputación objetiva y, como cláusula de cierre, a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, el resultado no sea susceptible de ser imputado al demandado. Ahora bien, tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar la continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional. Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la pérdida de oportunidad o chance. Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física como medio de abordar la incertidumbre sobre ella, con la consecuencia de una reducción proporcional de la indemnización”.³⁴

En este sentido, resulta especialmente esclarecedor el FDº.7º, que describe los distintos niveles de incertidumbre causal a los que se enfrentan los jueces y tribunales cuando tienen que resolver la reclamación que les ha sido planteada:

1. **Franja superior:** certeza causal, reparación íntegra del daño.
2. **Franja inferior:** ausencia de causalidad, las oportunidades perdidas no son serias, sino ilusorias.
3. **Franja central:** nivel intermedio, donde reside la teoría de la pérdida de oportunidad; donde existe una probabilidad causal significativa que, sin alcanzar el máximo, supera un mínimo razonable (STS 27 de julio de 2006).

En la jurisdicción contenciosa se hace referencia a las diferentes franjas mencionadas en idéntico sentido distinguiendo entre aquellos supuestos en los que queda acreditado que el daño es consecuencia directa e inmediata de una actuación sanitaria contraria a la *lex artis*, lo

33 STS (Sala 1ª), de 27/07/2006 Número de Recurso: 4466/1999, Número de Resolución: 801/2006; ECLI:ES:TS:2006:5866; aclara la distinción entre daños: el patrimonial afecta al patrimonio económico, el biológico a la integridad física y el moral a los derechos de la personalidad, evitando la falacia o prejuicio patrimonialista según la cual no sería moral cualquier daño que afecte directa o indirectamente al patrimonio.

34 STS (Sala 1ª), de 19/02/2019; Número de Sentencia: 105/2019, Número de Recurso: 2990/2016; ECLI:ES:TS:2019:576.

que determina la existencia de responsabilidad patrimonial y la procedencia de la indemnización, y aquellos otros en los que la actuación médica ha sido correcta, en cuyo caso el perjuicio carece de antijuridicidad y debe ser soportado por el ciudadano. Entre ambos extremos se sitúan los supuestos de pérdida de oportunidad, que configuran una categoría intermedia del nexo causal, caracterizada porque, aun no pudiendo afirmarse con certeza que una actuación distinta hubiera evitado el resultado lesivo, la experiencia y el estado de la ciencia médica permiten apreciar la existencia de una probabilidad razonable de que un diagnóstico o tratamiento alternativo hubiera podido impedir o minorar el daño producido.³⁵

Según OLEA GODOY, la franja central permite valorar la probabilidad de que un diagnóstico distinto al realizado podría haber evitado el daño.

No obstante, se observa que la jurisprudencia aún no ha establecido porcentajes concretos para definir las tres franjas que configuran la pérdida de oportunidad. A nivel doctrinal, se señala la necesidad de fijar: un umbral mínimo, por debajo del cual no puede considerarse que exista una “probabilidad causal jurídicamente relevante”; un umbral superior, a partir del cual el nexo causal se considera prácticamente cierto; y un nivel intermedio, donde se aplica la imputación causal probabilística.

En este sentido, MEDINA ALCOZ sostiene que por debajo del 15% no cabe reconocer responsabilidad, mientras que PASQUAU LIAÑO propone un mínimo de 20-25%. Ambos coinciden en situar la franja superior alrededor del 80%.

De esta manera, al examinar un supuesto de actuación médica en el que no se aplicaron los medios o protocolos ordinarios para prevenir un daño que finalmente se produjo —y que podría haberse evitado con una intervención oportuna— es necesario ponderar dos elementos fundamentales: por un lado, el grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera impedido el resultado lesivo; y, por otro, la entidad o gravedad del daño ocasionado.³⁶

35 STS (Sala 3ª), de 06/02/2018, Número de Sentencia: 169/2018, Número de Recurso: 2302/2016; ECLI:ES:TS:2018:352.

36 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 06/02/2025 Número de Sentencia: 98/2025 Número de Resolución: 577/2022.

La consideración conjunta de ambos criterios conduce a afirmar que lo que procede indemnizar no es el daño en sí mismo, cuya evitación nunca puede asegurarse con certeza, sino el coste de la oportunidad perdida a causa de la falta de atención o del retraso en la misma —esto es especialmente relevante en patologías cuyo desenlace no puede preverse con seguridad, incluso aplicando correctamente el tratamiento, pues no toda intervención médica garantiza curación total ni ausencia de secuelas—.

La SAP de Barcelona N.º. 1128/2019, de 7 de noviembre de 2019³⁷, desgrana un supuesto de negligencia por falta de control en cáncer de mamas, estimando la existencia de una pérdida de oportunidad, situándose en una franja valorativa intermedia y cuantificando en un 65% los daños sufridos por el retraso diagnóstico.

Igualmente, en sentencia de 17 de septiembre de 2020³⁸, indemniza situando las posibilidades de supervivencia en un 50%, razonando que, ante la ausencia de certeza causal sobre la evolución de la enfermedad, la aparición de metástasis y la expectativa de vida del fallecido, procede acudir a un cálculo probabilístico intermedio, que sin alcanzar la reparación íntegra del daño supera el umbral mínimo, descartando que la oportunidad perdida sea meramente ilusoria.

Así, la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta aplicable en supuestos de estricta incertidumbre causal, esto es, cuando concurre una probabilidad causal relevante y no desdeñable de que una actuación sanitaria distinta —además de exigible— hubiera podido razonablemente conducir a un resultado diferente.³⁹ En este sentido, la STS (S.3ª) de 25 de mayo de 2016 precisa que la pérdida de oportunidad solo puede apreciarse cuando la posibilidad frustrada es real y significativa, quedando excluidas aquellas expectativas genéricas, vagas, meramente especulativas, excepcionales o puramente hipotéticas⁴⁰.

37 El juez concluye que, ante la incertidumbre sobre la aparición, fase o posibilidad de detección temprana del cáncer, la falta de prueba sobre estos extremos impide establecer un nexo causal directo entre la omisión médica y el daño, aunque sí permite reconocer una pérdida de oportunidad

38 Audiencia Provincial de Barcelona, de 17/09/2020, Número de resolución: 258/2020.

39 STS (Sala 3ª), de 22/05/2012, con cita de la de 19 de Octubre de 2011, o la STS (Sala 3ª) 1832/2016, de 18/07/2016.

40 STS (Sala 3ª) de 25/05/2016, Recurso de casación 2396/2014.

El magistrado Xiol Ríos justifica la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, en estos supuestos, destacando que ante la inexistencia de certeza o de una probabilidad cualificada respecto del resultado final, el daño debe identificarse con la oportunidad de curación o supervivencia frustrada por la actuación del profesional sanitario, o bien con la privación al paciente de su derecho a decidir en caso de no haber sido adecuadamente informado del riesgo que finalmente se materializó.⁴¹

En definitiva, tal y como declara la STS de 21 de diciembre de 2012 (RC 4229/2011), la doctrina de la pérdida de oportunidad existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma.

Esta teoría, que considero la más adecuada, ofrece un mayor grado de seguridad jurídica al evitar la indemnización de resultados improbables o de daños meramente hipotéticos, rechazando tanto la objetivación de la responsabilidad como la concepción del responsable sanitario como un asegurador de resultados. Asimismo, impone al órgano decisor el deber de motivar la cuantía de la indemnización, en atención al margen de discrecionalidad del que dispone, y garantiza plenamente el respeto al principio de congruencia, en la medida en que la imputación causal del daño, como cuestión jurídica, puede ser apreciada de oficio sin alterar el daño cuyo resarcimiento constituye el objeto del petitum.

Así, la SAP de Madrid de 10 de abril de 2018 sostiene que para su apreciación no resulta imprescindible su invocación expresa, criterio que, además, no viene siendo exigido por los tribunales, sino que basta con que el demandante concrete el resultado por el que solicita indemnización para que el órgano judicial pueda modularla, al encontrarse dentro de sus facultades valorar que la relación de causalidad es meramente probable y que el daño debe ser apreciado como un resultado incierto, inferior al daño cierto. De este modo, en supuestos como la reclamación por una disección mamaria, el tribunal puede fijar una indemnización parcial atendiendo a la probabilidad causal, incluso sin aludir de forma expresa a la doctrina de la pérdida de oportunidad, especialmente cuando ha sido objeto de debate la posibilidad de haber evitado el re-

sultado lesivo de no mediar el retraso diagnóstico⁴².

Ahora bien, conviene mencionar, la tan acertada opinión de GALLARDO CASTILLO, quien considera la imputación causal probabilística como la configuración más idónea de la pérdida de oportunidad, pero sin rechazar la posibilidad de hacerlo como daño moral autónomo. Afirma que sería de utilidad establecer un orden preferente, donde el primer lugar lo ocupe esta configuración, 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.

Ello permite al juez adaptar la respuesta indemnizatoria a casos en los que el rigor técnico-probabilístico sería insuficiente o conduciría a la denegación del resarcimiento, otorgando mayor protección a la víctima o perjudicado, generando un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia material al no cerrar la puerta a la reparación en supuestos donde la ciencia médica no ofrece certezas absolutas⁴³.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

3.1 Consideraciones previas.

Desde el momento en que se acredita una actuación contraria a la *lex artis* –por estar acreditado con plena certeza el nexo causal–, no tiene sentido acudir a la pérdida de oportunidad, al existir una relación causal directa y clara entre la actuación negligente y el daño. En ese escenario, corresponde aplicar el régimen ordinario de responsabilidad y proceder a la reparación integral del daño entre otras, SSTS de 10 de octubre de 2011 (RC 3056/2008), 3 de mayo de 2012 (RC 2441/2010) y 18 de junio de 2012 (RC 676/2011). Así, por ejemplo, la STS (S. 3ª), de 6 de febrero de 2018, señaló: “No cabe hablar de pérdida de oportunidad en aquellos casos en que se ha apreciado una actuación contraria a la *lex artis*, como sucede en el caso enjuiciado, en el que se declaró un error en el diagnóstico

41 STS (Sala 1ª), de 19/02/2019 Número de Sentencia. 105/2019; Número de Recurso 2990/2016; ECLI:ES:TS:2019:576.

42 Audiencia Provincial de Madrid, de 10/04/2018, Número de Sentencia: 126/2018, Número de Recurso: 453/2017; ECLI: ES:APM:2018:5404.

43 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para ...”, ob. cit., p. 69.



inicial y un retraso en la instauración del tratamiento una vez el diagnóstico fue correcto. En estos casos, no procede la reducción de la indemnización, sino la indemnización de todos los daños causados.

Igualmente, la sentencia de 10 de julio de 2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁴,

⁴⁴ Jesús Ángel, que acudió a Urgencias con dolor abdominal y fue inicialmente tratado como posible cólico nefrítico. Tras diversas pruebas sin hallazgos, presentó inflamación y enrojecimiento del testículo derecho. Pese a la sospecha de torsión testicular, la ecografía escrotal urgente se pospuso hasta la mañana del 15 de julio, confirmándose el diagnóstico y realizándose intervención quirúrgica ese mis-

mo día. Aunque no se procedió a la extirpación inmediata, en noviembre de 2016 se constató la atrofia testicular, siendo finalmente necesaria su extirpación con colocación de prótesis y fijación del testículo sano.

consideró que no se daban los requisitos para aplicar la pérdida de oportunidad dado que concurrían actuaciones constitutivas de mala praxis (tardanza en la obtención de resultados, retraso en la realización de pruebas y demora en la intervención quirúrgica).

No obstante, existen supuestos en los que, aun concurriendo actuaciones contrarias a la *lex artis*, el Juzgador ha considerado aplicable

mo día. Aunque no se procedió a la extirpación inmediata, en noviembre de 2016 se constató la atrofia testicular, siendo finalmente necesaria su extirpación con colocación de prótesis y fijación del testículo sano.

la doctrina jurisprudencial de la denominada pérdida de oportunidad, en la medida en que, no puede afirmarse que dicha infracción haya sido la causa exclusiva del resultado producido. Sirva de ejemplo la Sentencia de 15 de octubre de 2003⁴⁵ de la Audiencia Nacional que resuelve sobre un caso de pérdida auditiva moderando proporcionalmente la indemnización fijada al considerar que: “si bien un tratamiento médico correcto no garantiza que se hubiera podido evitar la sordera total y definitiva (...) con un tratamiento más acorde a la *lex artis* se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente”.

Al aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad no se está indemnizando como si la lesión fuera consecuencia de una mala praxis ad hoc por falta de aplicación de los medios que el estado de la ciencia ofrece, o por una negligencia en la actividad asistencial, sino que lo que persigue dicha teoría es compensar una pérdida de expectativas de curación que no conocemos si se hubieran producido de haberse actuado de otro modo, pero que en términos de probabilidades es factible que el resultado hubiera sido otro más satisfactorio.

Por ende, su aplicabilidad, depende de manera evidente de las circunstancias específicas de cada caso (edad del paciente, sus patologías previas, la enfermedad en cuestión, la actuación de los profesionales médicos involucrados, el daño causado...) la más mínima alteración de cualquiera de estos factores podrá influir en la estimación de las pretensiones aducidas.

A pesar de las numerosas resoluciones que aplican la doctrina de la pérdida de oportunidad, ni su definición ni sus elementos configuradores se encuentran plenamente consolidados, lo que permite calificarla como un auténtico concepto jurídico indeterminado, carente de contornos nítidos y de requisitos previamente delimitados que posibiliten una respuesta clara o categórica sobre los supuestos en los que procede su invocación o aplicación, dificultad que se ve agravada tanto por la incertidumbre inherente a la ciencia médica como por la pluralidad de factores concurrentes que pueden incidir en cada situación particular.

Por todo esto, la prueba pericial adquiere una relevancia aún mayor en este contexto, convirtiéndose en una herramienta clave para trans-

mitir los conocimientos técnicos necesarios y servir de guía en la decisión judicial. Este aspecto será profundizado en el apartado 5.4 de este análisis.

Sin pasar por alto las limitaciones de esta doctrina, los propios juzgados y tribunales han reconocido los inconvenientes de indemnizar la pérdida de oportunidades, destacando la eventual complejidad de determinar la probabilidad de sucesos inciertos; la difícil convivencia entre un Derecho de daños basado en resultados y otro basado en oportunidades; entienden que habría de aplicarse una reducción simétrica a las indemnizaciones integrales porque, casi siempre, concurren otros factores en la producción de un daño; el teórico encarecimiento de las primas del seguro por mayor riesgo de responsabilidad y la posible avalancha de litigios si se entendiera indemnizable cualquier pérdida de oportunidad⁴⁶.

Lo que parecía estar claro eran los supuestos de hecho en los que, en mayor o menor medida, se aplica esta doctrina. Son numerosas las sentencias que la ubican en torno a la falta de información y/o consentimiento informado y ausencia de pruebas diagnósticas, error o retraso diagnóstico, (entre otras: STS 105/2019, de 19 de Febrero de 2019, SAP de Madrid 407/2020, de 23 de Noviembre de 2020, SAP de Alicante 108/2022, de 7 de Marzo de 2022, SAP de Barcelona 363/2022, de 14 de Junio de 2022, STS 204/2024, de 19 de Febrero de 2024).

Pero en diversa medida, los supuestos de hecho en los que resulta de aplicación son objeto de debate, especialmente en situaciones donde hay falta de información o ausencia de consentimiento informado y en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, ya que la incertidumbre en estos casos proviene de la propia decisión de la víctima.

Sin embargo, cobran relevancia los errores o retrasos en el diagnóstico (omisión de un diagnóstico adecuado, tratamiento o fármaco concreto) que habrían privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación⁴⁷.

45 SAN 1883/2003, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso (Sede: Madrid Sección: 4) de 15/10/2003, Número de Recurso: 823/2002; ECLI:ES:AN:2003:1883.

46 Audiencia Provincial de Madrid, de 10/04/2018, Número Sentencia: 126/2018, Número Recurso: 453/2017 ECLI: ES:APM:2018:5404.

47 STS 3ª 1832/2016, de 18/07/2016, Número de Resolución: 1832/2016, Número de Recurso: 4139/2014; ECLI:ES:TS:2016:3819.

3.2 El deber de información y/o consentimiento informado.

3.2.1 Concepto y alcance legal.

El consentimiento informado se configura como una manifestación del derecho a la libertad personal que protege la capacidad del individuo para decidir sobre su propia vida y su cuerpo, interpretación que ha sido respaldada por el Tribunal Supremo al considerar que deriva directamente de los derechos a la vida, la integridad física y la libertad de conciencia (SSTS de 12 de enero y 11 de mayo de 2001).

Proporcionar al paciente una información adecuada previa a la emisión del consentimiento informado, constituye no sólo un derecho fundamental del paciente, también una obligación ética y legal para el profesional sanitario, formando parte de la buena praxis médica y de la *lex artis*.

La privación de información equivale a la privación del derecho a consentir y dará lugar a un daño indemnizable, al quedar afecto un interés

de gran relevancia, reconocido a nivel jurisprudencial y elevado a rango constitucional, como lo es la autodeterminación en materia de salud.

Si bien, el deber de informar no reviste carácter absoluto y omnicomprensivo, sí se extiende a complicaciones «previsibles y frecuentes» que pueden acarrear un grave daño, directo o colateral, respecto de la no consecución del resultado perseguido con la operación o sobre el aspecto general del usuario del que no consta una explicación concreta⁴⁸.

A título ilustrativo, cabe mencionar la STS de 27 de septiembre de 2001 que establece que: “la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario, si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido. Sin embargo, tal falta de información podría dar lugar a una indemnización si se materializa un riesgo del que no había sido informada la paciente”, reiterada en las de 10 de mayo 2006 , 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2011.

48 Audiencia Provincial de Madrid, de 21/02/2006; ECLI: ES:APM:2006:12169.



Tras calificarlo como un bien moral susceptible de ser resarcible⁴⁹, el TS hace hincapié en que no debe suponer un mero formalismo, y del peligro de que se convierta en un mero trámite burocrático perdiendo su verdadera relevancia jurídica. Afirma que el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado no sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Sin embargo, el que la firma del consentimiento se haya estampado en un documento preimpreso no puede hacerle perder su virtualidad. Por el contrario, esta es una práctica habitual y acorde con la normativa.⁵⁰

3.2.2 Consecuencias jurídicas generales de la falta de información y/o consentimiento informado.

El papel del consentimiento informado, como componente esencial de la *lex artis*, se presenta como un elemento de doble efecto. Por un lado, la emisión o firma del consentimiento conlleva la aceptación de los riesgos y consecuencias inherentes a la intervención –sin perjuicio de que pueda existir otro fundamento de responsabilidad que origine la obligación de indemnizar–. Por otro lado, la omisión o insuficiencia puede dar lugar a que el paciente no tenga obligación de soportar las consecuencias, originándose el deber de indemnizar.

Ahora bien, ni el cumplimiento de dicho deber exime siempre de responsabilidad, ni su inexistencia o insuficiencia conlleva de manera automática la asunción de responsabilidad.

El defecto u omisión del consentimiento informado, en ocasiones, se ha indemnizado como daño moral autónomo –por sí mismo, aunque no haya un daño físico o corporal relacionado–, en otros supuestos se ha exigido la existencia de relación causal entre el acto médico y el daño para que sea resarcible. Así, el TS (S.3ª), en sentencia de 15 de junio del 2011, reconoció a un paciente el derecho a la indemnización, no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico –daños personales o físicos–, sino “*porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida*”.

No obstante, el incumplimiento del consentimiento informado constituye una mala praxis “ad hoc”, que deberá evaluarse según las circunstancias específicas del caso en cuestión.

Por otro lado, es importante conocer que, aunque existen sentencias en las que no se indemniza la falta o defecto de consentimiento informado si no se ha alegado expresamente⁵¹ – en aplicación del principio de congruencia –, en otros casos se ha interpretado que, incluso sin una alegación explícita, debe tenerse en cuenta este hecho⁵², bien para valorar la indemnización, o bien porque, en virtud del principio *pro actione*, se ha preferido no dejar de considerar la falta de consentimiento, asegurando así que este hecho sea evaluado adecuadamente⁵³.

Para entrar a analizar la casuística existente en materia de consentimiento informado, es necesario distinguir los distintos supuestos que pueden hacer surgir la responsabilidad civil:

- Omisión de información referida a riesgos, complicaciones, secuelas, alternativas..., con o sin consentimiento previo.
- Defectos en la emisión del consentimiento (insuficiente antelación, capacidad del emisor/firmante...).
- Ausencia de consentimiento informado (sin la preceptiva firma o emisión verbal).
- Inexistencia del consentimiento informado en la historia clínica del paciente (incumplimiento del deber de custodia de la historia

51 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20/09/2012, Número de Sentencia: 656/2012, señala que, aunque la falta de consentimiento informado podría ser indemnizable, al no haberlo solicitado la actora, el tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión y limita su resolución a los daños físicos efectivamente sufridos.

52 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27/01/2016, Número de Sentencia: 31/2016, entiende que aunque el recurrente no haya formulado reclamación específica por ausencia o defecto en los consentimientos informados, la correcta o defectuosa información al paciente es una de las circunstancias que, junto a otras, habrían de tenerse en cuenta a los efectos de determinar la indemnización que le pudiera corresponder.

53 Dictamen 358/13, del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 04/09/2013: “No consta que la interesada reclame expresamente por falta de información, pero la solicitud de incorporación al expediente de los documentos de consentimiento informado ha de tener algún valor que este órgano consultivo no puede dejar de interpretar de acuerdo con el principio *pro actione* y tomando en consideración que no se puede exigir a los ciudadanos conocimientos jurídicos precisos para formular reclamaciones”.

49 STS (Sala 1ª) de 04/12/2009.

50 Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede: Valladolid, de 06/11/2015, Número de Sentencia: 2537/2015, Número de Recurso: 1004/2013; ECLI:ES:TSJCL:2015:5100).

clínica).

En este punto, resulta relevante la STS de 16 de enero de 2012⁵⁴ de la que ha sido ponente José Antonio Seijas Quintana y que viene a analizar tres cuestiones fundamentales:

- si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio;
- si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia,
- y si debe asumir el facultativo la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto médico realizado conforme a la *lex artis*.

La respuesta a estas cuestiones tienen incidencia en la apreciación o no de responsabilidad, en la determinación de los concretos daños indemnizables (bien jurídico lesionado) y la cuantificación de aquellos.

3.2.3 La pérdida de oportunidad en los supuestos de falta de información y/o consentimiento informado.

Tal y como se ha venido señalando, hay quienes entienden que el mero incumplimiento de esta obligación no es resarcible *per se*⁵⁵, sino que debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y la falta de consen-

timiento informado; otros tantos sostienen que el profesional médico incurre en responsabilidad cuando no informó o no lo hizo debidamente y materializando el riesgo lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad de evitar el acaecimiento del daño (evitar una IQ determinada u optar por un tratamiento alternativo).

La propia jurisprudencia ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que se pudiese determinar la existencia de un daño moral; de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (SSTS 23 de abril de 1992; 26 de septiembre de 2000; 2 de julio de 2002; 21 de octubre de 2005).

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad, en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006; 30 de junio de 2009; 16 de enero de 2012)⁵⁶.

Es decir, podría entrar en juego, generalmente, en aquellos supuestos en los que aunque se realizó una actuación médica correcta, la misma, no estuvo precedida de una información previa, o aun existiendo no fue suficiente. No obstante, esta configuración ha sido controvertida para quienes entienden que conlleva tratar de igual manera al médico negligente y al médico diligente.

Sin embargo, tal y como expone GARCÍA GARNICA⁵⁷, esto no es así. La valoración de los daños indemnizables será diferente en uno y otro caso. Ante una ejecución diligente del acto

54 Así, considera que el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, sino el que resulta de haberse 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, generando una pérdida de oportunidad valorada según la probabilidad de que el paciente, debidamente informado, hubiera optado por una alternativa distinta. En consecuencia, reconoce indemnización del 50% de la que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada.

55 STS (Sala 3ª), de 30/09/2020, Número de Recurso: 2432/2019, Número de Resolución: 1226/2020; ECLI:ES:TS:2020:3106, que haciendo mención a la sentencia de la Sala de 19 de mayo de 2011, señala que la jurisprudencia ha evolucionado de considerar la falta de consentimiento informado como daño moral independiente a exigir que exista relación causal entre el acto médico y un daño constatado para que sea indemnizable. Así, sin un resultado lesivo, no puede apreciarse infracción de la "lex artis" por deficiencia en el consentimiento. No obstante, esta postura contrasta con la doctrina del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, que reconoce el consentimiento como parte del derecho fundamental a la integridad física, cuya vulneración podría generar un daño moral autónomo, tal y como expone, López y García de la Serrana, J., en "El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanita-

rio", Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Año 58, nº 8, Septiembre 2022, p.24.

56 STS (Sala 3ª), de 04/03/2011, Número de Recurso: 4634/2006; ECLI:ES:TS:2011:976.

57 García Garnica, M.C., ob. cit., pp. 48 y 49.

médico, los daños a reparar no habrán de ser todos los acaecidos, sino los causados por la pérdida de oportunidad derivada de la falta de información⁵⁸, si bien, en algunas ocasiones, el daño a reparar será únicamente el moral.

En este sentido, interesa nuevamente recordar lo expuesto en el apartado 3.3 relativo a “Naturaleza Jurídica. Desde el nexo causal...”, y es que, tal y como se indicó en la sentencia de 14 de octubre de 2014 del TS, la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, RC 5893/2006).

Es interesante la STS de 8 de marzo de 2011, que no aprecia pérdida de oportunidad a pesar de la omisión de información, porque es intrascendente en el desarrollo y resultado de la intervención quirúrgica realizada. Es decir, al omitirse un dato o elemento que no conllevaba un posible riesgo colateral de la operación, resultaba intrascendente en el supuesto contemplado en litis.⁵⁹

Así, en lo relativo a la relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y el daño causado, encontramos la STS de 30 de junio de 2009 (Sala 1ª)⁶⁰, que reconoce la responsabilidad del cirujano “por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario”.

En lo que respecta a la jurisdicción conten-

ciosa administrativa, la sentencia de 15 de junio del 2011⁶¹ reconoce al paciente el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino “porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí, si quería o no, asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida”, así indemniza el daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. Si bien, hay algunas sentencias de esta Sala, como por ejemplo, la de 26 de marzo de 2012⁶², que para calcular el valor de ese daño moral tiene en cuenta las secuelas padecidas o el resultado final en la salud o la vida del paciente.

De lo expuesto, parece ser que la jurisdicción civil, en la mayoría de sus resoluciones, resuelve al amparo de la pérdida de oportunidad⁶³ fijando la cuantía indemnizatoria bajo los dos parámetros comentados (probabilidad de que una actuación diferente hubiera evitado un mal posterior y el grado o entidad del daño ocasionado). Esto es, en base a la incertidumbre existente, propia de esta teoría, pero atendiendo al daño final. Mientras que la jurisdicción contenciosa administrativa tiende a indemnizar directamente el daño moral por la vulneración del derecho a la autonomía del paciente, dejando un lado el resultado final, si bien, con los interrogantes respecto a la valoración de ese concreto daño.

Una vez más, se constata el uso impreciso de esta teoría que cubre supuestos de ausencia de causalidad (ni siquiera de simple incertidumbre) y supuestos de causalidad incierta, donde se desconoce la probable decisión del perjudicado/víctima⁶⁴.

Hay que ser prudentes y aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad a los hechos y no a las voluntades. No procede otorgar relevancia jurídica a la posibilidad —hipotética y valorada

58 Al determinar la indemnización, deben considerarse, además del daño corporal causado, factores como el estado previo del paciente, el pronóstico y gravedad de su enfermedad, las alternativas terapéuticas disponibles, la necesidad de la intervención, la magnitud del riesgo materializado y la probabilidad de que un paciente razonable hubiera consentido el procedimiento si hubiera recibido la información omitida.

59 STS (Sala 1ª), de, 08/03/2011, Número de Recurso: 1882/2009; ECLI: ES:TS:2011:1380.

60 STS (Sala 1ª), de 30/06/2009, Número de Recurso: 137/2002, Número de Resolución: 478/2009; ECLI:ES:TS:2009:4412.

61 La resolución establece que la falta de consentimiento informado constituye por sí misma una infracción de la “lex artis”, lesionando el derecho del paciente a la autodeterminación y generando un daño moral grave, independiente del resultado físico de la intervención.

62 STS (Sala 3ª), de 26/03/2012, Número de Recurso: 3531/2010; ECLI:ES:TS:2012:2078.

63 Es decir, al tratarse de una cuestión de causalidad probabilística, se indemnizará el daño final en proporción a la probabilidad de que con la conducta diligente se hubiera evitado el mismo.

64 Ningún sentido tiene que el juez determine un porcentaje de probabilidad de someterse o no a una intervención, en ausencia de datos o circunstancias sobre el previsible comportamiento del afectado.

ex post facto (producido el resultado adverso)— de que la víctima hubiera tomado una decisión distinta de haber conocido *ex ante* los riesgos del acto sanitario al que se sometió.⁶⁵

Lo relevante, desde la perspectiva de esta teoría es el hecho consistente en una mala praxis cometida por un tercero que ha generado la situación hipotética en cuestión —la probabilidad debe ser siempre externa y ajena a la víctima—. Sin embargo, la facultad de decidir someterse o no a una intervención quirúrgica o a otro tratamiento terapéutico depende exclusivamente de la voluntad del paciente, quien, posteriormente, es también el sujeto legitimado para ejercer la reclamación como perjudicado. Por tanto, en sentido estricto, no se trata de un evento aleatorio.

En términos generales, lo que se produce en estos casos es que, como consecuencia de una mala praxis derivada del incumplimiento del deber de informar, o inf. insuficiente, se vulnera el derecho del paciente a adoptar una decisión informada. Sin embargo, ello no implica una pérdida de oportunidad de obtener un beneficio concreto en los términos en que esta doctrina se configura.

En consecuencia, el concepto indemnizable es la lesión del derecho a la autodeterminación o a la autonomía decisoria del paciente que constituye el verdadero objeto del resarcimiento. No debe, por tanto, valorarse la posibilidad —en términos de causalidad probabilística, consustancial a la pérdida de oportunidad— de que el paciente hubiera decidido o no someterse a la intervención⁶⁶.

3.3 El error o retraso en el diagnóstico. Particularidades en la enfermedad del cáncer.

La responsabilidad médica por los daños causados por error y retraso diagnóstico o en el tratamiento, suele abordarse frecuentemente mediante la doctrina de la pérdida de oportunidad —curación o supervivencia—⁶⁷, debido a la falta de un diagnóstico o tratamiento certero y, consecuentemente, tempestivo, y con la incertidumbre acerca de lo que habría acontecido de haber actuado de otro modo.

En materia de diagnósticos esta doctrina se maneja para el diagnóstico tardío (SSTS 3ª rec.

1961/2016 y 1628/2017), por no practicar pruebas complementarias (STS 3ª rec. 863/2008) y pese a que la primera prueba fuera bien encaminada (STS 3ª rec. 2414/2014); para el error de diagnóstico por mala praxis con incertidumbre causal (SSTS 3ª rec. 92/2003; rec. 4795/2010 y rec. 3585/2010) e incluso a supuestos de diagnósticos alternativos, en los que no se infringe la *lex artis* por ser el diagnóstico razonable aunque se demuestra posteriormente que pudo haber otro mejor (STS 3ª rec. 169/2018).

En este punto, conviene recordar que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de *medios*), no de resultado.

Del estudio de la jurisprudencia existente se desprenden tres reglas fundamentales respecto a la actuación médica y a la valoración de su responsabilidad:

Primero.— El médico tiene la obligación de realizar las pruebas diagnósticas necesarias conforme al estado de la ciencia.

Segundo.— Puede generar responsabilidad civil un diagnóstico con error grave, conclusiones manifiestamente erróneas o la omisión de comprobaciones exigibles, por constituir infracción de la *lex artis*.

Tercero.— No procede cuestionar el diagnóstico inicial únicamente por la evolución posterior del cuadro clínico, cuando se hubieran empleado los medios disponibles —doctrina de la prohibición de regreso, de la cual se hablará en el apartado “5.3” —.

En el sentido expuesto, la STS 112/2018 de 6 de marzo, establece que: “En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad (679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo ; 33/2015, de 18 de febrero)”.

No debe obviarse que, el diagnóstico, se-

65 García Garnica, M.C., *ob. cit.*, p.50.

66 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para...”, *ob. cit.*, p. 61.

67 STS (Sala 1ª), de 10/10/1988, Número de Recurso: 1496/1994.

gún tiene declarado la propia jurisprudencia, no es sino un dictamen u opinión sobre una situación presente a la que se anuda un tratamiento conforme al criterio de quien lo emite, pero que nunca garantiza un resultado. Y en esa situación de presente ha de moverse quien lo emite atendiendo a la realidad que se le presenta, en especial a los síntomas que se manifiestan en el paciente y sus propios conocimientos.

Ahora bien, nada impide que una vez transcurrido el proceso del tratamiento aconsejado sea admisible poder concluir en que a la vista de aquellos síntomas podría haberse dado otro dictamen y tratamiento que, probablemente habría evitado el daño o la habría podido disminuir.⁶⁸

No obstante, un diagnóstico incorrecto no es por sí solo fuente generadora de responsabilidad cuando se han empleado los medios necesarios para llevarlo a efecto actuando diligentemente, o cuando no hubo omisión de cuidado, ni de pruebas exigibles, ni conclusiones erróneas⁶⁹. En este sentido, la sentencia 719/2005, de 6 de octubre señala: “(...) no cabe apreciar responsabilidad en el facultativo cuando la confusión viene propiciada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS 10 de diciembre de 1996)”.

Pero ello no quiere decir tampoco que la responsabilidad médica, no nazca cuando nos encontremos ante errores manifiestos, no disculpables, generados por la falta de ponderación de los síntomas que el enfermo presentaba al tiempo de ser sometido a la correspondiente asistencia o por mor de la indebida atención al mismo.

Así, la dificultad de la prueba del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria, motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente, 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 sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados.

En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos⁷⁰.

Entre los supuestos en los que puede aplicarse esta figura, encontramos:

1. Falta o demora en la realización de pruebas diagnósticas.

Abarca aquellos supuestos en los que un paciente necesitando someterse a una prueba diagnóstica o terapéutica necesaria, esta no llega a realizarse o se realiza tardíamente —ya sea por negligencia o por un hecho fortuito—, generando graves consecuencias para su salud.

La primera de las resoluciones analizada es la STSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2006, que versa sobre una reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por la esposa de un fallecido al que no se le hizo una prueba urgente como consecuencia de un incendio en la Sala de Radiología Intervencionista. Finalmente se llegó al diagnóstico final siendo intervenido, pero falleció por fracaso multiorgánico. El Tribunal afirma que no se actuó con la diligencia debida y señala que “las probabilidades de supervivencia hubieran sido mayores de haberse establecido el diagnóstico con mayor precocidad (si se hubiera realizado la prueba ese mismo día), y aunque el tratamiento quirúrgico se instituyó de forma urgente, las posibilidades de supervivencia eran escasas dada la severidad de las lesiones isquémicas y del deterioro nutricional”⁷¹.

De la misma manera, la STS de 12 de septiembre de 2007, establece la relación causal a través del juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo. En este caso el paciente acudió a Urgencias aquejado de una angina de pecho siendo necesaria la práctica de pruebas urgentes, las cuales, no pudieron llegar a practicarse por no encontrarse disponibles los

68 STS (Sala 3ª), de 06/02/2018, Número de Sentencia: 169/2018, Número de Recurso: 2302/2016; ECLI:ES:TS:2018:352.

69 STS (Sala 3ª), 06/03/2018.

70 Luna Yerga, A., ob. cit., p. 2.

71 Ante estas escasas probabilidades, el TSJ no aprecia la existencia del nexo causal, pero afirma que hay una pérdida de oportunidad en el diagnóstico por falta de medios en el Hospital que debe ser asumida por la Administración, aunque el desenlace pudiera haber sido el mismo con un mes de diferencia.

servicios necesarios, viéndose obligado a someterse de urgencia a una intervención quirúrgica que no logró frenar el infarto de miocardio que acabó con su vida⁷².

Sin embargo, frente a resoluciones estimatorias en las que se aprecian posibilidades de curación o supervivencia, encontramos otras, en las que la base para negar la aplicación de esta doctrina es la gravedad o el estado previo del paciente que carece de cualquier posibilidad de sanación.

Es evidente que ante la ausencia de una oportunidad de vida o de restablecimiento, la figura de la pérdida de oportunidad queda vacía de contenido y no cabe indemnización alguna.

Por ejemplo, la STS de 3 de junio de 2008, analiza el caso de una paciente que acude a urgencias con cefaleas, náuseas, vómitos, reduc-

ción de nivel de conciencia, taquipnea y pupilas no reactivas. A la vista de la sintomatología, se solicitó TAC urgente, que no se practicó hasta pasada una hora más. A pesar de que pudo haberse practicado antes, la Sala considera que no se perdió ninguna oportunidad porque directamente aquella no existía, el estado de la paciente estaba tan deteriorado, que ni siquiera una actividad diagnóstica temprana hubiese permitido ningún tratamiento⁷³.

La inaplicabilidad de la pérdida de oportunidad se presenta clara y coherente en aquellos casos en los que resulta difícil o imposible identificar una verdadera oportunidad perdida, debido al estado clínico previo del paciente, que ya presentaba mínimas o nulas posibilidades de supervivencia o curación.

Sin embargo, alcanzar tal claridad no siempre es posible. La medicina no es una ciencia exacta, los síntomas no siempre son concluyen-

72 STS (Sala 1ª), de 12/09/2007, Número de Recurso: 3360/2000 Número de Resolución: 948/2007; ECLI:ES:TS:2007:5917.

73 STS (Sala 3ª), de 03/06/2008, Número de Recurso: 9349/2003; ECLI:ES:TS:2008:2668.



tes, y en muchos supuestos resulta complejo determinar con certeza si el paciente contaba o no con posibilidades reales de mejoría o curación.

En este sentido, es interesante, por su argumentación, la sentencia de 7 de julio de 2008⁷⁴ que afirma que la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico aun cuando la incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina (inexistencia de un derecho a la curación), porque los ciudadanos deben contar con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias (“no se produzca una falta de servicio”).

Por esta razón, resultan especialmente relevantes las circunstancias específicas de cada caso y la prueba pericial, que deberá precisar, en la medida de lo posible, cuál era la situación inicial del paciente, qué posibilidades reales tenía y qué consecuencias se derivaron de la actuación o falta de actuación del profesional médico.

2. Errores o retrasos en el diagnóstico.

En tales casos, el paciente ha padecido un daño cierto (muerte o secuelas); sin embargo, no puede afirmarse con certeza la existencia de una relación causal directa entre ese daño y la conducta del demandado, dado que los factores aleatorios inherentes a la práctica médica impiden saber con seguridad si un diagnóstico o tratamiento adecuado en una fase más temprana habría alterado el desenlace.

En la mayor parte de las resoluciones que reconocen la pérdida de oportunidad se parte de que el error o el retraso diagnóstico derivan de una atención médica negligente. Ante ello, cabe preguntarse: ¿cuál debe ser la probabilidad de supervivencia o curación pérdida? ¿basta cualquier probabilidad de que la negligencia médica haya incidido en el resultado final para que exista el deber de indemnizar?

Ha de precisarse que la infracción de la *lex artis*, ya sea por acción u omisión, no implica necesariamente un supuesto de pérdida de oportu-

nidad. Acreditada la mala praxis, corresponderá determinar si el daño indemnizable es la oportunidad perdida —si existe incertidumbre causal— o el resultado final —cuando se pruebe la relación causal—. No todos los errores o retrasos diagnósticos, aunque constituyan mala praxis, pueden calificarse como pérdida de oportunidad⁷⁵.

No obstante, son escasas las resoluciones que se pronuncia sobre el concreto grado de probabilidad necesario para que pueda imputarse responsabilidad a la Administración. Los Juzgados y Tribunales son reacios a analizar las probabilidades concretas de curación o supervivencia que tenía la víctima o el perjudicado en caso de que la atención médica hubiese sido correcta, lo que dificulta el cálculo de la indemnización⁷⁶.

La STS (S.3ª), de 12 de julio de 2007, en un supuesto de fallecimiento por infarto de miocardio, declara que hubo un error de diagnóstico producido por evidente mala praxis al no haberse valorado adecuadamente al paciente en función de los síntomas y signos que presentaba, y añade que se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento respecto al cual es imposible médicamente saber si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado⁷⁷.

El TSJ gallego, en sentencia de 9 de abril de 2025, en un supuesto similar al anterior⁷⁸, declara: “...nos encontramos ante hipótesis de genuina pérdida de oportunidad, aunque siempre quedará la incertidumbre acerca de lo que habría acontecido si, a partir del conocimiento de esa patología, se hubiesen adoptado los protocolos asistenciales adecuados, principiando por la derivación del paciente al servicio de cardio-

75 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para...”, ob. cit., 72.

76 Santos Morón, M.J., “A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, Indret, 2024, p. 17.

77 STS (Sala 3ª), de 12/07/2007, Número de Recurso: 92/2003; ECLI:ES:TS:2007:5230.

78 Una paciente acudió a urgencias con dolor abdominal irradiado al pecho e hipersudoración, fue diagnosticada de gastroenteritis y dada de alta, falleciendo horas después por parada cardiorrespiratoria. Posteriormente se confirmó que un electrocardiograma realizado en urgencias mostraba signos claros de infarto que el médico no detectó, admitiendo su error. Aunque dicho electro no figuraba identificado, la enfermera manifestó con certeza que pertenecía al paciente.

74 La STS 3890/2008, de 07/07/2008, con Número de Recurso: 4776/2004, se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; ECLI:ES:TS:2008:3890.

logía (...) es posible afirmar que la falta de detección del infarto y de la posterior asistencia que habría sido adecuada a ese hallazgo privó al paciente de determinadas expectativas de curación o, cuanto menos, de aplicación de tratamiento paliativo, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.⁷⁹

No obstante, en sentencia de 17 de julio de 2012⁸⁰ que versa sobre un posible retraso en el diagnóstico de cáncer de esófago, el Tribunal Supremo consideró que la actuación médica fue conforme a la *lex artis ad hoc*, a la vista de la naturaleza y el estado de su patología en la fecha de las asistencias.

Por consiguiente, la teoría de la pérdida de oportunidad no resultará aplicable cuando exista certeza o alto grado de probabilidad de que el error o el retraso diagnóstico fueron la causa del agravamiento de la patología o del fallecimiento del paciente, o cuando existían altas probabilidades de curación. En estas circunstancias, el daño debe considerarse totalmente atribuible al centro hospitalario, correspondiendo la indemnización íntegra por el daño final acontecido. Cuando, por el contrario, el bagaje probatorio incorporado en el expediente permite 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 procederá 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 Administración.⁸¹

En definitiva, debe acreditarse la llamada pérdida de oportunidad de curación (terapéutica o de supervivencia) –posibilidades de curación asociadas a un diagnóstico más temprano–, que es el criterio de medida (graduable) de la responsabilidad en los supuestos de retraso relevante e injustificado en el diagnóstico⁸².

79 Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 09/04/2025, Número de Sentencia: 239/2025, Número de Recurso: 654/2022; ECLI: ES:TSJGAL:2025:3100.

80 STS (Sala 3ª), de 17/06/2012, Recurso de casación número 5334/2011.

81 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para...”, ob. cit., p. 72.

82 Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 31/01/2025, Número de Sentencia: 39/2025, Número de Recurso: 49/2024; ECLI: ES:TSJCANT:2025:84.

Por ello, su aplicación debe ser cautelosa, sólo en casos de error grave (ostensibles, notorios o manifiestos) y con probabilidad de mejora en el tratamiento o supervivencia, se justifica la indemnización por la pérdida de oportunidad.

En este contexto surge una cuestión adicional: ¿debe valorarse de forma distinta la pérdida de oportunidad en enfermedades de evolución rápida o incierta, como algunos tipos de cáncer o infecciones graves? Ante un diagnóstico tardío o erróneo, puede suceder que el paciente no pierda realmente nada, si su estado previo hacía inviable la recuperación; otras veces, sin embargo, el error puede suponer la pérdida total de cualquier posibilidad de supervivencia. El problema se presenta, sobre todo, en los casos intermedios –la llamada *franja intermedia de incertidumbre causal*–, donde la imputación del daño al profesional médico resulta especialmente compleja.

La aplicación o apreciación de la pérdida de oportunidad en este ámbito, va a requerir tener en cuenta diversos factores:

- Tipo de cáncer.
- Grado en que se encuentra y/o agresividad del mismo.
- Sintomatología aparente y pruebas diagnósticas realizadas.
- Tratamiento recibido. Es sabido que cualquier cáncer requiere de tratamiento y cualquier tratamiento que se realice supone una afectación y efectos sobre los pacientes.

Por ejemplo, la STS (S.3ª) de 3 de diciembre de 2012, en un supuesto de retraso en el tratamiento⁸³, indemniza por cuantía de 80.000€ dado que el retraso acortó la vida del paciente, la Sala consideró que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación⁸⁴.

La Audiencia Provincial de Badajoz, mediante sentencia de 7 de febrero⁸⁵, indemnizó a una

83 Desde que se tiene la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inicia el primer ciclo de quimioterapia transcurren siete meses.

84 STS (Sala 3ª), de 03/12/2012, Número de Recurso: 2892/2011; ECLI:ES:TS:2012:8508.

85 Audiencia Provincial de Mérida (Badajoz), de 07/02/2005 Número de Recurso: 520/2004, Número de Resolución: 36/2005; ECLI:ES:APBA:2005:84.

paciente por la pérdida de una posibilidad seria y real de curación, al no habersele practicado inicialmente una mamografía para la detección de un posible cáncer de mama. El Tribunal manifiesta “(...) es evidente que cuanto antes se detecte el cáncer o menos avanzado se halle en su desarrollo existen más posibilidades en un tratamiento menos agresivo para la salud del paciente. El obrar negligente del médico no causa la enfermedad, sino que minora de distintas formas en cada caso, las posibilidades de curación”.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 10 de abril de 2018, apreció error de diagnóstico como consecuencia de una mamografía que no se realizó⁸⁶.

Sin embargo, la STS de 8 de julio de 2016, que versa sobre el retraso en la realización de prueba diagnóstica niega que se haya producido una pérdida de oportunidad y confirma la inexistencia de nexo entre atención-daño y la inexistencia de mala praxis⁸⁷. En este supuesto, aunque el retraso en la realización de la prueba podría, en principio, justificar la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, el TS considera que no procede hacerlo por dos razones: (1) no se trata de una prueba urgente, (2) los tumores de colon suelen presentar un crecimiento lento, de modo que, aun habiéndose efectuado la prueba diagnóstica en un plazo más breve el resultado no habría variado.

El TSJ de Galicia, en sentencia de 29 de marzo de 2023⁸⁸, reconoció la pérdida de oportunidad en un caso de diagnóstico erróneo de cáncer de pulmón, al no haberse utilizado los medios disponibles para completar el diagnóstico y pautar el tratamiento adecuado. Consideró que, con independencia de la efectividad del tratamiento la incertidumbre generada debía ser compensada mediante la correspondiente indemnización.

En cambio, la Audiencia Provincial de León, en sentencia de 21 de febrero de 2024, rechazó su aplicación al considerar que el error diagnóstico no fue grave, resultando explicable y disculpable. Entendió, además, que el diagnóstico se

ajustaba a las dolencias previas de la paciente, las cuales podían enmascarar los síntomas del cáncer. Según los informes médicos, el cáncer de páncreas era ya incurable e irreseccable incluso meses antes del diagnóstico⁸⁹.

Igualmente, el TSJ valenciano descartó la aplicación por no existir certeza de que el diagnóstico inicial y el tratamiento posterior hubieran podido alterar la evolución del cáncer cutáneo agresivo del reclamante. Se mantuvo un seguimiento adecuado del paciente y la transformación del fibroxantoma en un tumor más agresivo no implica mala praxis⁹⁰.

De los casos expuestos, podemos extraer las conclusiones que venimos manteniendo a lo largo del texto:

(1) La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad no es uniforme y depende de factores contextuales como la edad del paciente, la agresividad de la enfermedad y la interpretación judicial del nexo causal.

(2) La doctrina de la pérdida de oportunidad, cuando se aplica con criterios dispares, puede provocar inseguridad jurídica. En algunos tribunales, su uso flexible y basado en probabilidades abre la puerta a indemnizaciones en escenarios con alta incertidumbre médica. Sin embargo, un enfoque demasiado rígido, aunque más garantista desde el punto de vista legal, puede desproteger a los pacientes en casos donde la certeza absoluta del daño es médicamente inalcanzable, pero existe una clara sospecha razonable de perjuicio.

3.4 Error o retraso en el diagnóstico de malformaciones del feto (wrongful birth y wrongful life).

Dentro de las actuaciones médicas más controvertidas, encontramos las llamadas acciones por “wrongful birth” y, en menor medida, las acciones por “wrongful life”, que se han traducido como: “acción por nacimiento erróneo o injusto” y “acción por vida errónea o injusta”, respectivamente.

Por su claridad a la hora de precisar el con-

86 Audiencia Provincial de Madrid, de 10/04/2018, Número de Sentencia: 126/2018, Número de Recurso: 453/2017; ECLI: ES:APM:2018:5404.

87 STS (Sala 3ª), de 08/07/2016, Número de Sentencia: 1678/2016, Número de Recurso:3734/2014; ECLI:ES:TS:2016:3364.

88 Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 29/03/2023, Número de Recurso: 201/2022, Número de Resolución: 276/2023 ECLI:ES:TSJGAL:2023:1950.

89 En este caso, la paciente presentaba dolor mecánico en columna lumbar y ambos costados de 5-6 meses de evolución, sin síntomas adicionales ni específicos de cáncer de páncreas.

90 Audiencia Provincial de Sevilla, de 18/03/2021, Número de Sentencia: 141/2025, Número de Recurso: 3044/2022; ECLI: ES:APSE:2025:650.

cepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, resulta especialmente relevante la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 17 de septiembre de 2002. En ella, se definen y distinguen de manera detallada ambas figuras: “La distinción entre la acción de “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” consiste en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico, mientras que la segunda quien la entabla es el hijo. En la primera los padres alegan que, al no haberse detectado o no haberles informado sobre la posibilidad de que la madre concibiera o diese nacimiento a una criatura con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión “informada” sobre si procrear o no, sobre si dar o no lugar al nacimiento. En la segunda, acción de “*wrongful life*”, el hijo demandante argumenta que “de no haber sido por” el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad. Por decirlo de otro modo, en la acción de “*wrongful birth*” la culpa del médico consiste en un error “que ha conducido al nacimiento” del hijo de los padres demandantes; y en la acción de “*wrongful life*” el error médico que se invoca es el de “ha conducido a la vida” del propio hijo enfermo demandante”.⁹¹

En ambos casos, existe voluntad de concebir, pero dicha voluntad carece de los elementos esenciales para formarse en tanto que se ha hecho sobre la premisa de un diagnóstico erróneo o la ausencia de diagnóstico por lo que los progenitores se han visto privados de tomar la decisión informada antes del transcurso del plazo legalmente fijado para poder practicar el aborto eugenésico.⁹²

La Audiencia Provincial de Cádiz señala que los tribunales, salvo en excepciones muy puntuales, han rehusado estimar este tipo de reclamaciones, considerando, entre otros argumentos, que no se sufrían daños “*reconocibles por la ley*” y que no era posible indemnizar, tanto por la “imposibilidad lógica” de comparar la vida con la no existencia —la vida dañada frente a la no vida— como por la dificultad práctica de cuantificar los presuntos daños.

Antes de analizar en profundidad la jurisprudencia existente en la materia, es necesario

91 Audiencia Provincial de Cádiz, de 17/09/2002, Número de Recurso: 30/2002; ECLI:ES:APCA:2002:2330.

92 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27/07/2021, Número de Sentencia: 676/2021, Número de Recurso: 825/2019; ECLI:ES:TSJM:2021:9001.

subrayar que las resoluciones en España se centran en la acción de *wrongful birth*, sin admitir la acción de *wrongful life*.

Esto se debe a que, según la normativa española, no es posible reclamar indemnización por parte de quien sufre una enfermedad congénita únicamente por el hecho de haberle permitido nacer, ya que para él no existe el derecho a no haber nacido. En línea con ello, es interesante el pronunciamiento del TS, recogido en la sentencia de 6 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona⁹³ que señala que el daño causado por la falta de información afecta únicamente en los padres, siendo estos a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones. El tribunal, en cambio, descarta que la menor haya sufrido daño alguno, ya que no puede considerarse que este tipo de nacimiento constituya un mal en sí mismo.

Así, haciendo alusión a lo señalado por parte de la doctrina, expone: “la acción de *wrongful life*, solo podría ejercitarse si se reconociera en el ordenamiento jurídico el derecho a la no vida y bajo la premisa que es preferible la no vida a la vida enferma o con malformación, siendo por lo tanto el daño la propia vida, con la consiguiente valoración negativa de la vida de las personas con discapacidad. Bajo esa consideración, el daño en este tipo de reclamación o acción ejercitada sería el hecho de vivir discapacitado. De admitirse este tipo de reclamación sería necesario la existencia de un derecho a la no vida, a no nacer con discapacidad, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento jurídico pues el mismo protege solo y únicamente el derecho a la vida con indiferencia de que sea o no con malformaciones o enfermedades. Así viene interpretado el artículo 15 de la Constitución desde la ya lejana sentencia del TC nº 53/1985, de 11 de abril, pero es que además así es asumido por nuestro país con la ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006”.

Para motivar su decisión la Sala cita numerosas sentencias relevantes en esta materia, procedentes de otros ordenamientos, que permiten concluir que tanto la jurisprudencia española como la de otros países han aceptado, en general, las demandas por *wrongful birth* y han rechazado las de *wrongful life*.

93 Audiencia Provincial de Barcelona, de 06/04/2021, Número de Sentencia: 168/2021, Número de Recurso: 438/2019; ECLI:ES:APB:2021:4630.

Expuesto lo anterior, cabe afirmar que, actualmente, en nuestro país, la mujer tiene reconocido bajo ciertos supuestos –como las causas eugenésicas– el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, lo que convierte al aborto en un auténtico derecho constitucionalmente amparado.

Por ello, si debido a la omisión o negligencia de la Administración sanitaria al practicar las pruebas necesarias no se detectan a tiempo anomalías del feto, o no se informa adecuadamente a la madre sobre la posibilidad de abortar dentro del plazo legal, se estaría privando a la mujer del ejercicio de ese derecho, lo que puede dar lugar a una indemnización por *wrongful birth* y generar responsabilidad.

Dicho actuar, generará daños indemnizables de doble naturaleza: (1) el daño moral asociado a la privación del derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo y sobre su situación personal y familiar –resarcible a la gestante–, y al padecimiento por el nacimiento y crecimiento de un hijo discapacitado que precisará de dedicación extraordinaria –causado a ambos progenitores–, (2) el daño patrimonial por los costes de adaptación a la nueva situación social, familiar y económica y correspondientes gastos extraordinarios e imprevistos⁹⁴, si bien, respecto de estos últimos, existe controversia.

A modo ejemplificativo, la STS de 19 de mayo de 2015, niega que los gastos derivados de la propia crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, al ser inherentes a un ele-

mental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación legal. Ahora bien, entiende que estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios⁹⁵.

La doctrina básica en torno a esta idea la encontramos en la STS (S.3ª) de 28 de septiembre de 2000, reiterada después en pronunciamientos posteriores, en cuyo FD. 5º, la Sala aclara que no se puede considerar daño moral la simple situación de malestar o incertidumbre, ni tampoco el derivado del nacimiento de un hijo. No obstante, podría existir daño moral si concurrieran los requisitos necesarios. En este supuesto, reconoce el perjuicio asociado a la restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, ahora bien, señala que no cabe considerar como lucro cesante los gastos de manutención del hijo, ya que son una obligación familiar. De esta manera, sólo podría existir lucro cesante si se demuestra que se desviaron recursos para la atención al embarazo y al hijo, no previstos inicialmente para dichos fines.

Pero... ¿es aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad en estos supuestos? ¿Cómo fundamentan los Juzgados y Tribunales sus sentencias?

La jurisprudencia ha venido resolviendo estos supuestos sin recurrir a la doctrina de la pérdida de oportunidad, aunque en algunos pro-

94 Audiencia Provincial de Madrid, de 30/12/2020, Número de Sentencia: 438/2020, Número de Recurso: 233/2020; ECLI:ES:APM:2020:15904.

95 STS (Sala 3ª), de 19/05/2015, Número de Recurso: 4397/2010; ECLI:ES:TS:2015:2494.



nunciamentos se hace mención a ella, de manera gramatical o descriptiva,⁹⁶ no en un sentido jurídico, es decir, sin proyectar sobre la indemnización la incertidumbre relativa a cuál habría sido la decisión⁹⁷.

En este sentido, encontramos la sentencia de 2 de julio del TSJ de Islas Baleares, que resuelve sobre el nacimiento de un bebé con síndrome de down debido al fallo en la prueba diagnóstica y defectuosa información facilitada a la madre. En este supuesto, se estima la responsabilidad del *IB-SALUT*, y aunque a la hora de resolver pudiera parecer que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo que realmente indemniza es el daño moral y el sobrecoste que genera la crianza y educación, es decir, “no tanto por los daños sufridos, sino por la privación de expectativa de evitarlos, lo que en cualquier caso supone indemnización menor”.⁹⁸

Observamos que, realmente, los tribunales resuelven indemnizando conforme al daño efectivamente producido –derecho de decidir sobre la interrupción del embarazo, impacto emocional y posible sobrecoste–.

Así, se fija una indemnización de 300.000 € conforme a la totalidad del daño reclamado (teniendo en cuenta la enfermedad que padece el hijo de los demandantes, la necesidad de continuas revisiones, asistencia a terapia y posibilidad de futuras IQ o pruebas diagnósticas, que lógicamente impondrán a los padres una atención y dedicación que es lo que se indemniza).

El TSJ de Andalucía, en la reciente sentencia de 19 de febrero de 2025 que confirma la resolución de instancia, resuelve también haciendo alusión a esta doctrina. Sin embargo, lo que realmente indemniza es el daño moral por haber transmitido a la gestante una confianza de normalidad que la privó de decidir en relación a la interrupción de su embarazo.⁹⁹

En resumen, en este ámbito la doctrina no es uniforme respecto a la aplicabilidad de la

pérdida de oportunidad. Por un lado, algunos autores sostienen que esta doctrina debe aplicarse desde el momento en que se priva a los padres de la oportunidad de someterse a las pruebas diagnósticas, conocer el estado del feto y decidir voluntariamente si interrumpir el embarazo. Por otro lado, hay quienes consideran que la pérdida de oportunidad no resulta aplicable en estos casos, dado que falta el elemento de aleatoriedad en el resultado, incluso cuando exista una relación causal entre la acción u omisión del médico y el nacimiento del hijo.

En definitiva, la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad en los casos de *wrongful birth* sigue siendo objeto de debate doctrinal. La cuestión central radica en determinar si, en un escenario en el que la madre contara con capacidad física y legal para abortar, habría tomado la decisión de hacerlo.

La resolución dependerá, en última instancia, de una adecuada interpretación del principio de causalidad y de la valoración de la prueba: ¿se ha privado efectivamente a los padres de una decisión informada y voluntaria?

Es fundamental que la jurisprudencia siga evolucionando para ofrecer respuestas claras, equilibrando la protección de los derechos de los pacientes, con la necesidad de una indemnización justa acorde con los daños sufridos.

A pesar de la discutida naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad, estos casos deben resolverse al margen de esta dicha doctrina, es decir, sin analizar la decisión hipotética que la gestante habría tomado de haber contado con un diagnóstico prenatal adecuado o completo.

Como sostienen las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, entrar a considerar si la madre habría interrumpido su embarazo constituye un debate estéril, basado en suposiciones poco realistas o carentes de fundamento sólido. Según el Tribunal, «el daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños

96 Se habla de pérdida de oportunidad, pero no en sentido propio (como medio de gestionar la incertidumbre causal), sino en sentido “impropio”, es decir, se refiere a la pérdida de oportunidad de decidir.

97 García Garnica, M.C, ob. cit., 2022, p.53.

98 Tribunal Superior de Justicia, Palma de Mallorca, de 02/07/2019, Número de Sentencia: 330/2019, Número de Recurso: 549/2018; ECLI:ES:TSJBAL:2019:597.

99 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 19/02/2025 Número de Sentencia: 163/2025, Número de Recurso: 616/2023; ECLI:ES:TSJAND:2025:1735.

patrimoniales— teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad (STS 21 de diciembre 2005)».¹⁰⁰

En conclusión, la doctrina es prácticamente unánime en reconocer que, en los casos de omisión del consentimiento informado y en las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*, lo indemnizable es la lesión a la autonomía decisoria del paciente, sin necesidad de valorar la decisión hipotética del paciente en términos de causalidad probabilística.¹⁰¹

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

4.1 Regla general.

Para determinar la parte a quien corresponde la carga de probar los hechos en que funda su pretensión, habrá que estar, en principio, a la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

Concretamente, en esta materia, la carga de la prueba le corresponde a quien reclama, al quedar descartada cualquier manifestación de responsabilidad objetiva. Es decir, no es al médico a quien corresponde demostrar su ausencia de contribución personal en la génesis del resultado producido, a modo de inversión de la carga de la prueba, sino que quien reclama debe acreditar la infracción de la *lex artis ad hoc* por parte del personal sanitario que prestó la asistencia, así como la relación causal entre su intervención y el desenlace dañoso.

Como afirmó la sentencia 112/2018, de 6 de marzo: “(...) En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la rela-

ción o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo”.

No obstante, dada la dificultad que supone para el paciente acreditar la existencia de negligencia médica y el correspondiente nexo causal, la jurisprudencia ha aceptado excepciones al rigor probatorio habitual mediante la aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria mencionado¹⁰², declarando así aplicable, entre otros:

- en casos en que una historia clínica hubiera sido extraviada (o no facilitada) o resultara insuficiente (STS 788/1997, de 20 de septiembre; STC 165/2020, de 16 de noviembre),
- o en supuestos de pérdida o falta de constancia de la documentación de las pruebas clínicas o diagnósticas. Como señala la sentencia 403/2013, de 18 de junio: “No sería lógico exigir al perjudicado que acredite, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, y que están al alcance, en cambio, del médico, en la forma que en la actualidad establece el artículo 217.6 de la LEC, sobre la facilidad probatoria, pues a su cargo, y no al del paciente, estaba la prueba de una documentación de la que disponía, la de ofrecer una explicación satisfactoria de que esta no apareciera, o la de negar su eficacia en el origen del daño, puesto que le era posible hacerlo”.

Por ejemplo, el Juzgado de 1ª Instancia de Burgos, aprecia responsabilidad civil por falta de consentimiento siguiendo el viejo brocardo jurídico latino “*Quod non est in actis non est in mundo*”, es decir, lo que no está en los autos no está en el mundo. Entiende que: “por más que se diga en el informe de revisión clínica, que se obtiene el mismo y que se explica a la paciente y a su acompañante el tipo de cirugía, riesgos y complicaciones... no se ha probado por la parte demandada que obtuvo de la actora el consentimiento informado conteniendo los riesgos de la operación”¹⁰³.

100 García Garnica, M.C., ob. cit., 2022, p. 53, haciendo alusión a las SSTS (1.ª, Sección 1.ª) 344/2011, de 31 de mayo y 157/2013, de 14 de marzo, y STS (3.ª, Sección 6.ª) de 4 de noviembre de 2008.

101 Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para ...”, ob. cit., p. 61.

102 En virtud del cual se hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente.

103 Juzgado de Primera Instancia de Burgos, de 23/09/2024, Número de Sentencia: 355/2024, Número de



Llegados a este punto, procede plantearnos la siguiente cuestión: ¿a quién corresponde la carga de la prueba una vez acreditada la existencia de una alta probabilidad o certeza en la producción del daño?

La jurisprudencia entiende que, en tales supuestos, corresponde a la Administración demostrar que el resultado lesivo se habría producido igualmente, con independencia del tratamiento seguido, por ser de todo punto inevitable.

Así lo declaró la STS de 12 de marzo de 2007 y se reitera por la STS de 7 de julio de 2008, al señalar: "...acreditado que un tratamiento no se manejó de forma idónea o que se aplicó con retraso, no puede exigirse al perjudicado probar que, de haberse actuado correctamente, se habría evitado el desenlace dañoso, pues ello supondría trasladar la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que actuó conforme a la *lex artis*, en apli-

cación del principio de la "facilidad de la prueba". En la misma línea, la STS de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530) subrayó que basta la certidumbre de que el conjunto de circunstancias incidió en el daño sufrido para declarar la responsabilidad.

4.2 ¿La pérdida de oportunidad como criterio de facilidad probatoria?

El principio de facilidad probatoria se encuentra recogido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación. Ahora bien, la mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues ello requiere que sea factible para la parte a la que tal desplazamiento habría de perjudicar.¹⁰⁴

Recurso: 709/2022; ECLI:ES:JPI:2024:572

104 STS (Sala 1ª), de 13/05/2016, Número de Recurso: 762/2014, Número de Resolución: 316/2016;

Este principio se aplica cuando el hecho resulta de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra.

Si bien, hay que tener en cuenta que puede intensificarse o alterarse. Siendo así, una vez se acredite que una actuación sanitaria no se ha realizado correctamente, no se puede exigir al reclamante la prueba de que, de haber actuado la Administración sanitaria en la forma debida, el resultado hubiera sido distinto, o el paciente habría mejorado o curado. Probado el funcionamiento anormal, corresponde a la Administración probar que actuó de conformidad con la *lex artis* (que actuó como le era exigible).

Ahora bien, el Tribunal Supremo afirma que “el principio de disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión”, pues lo contrario supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados.

Si bien, existen supuestos de pérdida de oportunidad en los que se aplica el principio de facilidad probatoria, ello no significa que dicho principio constituya el fundamento de la teoría. Pero... ¿por qué resulta incorrecto entender que la pérdida de oportunidad es simplemente un criterio de facilidad probatoria?

1. La doctrina de la pérdida de oportunidad no es un elemento de facilidad probatoria, que permita relajar los niveles de seguridad requeridos para dar por cierta la relación de causalidad, si no que su aplicación presupone la existencia de incertidumbre en cuanto al elemento causal, distribuyéndola entre ambas partes.¹⁰⁵
2. Porque la pérdida de oportunidad forma parte de la causalidad y no del *onus probandi*.

De lo contrario, no podría justificarse una reparación económica incompleta, es decir, inferior al 100%, ya que resulta contrario a los principios de nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁶.

Es decir, su finalidad no es facilitar la prueba del nexo causal, ni atenuarla (como se llega a mencionar en algunas resoluciones), sino indemnizar un daño que se da en supuestos de estricta incertidumbre causal.

4.3 Excepciones a la aplicación de la pérdida de oportunidad. Importancia de la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño y de la doctrina del “estado de la ciencia”.

Mientras que la teoría de la pérdida de oportunidad puede ampliar los supuestos de responsabilidad, la doctrina de la prohibición de regreso surge como un contrapeso necesario para evitar que se atribuya culpa basándose únicamente en resultados posteriores e imprevisibles.

En materia de responsabilidad sanitaria, no es admisible cuestionar el diagnóstico inicial de un paciente cuando el reproche se basa exclusiva o principalmente en la evolución posterior del caso ya que ello vulnera la llamada “prohibición de regreso” impuesta por los principios del razonamiento lógico y jurídico.

La doctrina sobre la “prohibición de regreso” o “conducta desencadenante” fue declarada en las SSTs (Sala 1ª) de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008. En las mismas, se expone que: “La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, *quaestio iuris* [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de

ECLI:ES:TS:2016:2042.

105 García Garnica, M.C, ob. cit., 2022, p. 75.

106 Vicandi Martínez, A., “La pérdida de oportunidad

en la responsabilidad civil sanitaria, ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, Volumen 25, número 2. Julio-Diciembre 2015 | Estudios, p. 17.

regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico”.

Así, esta doctrina constituye un freno al uso desmesurado de la pérdida de oportunidad desde el momento en que proscribire enjuiciar y valorar los hechos una vez que se ha producido y conocido el resultado (valoración *ex post facto*), evitando: el resarcimiento de meras especulaciones o impresiones subjetivas, la práctica de una medicina defensiva y la implantación de una Administración sanitaria aseguradora universal que indemniza riesgos generales de la vida.

Junto a aquella, se viene refiriendo también la doctrina del “estado de la ciencia” a la que alude el artículo 39 de la Ley 40/2015, que establece que: “...no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”.

De esta manera, funciona como criterio de referencia para valorar la idoneidad de la actuación sanitaria y “excepcionar” la responsabilidad cuando concurre un desconocimiento científico absoluto sobre una determinada patología o infección, así como respecto de los medios específicos para su curación o para prevenir o mitigar su propagación (STSS 3ª. 7926/1998; 1077/2001).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la “prohibición de regreso” no solo delimita el alcance de la responsabilidad médica, sino que introduce una advertencia esencial frente a análisis retrospectivos que tienden a confundir resultado con culpa. Esta línea interpretativa protege no solo al profesional sanitario ante juicios *ex post* irrazonables, sino también al propio sistema de responsabilidad civil, al evitar que se desvirtúe su función resarcitoria transformándola en una forma de responsabilidad objetiva encubierta.

Así, junto a la doctrina del “estado de la ciencia”, se consolida la idea de que la medicina no es una ciencia exacta, y que el deber de diligencia no puede medirse a la luz de desenlaces adversos inevitables, sino conforme a las circunstancias previsibles y razonables existentes en el momento de la actuación médica.

4.4 La relevancia de la prueba pericial.

Es indiscutible que para determinar si existe o no una mala praxis, una actuación conforme a

la *lex artis ad hoc*, o si, efectivamente, se ha producido una pérdida de oportunidad que haya repercutido en el proceso médico del paciente, es necesario analizar y valorar la técnica médica empleada en cada caso concreto, mediante un estudio técnico especializado que demanda conocimientos médicos específicos.

La trascendencia de la prueba pericial se aprecia con más intensidad en supuestos en los que la estimación de la reclamación depende de que se determine si se ha producido una violación o no de la *lex artis*; y a partir de ahí, concluir si el daño reúne la condición de antijurídico, o si debe entenderse que es una consecuencia inherente al padecimiento mismo de la enfermedad y que, por tanto, no debe dar lugar a indemnización¹⁰⁷.

Siendo así, en el ámbito de la pérdida de oportunidad, la prueba pericial cobra especial relevancia para identificar y valorar si existía una oportunidad que el paciente perdió debido a una actuación defectuosa o negligente del profesional médico.

El informe médico pericial desempeña un papel fundamental en estos casos, al ser el instrumento encargado de determinar si la oportunidad perdida era efectivamente viable. A través de un análisis detallado de la situación, el perito debe explicar qué tipo de acción podría haberse llevado a cabo, si habría sido lógica, adecuada y esperable a la luz del estado de la ciencia en el momento de los hechos, si hubiera sido acorde con los medios disponibles, cómo podría haber influido en la evolución del proceso, y finalmente medir cuantificando en términos de probabilidad (en porcentaje), su repercusión en el daño final¹⁰⁸.

En definitiva, valorar si, de haberse adoptado las medidas correctas o de haber actuado con mayor celeridad, el paciente habría tenido una oportunidad razonable de obtener un resultado favorable.

En muchas ocasiones, no se puede probar que el resultado final hubiera sido distinto, pero sí que existía una posibilidad razonable de éxito, y es ahí cuando entra en juego esta doctrina, debiendo el perito ilustrar al juez sobre la exis-

107 Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 25/11/2022, Número de Sentencia: 948/2022, Número de Recurso: 436/2021; ECLI: ES:TSJAS:2022:3471.

108 Hurtado Díaz Guerra, I., “El daño moral en la responsabilidad sanitaria: criterios de racionalización”. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2017, p. 254

tencia de una relación de causalidad de entidad suficiente, no hipotética (pérdida de oportunidad relevante).

V. DETERMINACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE

Como ya hemos comentado a lo largo del texto, la oportunidad resarcible es aquella que se presenta como jurídicamente relevante, es decir, cuando existe un nivel mínimo de certeza de que se han frustrado o privado posibilidades, y un nivel máximo en cuanto a la realidad del hecho lesivo. Si bien, la jurisprudencia española no ha fijado cuál es ese nivel mínimo de verosimilitud o certeza que haga de la probabilidad un elemento suficiente para constituir nexo causal.

En el tratamiento indemnizatorio por pérdida de oportunidad, conviven por un lado, los cálculos probabilísticos que lo aproximan a un daño patrimonial, la lesión económica que la pérdida de oportunidad de poder decidir ocasiona y el abstracto y vaporoso daño moral, de tan difícil acierto en su cuantificación¹⁰⁹.

Así, la indemnización se corresponderá con la fracción de la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima atribuible a las oportunidades de curación o supervivencia destruidas por la negligencia médica. Es decir, el daño indemnizable no coincidirá necesariamente con el resultado final negativo en su totalidad, sino que se ponderará en función a los criterios que delimitan la pérdida de oportunidad en el caso concreto.

Se observan supuestos en los que se indemniza en atención al daño físico, en otros casos, únicamente el daño moral, pero también en ocasiones se indemnizan ambos tipos de daños.

Tal y como quedó establecido en el apartado 2, referido a “La teoría de la pérdida de oportunidad”, la configuración predominante es aquella que entiende la pérdida de oportunidad como criterio de imputación causal probabilística, donde el daño indemnizado será el final producido, en función al grado de probabilidad con el que el actuar del demandado contribuyó a su causación. Siendo así, no se resarcirá el daño total, y no necesariamente o en exclusiva el daño resarcido será moral.

109 Domingo Monforte, J., “El daño resarcible por la pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico”; Blog, Especialidades, Publicaciones jurídicas, Responsabilidad civil, 2025.

Así se ha consolidado el criterio en la jurisdicción civil, mientras que en el ámbito de la contenciosa administrativa predomina la tendencia a reconocer la pérdida de oportunidad como un daño moral indemnizable.

VI. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Junto a la determinación del daño indemnizable, la valoración que realizan los juzgados y tribunales en cada caso constituye otro de los elementos más controvertidos de la teoría de la pérdida de oportunidad.

En esta materia, para determinar la cuantía de la indemnización, los tribunales deben evaluar las posibilidades de curación o mejoría que el paciente habría tenido, a efectos explicativos, sirva de ejemplo la STS (S.3ª), de 6 de febrero de 2018: “(...) Basada la pérdida de oportunidad en la probabilidad de que otra decisión y otra asistencia sanitaria podría haber evitado el resultado lesivo o haber minorado, es la determinación de la probabilidad la que debe servir de guía para determinar la indemnización. [...] en los supuestos de pérdida de oportunidad no procede la indemnización “por la totalidad del daño sufrido”, sino que la misma ha de establecerse, en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad”.¹¹⁰

La responsabilidad por la pérdida de oportunidad obliga a que se demuestre que el paciente presentaba unas condiciones y circunstancias realmente adecuadas para lograr esa situación de ventaja que se perdió, sin olvidar que cuanto más probable fuera la posibilidad de evitar el daño, más lo será la causalidad, y mayor será la probabilidad de la existencia de la oportunidad perdida (y viceversa)¹¹¹.

Todo ello, partiendo de la base de que, en la práctica sanitaria, no es posible garantizar al cien por cien la curación o mejoría del paciente, incluso cuando se utilicen todos los conocimientos y recursos médicos disponibles en el momento.

Llegados a este punto, resulta evidente que la pérdida de oportunidad no puede cubrir la totali-

110 STS (Sala 3ª), de 06/02/2018, Número de Sentencia: 169/2018, Número de Recurso: 2302/2016; ECLI:ES:TS:2018:352.

111 Gallardo Castillo, M.J., “Causalidad probabilística, incertidumbre...” ob. cit., p. 63.

dad del daño sufrido (a pesar de que algunas resoluciones sí que lo hacen). La razón es que, ante la falta de certeza causal, la indemnización no puede equivaler al valor total del resultado dañoso, sino que debe ajustarse proporcionalmente a la probabilidad de que dicho resultado se hubiera producido. Surge entonces la pregunta: ¿qué criterios utilizan los juzgados y tribunales para cuantificarla?

Las sentencias del Tribunal Supremo (Salas 1.^a y 3.^a) establecen que la valoración del daño por pérdida de oportunidad se articula en dos fases:

1. Planteamiento de un escenario hipotético: se parte de la premisa de que el personal sanitario hubiera actuado correctamente, ya sea mediante un diagnóstico adecuado o la aplicación del tratamiento médico o quirúrgico conforme al estado de la técnica.
2. Cuantificación de la indemnización: una vez fijado ese escenario, la indemnización se determina según el grado de probabilidad de que dicha actuación correcta hubiera evitado o reducido el daño sufrido, probabilidad que se sitúa en un espectro que va desde la imposibilidad hasta la certeza.

A partir del estudio de la jurisprudencia, se observa que, al determinar la cuantía indemnizatoria —a menudo fijada a tanto alzado—, los tribunales consideran tanto circunstancias objetivas como subjetivas.

Así, entre las resoluciones que fijan una cantidad a tanto alzado, observamos:

La STS de 6 de febrero de 2018 concede una indemnización de 500.000€ por una situación de gran invalidez derivada de una deficiente asistencia médica en prisión. El Tribunal valora la extrema dependencia del perjudicado, su edad y la ausencia real de apoyo familiar efectivo. Concluye que una intervención médica más temprana habría evitado llegar a ese resultado tan grave.¹¹²

La STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2025 concede 29.479,03€ por diagnóstico tardío de trombosis pulmonar tras un accidente. La indemnización se fija atendiendo a las circunstancias del caso, la edad y las secuelas¹¹³.

112 STS (Sala 3^ª), de 06/02/2018, Número de Sentencia: 169/2018, Número de Recurso: 2302/2016; ECLI: ES:TS:2018:352.

113 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30/07/2025, Número de Sentencia: 3449/2025, Número de

Por otro lado, la STS de 20 de marzo de 2018 fija una indemnización de 40.000€ por retraso diagnóstico injustificado que pospuso el tratamiento adecuado. El Tribunal valora el retraso, la mayor probabilidad de menores complicaciones con una intervención temprana, el incremento del padecimiento, los riesgos finalmente materializados y el grado de probabilidad de que una actuación médica anticipada hubiera evitado el daño¹¹⁴.

La STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2023 fija una indemnización de 30.000€ por la demora en la intervención de la cuenca ocular que ocasionó secuelas irreversibles. El Tribunal confirma la cuantía al no poder determinarse la probabilidad de una recuperación completa con una cirugía más temprana, valorando el daño moral por la incertidumbre generada y la mejora parcial posterior no imputable a mala praxis¹¹⁵.

En 2016, esta misma Sala fijó una indemnización de 8.000€ por pérdida de oportunidad derivada del retraso en un cateterismo que permitió diagnosticar una grave cardiopatía. Se descarta indemnizar todo el daño físico, al no ser imputable íntegramente al retraso, valorándose que no era razonable esperar que los efectos desaparecieran por completo, aún con un diagnóstico más temprano¹¹⁶.

En contraste con las anteriores, son menos las resoluciones que, al fijar la indemnización detallan las probabilidades de mejoría o supervivencia del paciente, así como la influencia que el retraso o error pudo haber tenido en su evolución:

Así, la STS de 25 de julio 2016 indemniza con 200.000€ por lesiones graves en parto, fijando la pérdida de oportunidad en al menos un 50 % a tenor de las secuelas físicas y psíquicas (discapacidad, parálisis cerebral y tiene reconocida minusvalía del 65 %)¹¹⁷. La SAP de Barcelo-

Recurso: 229/2022; ECLI:ES:TSJAND:2025:13570.

114 STS (Sala 3^ª), de 20/03/2018, Número de Sentencia: 462/2018, Número de Recurso: 2820/2016; ECLI: ES:TS:2018:1096.

115 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 03/07/2023, Número de sentencia: 1759/2023 Número de recurso: 2280/2022; ECLI: ES:TSJAND:2023:17826.

116 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30/11/2016, Número de Sentencia: 2325/2016, Número de Recurso: 2125/2015; ECLI:ES:TSJAND:2016:15717.

117 Se indemniza a tanto alzado por todos los conceptos, pero expresamente se aclara que no se reconoce indemnización alguna por los conceptos de adaptación de vivienda y de vehículo, porque no se ha acreditado la efectiva realización de los mismos y, por tanto, no son gastos

na de 7 de nov. de 2019 atribuye al retraso diagnóstico de un cáncer un 65 % de los daños (para llegar a ese porcentaje atiende a: tipo de cáncer y su agresividad, que todo tratamiento afecta al paciente, y que cuanto antes se detecte, el pronóstico es más favorable)¹¹⁸. La STSJ de Cataluña, de 30 de mayo de 2023, reduce la indemnización a 81.000 €, al concretar que la mala praxis supuso una pérdida de oportunidad del 81 % en el fallecimiento del paciente¹¹⁹.

La jurisprudencia muestra que, cuando no se acredita el grado concreto de influencia de la pérdida de oportunidad en el resultado lesivo, la indemnización se fija a tanto alzado, atendiendo a lo reclamado y a la prueba practicada. Aunque lo deseable sería concretar el grado de probabilidad o el porcentaje correspondiente a la pérdida de oportunidad, esto sigue siendo excepcional, lo que provoca resoluciones menos fundamentadas y una merma de la seguridad jurídica.

En definitiva, en la valoración de la pérdida de oportunidad, los tribunales consideran factores como la probabilidad de una evolución más favorable, la gravedad de la enfermedad o lesión, las secuelas, la edad del paciente y el retraso diagnóstico. La indemnización, en todo caso, deberá ajustarse a las circunstancias específicas de cada caso.

No obstante, existen supuestos en los que se ha optado por una cantidad a tanto alzado, justificada exclusivamente por el criterio personal del juzgador, especialmente cuando no se ha podido determinar un porcentaje claro de probabilidad de mejora, curación o supervivencia. En otros casos, se recurre al Baremo de tráfico como referencia orientativa, y en ciertas situaciones se indemniza al paciente aplicando la probabilidad estadística de curación.

La mayoría de las resoluciones se recurren por desacuerdo con la cuantía fijada. Generalmente por el perjudicado al considerarla insuficiente o no ajustada a las circunstancias del caso, aunque también por la Administración, clínicas o profesionales, cuando estiman que es excesiva y se aproxima al total del daño en lugar de reflejar la pérdida de oportunidad.

indemnizables.

118 Audiencia Provincial de Barcelona, de 07/11/2019, Número de Sentencia: 1128/2019, Número de Recurso: 261/2019; ECLI:ES:APB:2019:13689.

119 Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, de 30/05/2023, Número de Sentencia: 1992/2023, Número de Recurso: 171/2021; ECLI:ES:TSJCAT:2023:4318.

Nos encontramos en un escenario en el que existe un alto grado de subjetividad, ya que el juez cuenta con amplia discrecionalidad para fijar la indemnización según la prueba practicada y su propio criterio, lo que ha generado críticas por la inseguridad jurídica derivada de la falta de homogeneidad en los criterios indemnizatorios aplicados de manera general.

Ahora bien, pese a las críticas, jueces y tribunales afrontan la difícil labor de decidir sobre cuestiones que la ciencia médica no ha resuelto, esforzándose por motivar sus decisiones al calcular probabilidades de curación y valorar económicamente oportunidades perdidas¹²⁰.

VII. CONCLUSIONES, ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS DE MEJORA

I.

La jurisprudencia española ha consolidado la pérdida de oportunidad como mecanismo de reparación del daño en el ámbito médico-sanitario cuando no es posible probar con certeza la evitación del daño, pero sí la pérdida de una probabilidad razonable de éxito o mejora por una actuación defectuosa.

Posibilidad que ha sido calificada por la doctrina y la jurisprudencia como relevante, seria y no desdeñable, indicando que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no sólo era exigible, sino que razonablemente podría haber dado lugar a un desenlace diferente, evitando la objetivación de la responsabilidad y el aseguramiento de resultados.

No obstante, pese a sus casi 30 años de aplicación práctica, aún presenta contradicciones e insuficiencias pendientes de superar.

II.

La jurisprudencia contencioso-administrativa viene contribuyendo al incesante debate en torno a su naturaleza jurídica. Junto a las concepciones ontológica o autonomista y causal probabilística-, se ha desarrollado su configuración como un criterio alternativo a la *lex artis*, alterando con ello el criterio de imputación propio

120 Otero Fornaris, G., "Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria". Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina), Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2024, p. 53.

del ámbito sanitario, con el consiguiente riesgo de desnaturalizar la propia responsabilidad civil.

III.

La pérdida de oportunidad no debe concebirse como un mecanismo para flexibilizar los requisitos probatorios del nexo causal, sino como una respuesta a supuestos de estricta incertidumbre causal en los que no puede acreditarse con certeza la relación directa entre la actuación médica y el daño final.

En este contexto, cobran especial relevancia las doctrinas de la prohibición de regreso y del estado de la ciencia, que actúan como contrapeso necesario para evitar la imputación de culpa basada en resultados posteriores e imprevisibles. La primera impide valoraciones *ex post* irrazonables, mientras que la segunda protege al profesional frente a riesgos no previsibles conforme al conocimiento médico disponible en el momento.

Evitando así un uso abusivo de la pérdida de oportunidad que transforme al profesional o a la Administración en auténticos aseguradores de resultados adversos.

IV.

La prueba pericial resulta clave para acreditar la existencia de una posibilidad real de un mejor resultado frustrada por una actuación médica negligente.

El informe debe ofrecer un análisis riguroso sobre la viabilidad de dicha oportunidad, la actuación médica adecuada conforme al estado de la ciencia y los medios disponibles, y su posible incidencia, incluso en términos probabilísticos, en el daño final.

V.

La indemnización por pérdida de oportunidad puede abarcar el daño físico, el moral o incluso ambos, según el caso. No obstante, desde la concepción mayoritaria que la configura como un criterio de imputación causal probabilística, no se indemniza el daño íntegro, sino únicamente la parte correspondiente a la oportunidad perdida imputable a la actuación médica, valorada en función de las circunstancias concretas del paciente y de la conducta atribuible al profesional sanitario.

En la práctica judicial, este porcentaje de pérdida rara vez se cuantifica con exactitud,

siendo frecuente que la indemnización se determine a tanto alzado. En estos supuestos, la motivación judicial resulta esencial, ya que debe razonar los criterios empleados para determinar la cuantía, garantizando su proporcionalidad, razonabilidad y el derecho a la tutela judicial efectiva al permitir a las partes conocer y, en su caso, impugnar debidamente los fundamentos de la decisión.

Cuando no es posible precisar el grado de incidencia de la pérdida en el resultado lesivo, la jurisprudencia opta por la fijación de una suma global, sobre la base de las pretensiones de las partes y la prueba practicada, evitando así cualquier atisbo de arbitrariedad.

VI.

Pese a los avances, y los años de recurso a esta teoría, persiste una significativa inseguridad jurídica derivada de las discrepancias sobre tres aspectos clave: su naturaleza jurídica, la delimitación del daño indemnizable y la discrecionalidad judicial en la valoración y cuantificación del perjuicio.

La ausencia de criterios homogéneos en estas cuestiones sigue generando respuestas dispares ante supuestos similares, afectando a la coherencia y percepción de equidad en la responsabilidad sanitaria.

Dado que la medicina implica riesgos y probabilidades, una expansión excesiva de la pérdida de oportunidad podría derivar en una responsabilidad objetiva encubierta si no se respetan los principios sobre carga de la prueba, exigencia de certeza y los límites derivados de la prohibición de regreso y el estado de la ciencia.

Además, el uso del daño moral para compensar oportunidades perdidas puede dejar sin resarcir los daños personales y patrimoniales reales, generando incongruencias procesales al sustituir la demanda original por indemnizaciones no solicitadas, además de fijarse con discrecionalidad e insuficiente motivación.

La falta de criterios uniformes en la determinación del daño evidencia la necesidad de mayor precisión y consenso, imprescindible para garantizar seguridad jurídica, equidad y evitar compensaciones indebidas o incompletas.

Finalmente, la jurisprudencia evidencia una marcada subjetividad, que en ocasiones puede rozar la arbitrariedad en la cuantificación de las indemnizaciones. Las decisiones oscilan entre sumas a tanto alzado, cálculos probabilísticos y valoracio-

nes centradas en el impacto subjetivo de las secuelas, reflejando la dificultad de traducir daños intangibles a términos económicos y la complejidad de establecer criterios uniformes que garanticen el justo resarcimiento de la oportunidad perdida.

VII.

Una aplicación coherente de la pérdida de oportunidad requiere, en primer lugar, definir su naturaleza jurídica. Lo más adecuado es configurarla como un criterio de imputación causal probabilístico, dado que media una incertidumbre inherente entre la acción u omisión y el daño final. Este enfoque respeta los fundamentos de la responsabilidad civil, distribuye equitativamente la incertidumbre y evita tanto la indemnización de daños hipotéticos como la imposición de consecuencias punitivas.

Junto con ello, la determinación del daño sigue siendo una cuestión pendiente. La tendencia debería orientarse a indemnizar sólo la proporción del daño final atribuible a la conducta del profesional, ya sea patrimonial, moral o ambos, y no el daño total.

Para ello, sería útil establecer criterios orientativos que incorporen rangos de probabilidad y factores objetivos y subjetivos, apoyados en informes periciales sólidos que permitan interpretar correctamente la incidencia de la actuación médica en el desenlace.

Estos criterios deberían ser flexibles y revisables, adaptables a avances científicos y técnicos, sirviendo como guía sin restringir la valoración individualizada de cada caso y evitando que la aplicación de un marco rígido resulte limitativa o injusta.

Pero junto a tales criterios orientativos para la valoración del daño, sería deseable la fijación de una horquilla de porcentajes que nos permita conocer dónde se encuentra exactamente la incertidumbre causal, qué es y qué no es incertidumbre causal.

En este sentido, resulta no solo interesante, sino también conveniente la fijación de porcentajes claros de incertidumbre causal en los informes periciales, permitiendo al juez con base en la prueba practicada y su propio convencimiento, determinar en primer lugar si dicha probabilidad justifica la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, y en segundo lugar, fijar y motivar la indemnización correspondiente, ya sea ajustándose al porcentaje indicado por el perito o razonando su eventual desvia-

ción, promoviendo objetividad, coherencia y transparencia en las resoluciones judiciales.

Como último apunte, tal y como ya se deja entrever en el decimocuarto programa de Trabajo de la OMS, *“Una agenda mundial de salud para 2025-2028. Impulsar la equidad en la salud y la resiliencia de los sistemas de salud en un mundo turbulento”*, en el contexto actual de transformación tecnológica, la inteligencia artificial (IA) y la robótica podrían desempeñar un papel relevante en la práctica sanitaria y judicial, ayudando a reducir la incertidumbre en prevención, diagnóstico, tratamiento y evaluación pronóstica. La IA podría establecer parámetros objetivos, como tiempos de respuesta, porcentajes de error tolerables y evaluación de riesgos, sirviendo como apoyo técnico a jueces y peritos sin sustituir su juicio ni la responsabilidad humana.

Sin obviar, que eventuales errores en el diagnóstico o tratamiento derivados de fallos o sesgos algorítmicos podrían dar lugar a nuevos supuestos donde la doctrina de la pérdida de oportunidad tenga cabida.

No obstante, debe actuarse con cautela. La IA, aunque poderosa, no está exenta de errores o sesgos derivados de los datos con los que ha sido entrenada. Por ello, no debe sustituir el juicio humano, ni del juez ni del perito médico, sino actuar como un complemento técnico y analítico que enriquezca el proceso de decisión, sin desplazar la responsabilidad que recae, en última instancia, sobre los profesionales médicos.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA

- Doctrina.

Asociación Juristas de la Salud. Revista Oficial de la Asociación Juristas de la Salud, Julio-Diciembre 2015; Volumen 25, número 2.

Domingo Monforte, J., “El daño resarcible por la pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico”; Blog, Especialidades, Publicaciones jurídicas, Responsabilidad civil, 2025.

Garcés-Garro Ranz, M., “La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario”; Revista Ceflegal, CEF, núm. 111, 2009.

Gallardo Castillo, M.J., “Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se in-

demniza”, Revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 1130-376X, núm. 115, enero-junio, 2023.

Gallardo Castillo, M.J., “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 45-46, 2015..

García Garnica, M.C, “La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario:

¿Una oportunidad perdida?”, 2022.

Garnica Martín, J.F., “La prueba del lucro cesante”; Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina), Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007.

Hurtado Díaz Guerra, I., “El daño moral en la responsabilidad sanitaria: criterios de racionalización”. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2017, p. 254.

Luna Yerga, A., “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 2, 2005.

Medina Alcoz, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”; Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina),

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2009.

Medina Alcoz, L., “La teoría de la pérdida de oportunidad”. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, 2007.

Otero Fornaris, G., “Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”; Revista de responsabilidad civil y seguro (Doctrina), Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2024.

Santos Morón, M.J., “A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria”, Indret, 2024.

Tapia Hermida, Alberto J., “Responsabilidad civil del abogado y doctrina de la pérdida de oportunidad”: Sentencia núm.456/2021, de 29 de junio del Tribunal Supremo, 17 de septiembre de 2021.

Vicandi Martínez, A., “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿Se puede cuantificar lo incuantificable?”, Volumen 25, n.º. 2. Julio-Diciembre 2015 | Estudios.

- Otros:

Dictamen 358/13, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 4 de septiembre de 2013 (extinto).