REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 41 | 2020-I

Director: D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM). Secretaria académica: Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM).

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM) Responsable de difusión y medios digitales: D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)

Conseio de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)

Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho Constitucional - UAM)

D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)

D. David Casassas Marqués (Filosofia del Derecho - Universitat Autònoma de Barcelona)

D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)

Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).

D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).

Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)

Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)

D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)

Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)

D. Héctor Iglesias Sevillano (Derecho administrativo - UAM)

Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)

D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)

Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).

D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)

Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)

Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)

D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM).

D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)

D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)

D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)

D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo asesor:

D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)

Dña. Elena García Guitián (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)

Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)

Dña. Cristina Izquierdo Sans (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)

D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)

D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)

D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris

> Dykinson ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y recensiones relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:

UNIVERSIDAD AUTONOMA
DE MADRID

Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid Øykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

http://www.uam.es/rjuam

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

http://www.dykinson.com

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La RJUAM no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid Índice n.º 41 (2020-I)

https://doi.org/10.15366/rjuam2020.41

HOMENAJE PÓSTUMO

póstumo»póstumo»	9
ARTÍCULOS	
Daniel PERES DÍAZ «Derecho, validez y poder: una crítica de la teoría jurídica analítico-normativista»	27
Almudena RAMOS MATEOS «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad»	53
Roberto CALLES BALLESTEROS «Implicaciones en el Derecho Internacional Privado del Reglamento sobre medidas contra el geobloqueo»	69
Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La orden de protección europea y su aplicación en España»	93
Guillermo DI MARCO SÁNCHEZ. «La democracia en el pensamiento de Antonio Gramsci»	
ESTADÍSTICAS	
NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES	153

DIAGNÓSTICO TARDÍO Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD*

LATE DIAGNOSIS AND LOSS OF OPPORTUNITY

ALMUDENA RAMOS MATEOS**

Resumen: Este trabajo pretende acercar al lector la problemática de la doctrina de la pérdida de oportunidad en su aplicación al ámbito del diagnóstico médico tardío. A pesar de su creciente popularidad, debido a la especialidad de la materia, es una gran desconocida para la mayoría de los operadores jurídicos. En consecuencia, a menudo se les presentan dudas acerca de si todo retraso es constitutivo de mala *praxis*, sobre cuáles son los requisitos necesarios para aplicar esta doctrina o qué pasos deben seguir para cuantificar la indemnización que le corresponde a la víctima del daño. Todas estas cuestiones son tratadas en el trabajo desde un punto de vista práctico y conectado a la realidad de nuestros tribunales, pues se torna imprescindible este enfoque para tratar una materia tan fuertemente casuística como es esta.

Palabras clave: responsabilidad médica, diagnóstico tardío, doctrina de la pérdida de oportunidad, daño.

Abstract: This paper aims to bring the reader closer to the issue of the loss of opportunity doctrine in its application to the field of late diagnosis. Despite its growing popularity, due to the specialty of the subject, it is a great unknown to most legal operators. As a result, they are often in doubt as to whether any delay constitutes malpractice, as to what requirements are necessary to apply this doctrine or what steps should be taken to quantify the compensation to which the victim of the damage is entitled to. All these questions are dealt with at this paper from a practical point of view and connected to the reality of our courts, because this approach is essential to deal with such a highly casuistic matter as this one.

Keywords: medical liability, late diagnosis, loss of opportunity doctrine, damage.

SUMARIO: I. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL DIAGNÓSTICO TARDÍO; II. EL CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD; III. APROXIMACIÓN PRÁCTICA A LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR DIAGNÓSTICO TARDÍO; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

Fecha de recepción: 29/01/2020 Fecha de aceptación: 28/02/2020

ISSN: 1575-720-X

RJUAM, n.º 41, 2020-I, pp. 53-68

^{*} https://doi.org/10.15366/rjuam2020.41.002

^{**} Primer Premio en la modalidad de Derecho privado social y económico del IX Premio Jóvenes Investigadores de la RJUAM. Estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La responsabilidad civil de los médicos», tutelado por Andrea Macía Morillo y concedido por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Beca de Colaboración, curso 2018-2019).

I. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL DIAGNÓSTICO TARDÍO

El objetivo de este trabajo es arrojar luz sobre los aspectos más problemáticos de la pérdida de oportunidad de curación derivada del diagnóstico tardío. En particular, se ha querido reflejar el fuerte casuismo presente en esta materia. Por ello, se hace un especial énfasis en la necesidad de analizar la pluralidad de factores que concurren en cada supuesto a la hora de su enjuiciamiento.

El tema elegido —de gran popularidad y litigiosidad creciente— no está exento de la problemática intrínseca a la responsabilidad médica, esto es, del sobreesfuerzo que la realidad extrajurídica subyacente exige realizar a los operadores jurídicos para comprender la realidad fáctica del caso. Además, soportar como elemento central del litigio la salud y la vida humanas conlleva incorporar un cierto matiz de imprevisibilidad.

Enunciadas las anteriores ideas, debido a que el objeto de este trabajo es el análisis de la pérdida de oportunidad en el concreto ámbito del diagnóstico tardío, es preciso sentar primeramente con claridad en qué términos se concibe este para comprender toda la explicación posterior. No obstante, dado que el tema de este trabajo realmente es el daño por pérdida de oportunidad, el estudio del diagnóstico tardío será limitado.

Se debe partir de que no toda detección de una enfermedad en un momento avanzado de su desarrollo se considera *diagnóstico tardío* en sentido estricto, es decir, con transcendencia en el plano de la responsabilidad médica. Concretamente, el diagnóstico tardío es un supuesto de mala *praxis*¹. Esto conlleva, en primer lugar, que solo sea exigible al médico la detección de la patología a partir del momento en que sea diagnosticable, en aplicación de los avances científicos del momento, las pruebas médicas pertinentes y la competencia del profesional². Y, en segundo lugar, que no solo se deba evaluar el diagnóstico en atención al momento de su emisión para saber si es *tardío*, sino que se deba analizar a la luz de los parámetros exigidos por la *lex artis ad hoc*³.

¹ Vid. TRIGO GARCÍA, B., «Responsabilidad por eventos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica», Derecho y Salud, vol. 24, Extra, 2014, p. 234.

² Por ejemplo, en el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1999 (Roj: STS 5604/1999), la paciente pasó por distintos diagnósticos y tratamientos que no eliminaron completamente su enfermedad, de tal manera que en última instancia trató el problema con un médico especialista, que consiguió su curación total. La sentencia consideró que los primeros facultativos que le atendieron habían diagnosticado correctamente (de manera genérica) las dolencias de la enferma, y que el éxito de la intervención del último médico se debió a su mayor competencia, pues era un médico especialista.

³ A modo de breve anotación, cabe traer a este trabajo la definición de *lex artis ad hoc* que incluye en su fundamento de Derecho segundo la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 (Roj: STS 13345/1991) y que es comúnmente aceptada: «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médico– que tiene en cuenta las [sic] especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida».

Asimismo, Gallardo Castillo destaca que la observancia de la *lex artis* no se agota con el mero desarrollo de la asistencia médica, sino que requiere su realización a tiempo. En la mayor parte de los casos, su retraso supone «una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente»⁴. La detección temporánea de la enfermedad es deseable debido a que el diagnóstico está habitualmente basado en una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, las cuales serán de mayor utilidad cuanto más precozmente pueda identificarse la presencia de una patología⁵. La razón estriba en que la mayoría de las enfermedades no son estáticas, por lo que no poseerán la misma gravedad en un momento más incipiente de su desarrollo que en otro más avanzado. Esto conlleva que el momento en el que se emite el diagnóstico se torne crucial.

Además, la mera emisión de un diagnóstico tardío no posibilita la imputación de responsabilidad. Aun constatándose la mala *praxis*, se deberá evaluar si el retraso conllevó un menoscabo efectivo de la salud del paciente y si se puede demostrar la existencia de un nexo de causalidad entre la actuación del médico y el daño, ya se trate de causalidad directa o hipotética⁶.

En consecuencia, dejando a un lado otros tipos de daños eventualmente identificables en este contexto, es fácilmente apreciable que la falta de recepción de un tratamiento para combatir tempranamente la afección del paciente como consecuencia del retraso en la emisión de diagnóstico producirá el padecimiento de sufrimiento físico y psicológico, el surgimiento de secuelas o incluso el fallecimiento del afectado. En este marco, si otra hubiera sido la actuación del profesional sanitario, *probablemente*, el paciente se encontraría en mejor estado de salud, habría sido víctima de menores padecimientos o no habría fallecido. Es en este punto donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad: al no haber aplicado con anterioridad un tratamiento al paciente por no haberse diagnosticado aún su enfermedad, se le ha privado de unas expectativas de curación o de haber sufrido un menor menoscabo sobre su salud psico-física. Esto implica, en ambos casos, un daño en sí mismo que deberá ser indemnizado.

II. EL CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

ISSN: 1575-720-X

La conceptualización de la naturaleza de la pérdida de oportunidad no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia. Por ello, en las siguientes líneas se hace una breve referencia

⁴ GALLARDO CASTILLO, M.J., «De nuevo sobre el concepto de lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual», *Diario La Ley*, núm. 7277, 2009, p. 2.

⁵ Véase el fundamento de Derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2006 (Roj: STS 836/2006).

⁶ Sobre los elementos que tradicionalmente deben concurrir para que nazca la obligación de indemnizar desde el prisma de la responsabilidad civil: REGLERO CAMPOS, F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002, pp. 34-35.

a esta cuestión, a fin de explicar por qué aquí se enmarca el problema en el elemento del daño y no se plantea la pérdida de oportunidad como un mero instrumento de facilitación probatoria ni puramente en sede de relación de causalidad. Concretamente, se afirma que el daño inmediatamente provocado por la actuación del médico es la frustración de posibilidades de curación o supervivencia.

Esto significa que, como es palpable en el desarrollo del trabajo, la pérdida de oportunidad sea un daño con entidad propia y, en ningún caso, sea un «artificio judicial» destinado a sustituir la reparación de un daño no probado por una indemnización equitativa o invertir de manera encubierta la carga de la prueba⁷. No obstante, cabe reconocer que, en cierta medida, la doctrina de la pérdida de oportunidad facilita la carga probatoria del actor⁸. En esta línea, Luna Yerga denuncia la dificultad de la actividad probatoria cuando concurren daños pasivos, esto es, daños que suceden debido a errores de diagnóstico (o retrasos en el diagnóstico), que realmente no se conciben como una acción directa del facultativo, pero que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados⁹. Estas dificultades se verían mitigadas gracias a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Asimismo, este enfoque implica que la relación de causalidad entre el daño y la actuación del médico sea directa, y no hipotética, como apuntan los autores que consideran la pérdida de oportunidad únicamente en sede de relación de causalidad. Esto es, el estudio de la pérdida de oportunidad en sede de causalidad conlleva considerar que el daño se identifica con los totales perjuicios físicos o psicológicos provocados por el desarrollo de la enfermedad, que no fue tratada como consecuencia del retraso en la emisión de diagnóstico, y que de manera indirecta fueron causados por el médico.

Es más, considerar la pérdida de oportunidad como un daño en sí mismo conlleva identificarla solo con la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actuación médica y no con los totales perjuicios físicos o psicológicos sufridos por el paciente, con los cuales, desde esta perspectiva, resulta imposible establecer un nexo de causalidad¹⁰.

La concepción de la pérdida de oportunidad como daño en sí mismo ha sido frecuentemente aplicada por los tribunales en el ámbito que nos ocupa. A título de ejemplo,

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid (Dykinson), 2001, p. 214.

⁸ Al respecto, Vicandi Martínez (VICANDI MARTÍNEZ, A., «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?», *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2, 2015, p. 22) considera que, en cierta medida, la figura de la pérdida de oportunidad es similar a la figura del daño desproporcionado (cuya finalidad es simplificar la actividad probatoria), pues, aun enfocándose en sede de relación de causalidad, implicaría una facilitación de la actividad inductiva consistente en hallar una relación entre el daño sufrido (la pérdida de oportunidad) y la actuación u omisión del profesional sanitario.

⁹ LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, núm. 2, 2005, p. 2.

¹⁰ LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», ob. cit., p. 4.

la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011¹¹ –en el contexto de un diagnóstico tardío de cáncer de pulmón– o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 2019¹² –en relación con un caso de diagnóstico tardío de una patología cardiovascular–, afirmaron que «en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera». Esto es, el daño realmente causado por el médico al paciente es la privación de la posibilidad de haber obtenido una curación o un menor menoscabo de su salud, y no directamente su estado de salud final: realmente, las secuelas o el fallecimiento del paciente tras la emisión de diagnóstico tardío no son un daño directo derivado de la conducta del médico en estos casos, pues la enfermedad ya era presentada por el paciente por causas ajenas a la actuación del facultativo¹³.

Sentada su naturaleza como presupuesto previo y justificación del enfoque aquí adoptado, y comenzando a profundizar en la pérdida de oportunidad como doctrina (en francés, perte d'une chance, y en inglés, loss of opportunity¹⁴), cabe advertir que, a pesar de no ser una teoría propia o exclusiva de la responsabilidad sanitaria, tiene en la actualidad una notable expansión en este ámbito¹⁵. Esto se debe a que existe una importante línea jurisprudencial favorable a su aplicación en el complejo contexto de las negligencias médicas¹⁶. En este escenario, la pérdida de oportunidad se relacionaría con los actos realizados por un profesional de la medicina que han podido influir en la evolución del curso de una enfermedad, privando al paciente de oportunidades de curación¹⁷. Es decir, actuaciones que no han causado las dolencias del enfermo, pero que sí han influido en su fallecimiento, o, en caso de supervivencia, en la posibilidad de curar definitivamente o de sufrir la enfermedad

Fundamento de Derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5922/2011) con cita de la anterior de 24 de noviembre de 2009 (Roj: STS 7527/2009), relativa a un supuesto de negligencia al asistir un parto (Fundamento de Derecho segundo).

¹² Fundamento de Derecho séptimo (Roj: STSJ CLM 1027/2019).

¹³ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, p. 534.

¹⁴ El origen del concepto de pérdida de oportunidad se remonta al siglo XIX y principios del siglo XX, en los sistemas jurídicos francés e inglés, y, con posterioridad, se ha introducido en otros ordenamientos (ASENSI PALLARÉS, E., y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO*, núm. 8, 2013, p. 229).

¹⁵ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 534: «[e]sta doctrina, de origen judicial, goza de gran predicamento en la actualidad, especialmente en la responsabilidad civil de los médicos, abogados y procuradores».

¹⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas (Wolters Kluwer España), 2014, p. 213.

¹⁷ Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de enero de 2016 (Roj: SAP M 911/2016).

sin una determinada comodidad¹⁸. Como se puede ya intuir, la doctrina de la pérdida de oportunidad se ajusta a los casos de responsabilidad médica como un traje a medida.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de abril de 2018¹⁹ constituye un caso paradigmático de pérdida de oportunidad en el ámbito médico. Concretamente, se refiere a un caso de diagnóstico tardío de cáncer de pulmón. A pesar de que las razones por las que el paciente acudió a recibir asistencia médica no estaban conectadas con proceso tumoral alguno, la detección de una imagen anómala en la radiografía —que varios especialistas calificaron claramente como de lesión en el lóbulo del pulmón— merecía ser investigada mediante la práctica de otras pruebas. Pero no fue así. De esta manera, se privó al paciente de la posibilidad de haber detectado temporáneamente el tumor, que, además de mejorar el pronóstico hubiera mejorado su calidad de vida.

Sin embargo, lo inmediatamente expuesto no puede llevar a engaño, pues no en todo caso se podrá aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico. Solo si concurren los siguientes elementos podrá hablarse de pérdida de oportunidad: (i) un cierto nivel de incertidumbre respecto de la obtención de un resultado más beneficioso; (ii) un matiz de aleatoriedad en la producción del daño; y (iii) una notable probabilidad, sin alcanzar la certeza, de haber obtenido otro resultado.

En primer lugar, la incertidumbre sobre la posibilidad de haber obtenido un resultado más beneficioso es uno de los elementos característicos de la noción de *oportunidad*. En particular, la curación del paciente es un objetivo deseable pero incierto, pues nunca está garantizada, tampoco si se hubiera emitido un diagnóstico temporáneo²⁰. Al respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011²¹ y de 22 de mayo de 2012²² –la primera de ellas plantea un caso de un paciente pluripatológico que debía ser intervenido con urgencia y la segunda plantea un caso de desarrollo de un tumor en la columna vertebral–afirmaron que este tipo de daño presenta como eje angular la incertidumbre respecto a si la actuación médica omitida podría haber evitado o, al menos, mejorado, el deficiente estado de salud del paciente. De hecho, desde este punto de vista, si se probara la imposibilidad de haber obtenido otro resultado dadas las circunstancias del caso, no existiría daño por pérdida de oportunidad.

En este sentido también se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012²³ –a propósito de un caso de retraso en el diagnóstico de la preclamsia que padecía una mujer embarazada, la cual provocó daños neuronales al nacido— indicando que basta con la existencia de una cierta probabilidad de que otra actuación médica pudiera

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Roj: STSJ GAL 1904/2018.

²⁰ MACÍA MORILLO, A., «El daño derivado de la falta de información médica» en *Derecho de daños* 2020, Madrid (Lefebvre), 2020, p. 594.

²¹ Fundamento de Derecho cuarto (Roj: STS 7060/2011).

²² Fundamento de Derecho octavo (Roj: STS 3637/2012).

²³ Fundamento de Derecho quinto (Roj: STS 7878/2012).

haber evitado los daños neuronales padecidos por el nacido, no siendo posible afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización (no por la totalidad de las lesiones, sino en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió, que es realmente el daño provocado por el médico, como se explicará más adelante).

En segundo lugar, este elemento de la incertidumbre, a su vez, está intrínsecamente relacionado con el matiz de aleatoriedad siempre presente en la producción del daño por pérdida de oportunidad. Esto es, la curación del enfermo queda fuera del control absoluto del demandante y del demandado²⁴, pues deriva del desarrollo de procesos biológicos ajenos a ellos²⁵.

En tercer lugar, es requisito indispensable para hablar de pérdida de oportunidad que exista una notable probabilidad de haber obtenido otro resultado. Es más, la doctrina de la pérdida de oportunidad solo se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta e intrínseca, cuando el perjudicado solo es capaz de demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido reales de no haber intervenido el hecho ilícito²⁶. En consecuencia, cabe afirmar que el concepto de oportunidad se vincula únicamente a la posibilidad fundada, real, y seria, o, en otras palabras, aquella posibilidad que contiene un grado notable de probabilidad, sin alcanzar la certeza²⁷. Consecuentemente, se observan algunos pronunciamientos donde el Tribunal Supremo «descarta la responsabilidad porque las expectativas de éxito eran altamente improbables y, por tanto, la oportunidad perdida, irrelevante. Y otros en los que efectivamente, ha entendido que existía una mayor probabilidad de haber evitado el daño final y, en consecuencia, una pérdida de oportunidad de curación o supervivencia para el paciente»²⁸. En la cultura jurídica de la Europa Continental, el umbral de certidumbre se sitúa en un 80% –frente al 50% asentado en el *Common Law*²⁹–, por encima del cual no procede plantear una hipótesis de pérdida de oportunidad³⁰. Mayores

²⁴ ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil por infecciones asociadas a la asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, p. 51.

²⁵ Al respecto, MACÍA MORILLO, A., «El daño derivado de la falta de información médica», ob. cit., p. 572.

²⁶ MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 1, 2017, p. 61.

MEDINA ALCOZ, L., La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007, p. 89.

²⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», ob. cit., p. 18.

²⁹ Como claramente explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2012 (Roj: SAP M 13302/2012) en su fundamento de Derecho trigésimo noveno, a propósito de un supuesto de un accidente de una menor en un parque infantil, «[e]n el Common Law goza de gran predicamento la máxima *«more probable than not»*, en cuya virtud, basta contar con una probabilidad superior al 50% para concluir que la causa imputable al demandado es plausible de producir el resultado dañoso». Por el contrario, en los países del *Civil Law*, se recurre a un estándar más exigente.

³⁰ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 533; y XIOL RÍOS, J.A., «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 2010, 2010, p. 20.

dudas existen sobre la fijación del umbral de seriedad, que algunos autores se han atrevido a situar entre un 15% y un 20% de probabilidades³¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 576/2019), a pesar de referirse a un supuesto de pérdida de oportunidad por un retraso en la atención recibida por un bebé que sufrió un atragantamiento y no por un diagnóstico tardío, cabe ser traída a este trabajo por su planteamiento de la pérdida de oportunidad en términos generales. Concretamente, en su fundamento de Derecho séptimo explica utilizando un ejemplo lo que aquí se acaba de decir. Así, afirma que se pueden distinguir tres franjas: (i) la franja superior engloba supuestos de certeza en la producción del daño, que conllevan su completa reparación; (ii) la franja inferior aglutina los casos en los que las oportunidades perdidas son meramente ilusorias y por tanto, no se permiten deducir que el agente causara un daño; y (iii) la franja central, entre las anteriores, en la que se sitúa la doctrina de pérdida de oportunidad, se identifica con aquellos supuestos en los que existe una probabilidad seria de causación del daño que, sin alcanzar el nivel máximo, supera el umbral mínimo de certidumbre.

Dado que la determinación de la probabilidad debe servir de guía para determinar la indemnización³², si reflejamos las anteriores ideas sobre la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad, se podrá concluir que, cuando la probabilidad sea nula o insignificante, la víctima no tendrá derecho a indemnización; y cuando la probabilidad sea tan alta que raye la certeza, la víctima deberá ser reparada por sus secuelas directa y totalmente, sin que pueda entrar en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad³³. En consecuencia, la indemnización nunca podrá ser igual o mayor que el valor de la ventaja dejada de obtener, sino que debe ser siempre inferior a la que procedería por la pérdida de la ventaja, siempre y cuando el daño causado hubiera consistido efectivamente en esta pérdida³⁴. Partiendo de esta idea, la indemnización se deberá modular tras un estudio de las probabilidades estimadas de curación o supervivencia del paciente si el profesional sanitario hubiera actuado de otra manera. Esto implica afirmar que el agente del daño solo será considerado su causante en función de la probabilidad estadística de su causación, siendo condenado a pagar una indemnización proporcionada³⁵.

En suma, se extrae que el daño por pérdida de oportunidad se conceptúa como aquella frustración de oportunidades reales de curación, consecuencia de la mala *praxis* del facultativo, pues si hubiera actuado adecuadamente, muy probablemente, el resultado sobre la salud del paciente habría sido otro (más beneficioso o menos perjudicial). No obstante, la

³¹ XIOL RÍOS, J.A., «El daño moral y la pérdida de oportunidad», ob. cit., p. 20.

³² Fundamento de Derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2018 (Roj: STS 352/2018).

³³ MEDINA ALCOZ, L., La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, ob. cit., p. 88.

³⁴ Esta idea es claramente expresada en MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad:* estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, ob. cit., p. 106.

³⁵ MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», ob. cit., p. 70.

apreciación de sus distintos elementos y la cuantificación del daño en aras de fijar una suma indemnizatoria no están exentos de problemas, sobre todo en la práctica forense, como se trata en el siguiente apartado.

III. APROXIMACIÓN PRÁCTICA A LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR DIAGNÓSTICO TARDÍO

Una vez considerada la concurrencia de todos los elementos anteriormente expuestos, no se debe perder de vista que, en la práctica forense, el objetivo último del debate jurídico es la determinación de la indemnización correspondiente a la víctima del daño. Por esta razón se dedican las siguientes líneas a analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes con la intención de mostrar la transcendencia práctica de las cuestiones tratadas en las páginas anteriores y servir como referencia a futuros litigios³⁶. Los pronunciamientos traídos al trabajo pertenecen tanto a la jurisdicción contenciosa como a la civil, debido a la existencia de una dualidad de sistemas sanitarios –público y privado– y a las distintas consideraciones que ha merecido el enjuiciamiento de la responsabilidad médica a lo largo de los años. Ello determina la competencia de ambos órdenes jurisdiccionales para conocer sobre casos de responsabilidad médica.

Asimismo, es preciso advertir que, a pesar del vasto desarrollo doctrinal existente sobre este tema, en escasas ocasiones los tribunales incluyen una argumentación suficientemente extensa y detallada sobre el fallo de la sentencia, debido a la dificultad de la materia. Un alto porcentaje de sentencias se podrían tachar de insatisfactorias desde un punto de vista dogmático y, lo que es peor, de aportar inseguridad a los operadores jurídicos y a las víctimas al conceder el *quantum* indemnizatorio a ciegas³⁷.

A ello también se refiere Medina Alcoz cuando denuncia, al hilo del comentario de algunas sentencias de la Audiencia Nacional, que, a pesar de su mejora desde un punto de vista técnico, precisan la inclusión de un cálculo pormenorizado de los daños padecidos y de la ponderación de los elementos de incertidumbre cuyo análisis es necesario para determinar el alcance de la indemnización³⁸. Tampoco Sardinero-García *et al.* se resisten a criticar la realidad de nuestros tribunales, denunciando que el 83,2% de las sentencias sobre patologías oncológicas analizadas en su estudio han sido dictadas a tanto alzado, reflejando «la falta

³⁶ Respecto de la estimación de las probabilidades de causación del daño para cuantificar la indemnización, Moure González afirma que la «valoración dependerá de las circunstancias de cada caso, pero lógicamente la referencia serían los propios criterios jurisprudenciales» (MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», ob. cit., p. 70).

³⁷ Fundamento de Derecho séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 576/2019).

³⁸ MEDINA ALCOZ, L., La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, ob. cit., p. 213.

de criterio que existe entre los jueces y los magistrados a la hora de aplicar la pérdida de oportunidad»³⁹.

Es más, se podría decir que algunas sentencias presentan una técnica jurídica ciertamente oscura, lo que agrava las situaciones de inseguridad denunciadas. Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2019⁴⁰. Se corresponde con un supuesto de retraso en la práctica de pruebas diagnósticas a una paciente que había sufrido una caída y a la que finalmente le fue diagnosticada una lesión del nervio ciático. El retraso a su vez conllevó que su derivación al servicio de neurología se produjera tardíamente. Sin embargo, el extremo criticable de esta sentencia es que, después de una breve argumentación consistente únicamente en la cita de precedentes, concluye con dos afirmaciones difíciles de conciliar entre sí. Básicamente, indica que (a) la anticipación de las pruebas y derivación de la paciente no habría supuesto una mejora de su estado de salud, pero también que (b) el retraso ha generado un perjuicio consistente en la obtención tardía del tratamiento médico adecuado para su dolencia. Asimismo, no considera suficientemente acreditado que la incapacidad padecida por la paciente sea consecuencia del proceso curativo en cuestión, pero fija a tanto alzado una indemnización de 25.000 euros.

Dejando a un lado la crítica, se debe reconocer que los casos de pérdida de oportunidad por diagnóstico tardío conllevan añadir a la tradicional dificultad de la valoración de los daños en el ámbito médico el problema de cuantificar meras probabilidades estadísticas de curación, lo que supone aventurar qué habría sucedido de no haber incurrido el facultativo demandado en negligencia⁴¹. La inexistencia de un nexo causal directo entre la negligencia médica y el estado de salud final del paciente genera que el responsable de una pérdida de oportunidad por diagnóstico tardío no pueda ser condenado al resarcimiento total de los perjuicios sufridos por el paciente: como ya se ha indicado anteriormente, solo deberá indemnizarse por el valor de las expectativas destruidas⁴². Es decir, no se trata de indemnizar al enfermo por sus padecimientos o sus secuelas finales, sino solo y exclusivamente por la privación de las posibilidades o expectativas de curación que tenía⁴³.

En consecuencia, en la práctica, el procedimiento para fijar la indemnización por pérdida de oportunidad presenta tres momentos íntimamente relacionados: (i) la evaluación de la totalidad de los perjuicios físicos o psicológicos sufridos por la víctima, (ii) la cuantificación de la reducción de las oportunidades de curación o supervivencia, y (iii) la obtención del montante indemnizatorio en función de una fracción de esos totales perjuicios atribuible a

³⁹ SARDINERO-GARCÍA, C., AA. VV., «Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, núm. 6, 2016, p. 424.

⁴⁰ Roj: SAN 2812/2019.

⁴¹ LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», ob. cit., p. 8.

⁴² Ibidem.

⁴³ GALLARDO CASTILLO, M.J., «De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual», ob. cit., p. 2.

la reducción de las oportunidades de curación o supervivencia⁴⁴. Es decir, si, por ejemplo, un paciente fallece debido a que el médico no diagnosticó su enfermedad hasta que esta fue inoperable, pero se conoce que el paciente solo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de supervivencia en caso de haberse detectado y tratado la enfermedad temporáneamente, la indemnización por pérdida de oportunidad ascenderá al 30% de aquella que hubiera correspondido en caso de imputarse al médico el fallecimiento del paciente⁴⁵. En la práctica, este proceso de cuantificación es complejo debido a los numerosos factores que concurren y la incertidumbre sobre la posibilidad de haber obtenido otro resultado que preside cada caso⁴⁶.

No obstante lo dicho, destacan positivamente sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de abril de 2019⁴⁷. Esta sentencia, a propósito de un caso de diagnóstico tardío de carcinoma renal, incluyó en su cuarto fundamento de Derecho el razonamiento seguido para cuantificar la probabilidad de haber obtenido un resultado más beneficioso, en cuanto al estado de salud del paciente, en caso de haberse practicado diligentemente las pruebas necesarias (y omitidas) para emitir el diagnóstico adecuado. Debido a la claridad con que se argumenta en la referida sentencia, a continuación, se citan in extenso los principales factores considerados por el Tribunal para emitir el fallo: (a) «las posibilidades de supervivencia eran nulas, aunque no las posibilidades de que un diagnóstico previo hubiese prolongado por breve lapso temporal la vida»; (b) «no está probado en qué medida la atención por la sanidad privada hubiese mejorado las expectativas de supervivencia, más allá del breve lapso temporal indicado, aunque ciertamente contribuyó a la mejora de calidad de vida»; (c) «no está probado [...] que la atención temporánea con pruebas de diagnóstico hubiese sido ni factor de curación ni de prolongación de supervivencia»; y (d) «es evidente que si se hubiesen practicado las pruebas indicadas, [...] permitiría acometer estrategias sanitarias y sobre todo, para que tanto el paciente como su familia pudieran afrontarlo y prestarle compañía en esa recta final». De las palabras del Tribunal, son especialmente llamativos sus esfuerzos por reconstruir, a través de los datos que conoce, qué habría pasado, en relación con el estado de salud del paciente, si la actuación del facultativo hubiera sido otra.

En este caso, finalmente, el Tribunal estimó parcialmente la pretensión indemnizatoria de la demanda, en cuanto a la pérdida de oportunidad derivada de la demora en el diagnóstico –asumiendo que un diagnóstico temporáneo habría permitido acometer estrategias

⁴⁴ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid (Thomson-Civitas), 2004, p. 459.

⁴⁵ LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», ob. cit., p. 9.

⁴⁶ Las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (Fundamento de Derecho cuarto) (Roj: STS 7060/2011) y de 22 de mayo de 2012 (Fundamento de Derecho octavo) (Roj: STS 3637/2012) coinciden al afirmar que, a la hora de proceder a la cuantificación del daño, es inevitable la presencia de dos elementos de dificil concreción: el grado de probabilidad de que la actuación médica hubiera producido el efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de tal efecto beneficioso.

⁴⁷ Roj: STSJ AS 1248/2019.

sanitarias enfocadas a afrontar la *recta final* de la enfermedad— y no por el fallecimiento del paciente, ya que no se pudo exigir al médico haberlo evitado al no ser materialmente posible dadas las circunstancias del caso, pues las posibilidades de supervivencia del paciente eran, en todo caso, nulas.

Como se ha podido apreciar, aunque lo habitual es que la detección tardía de la enfermedad provoque el agravamiento de la situación del paciente —y, anudada a ella, la responsabilidad del causante de la demora⁴⁸—, a veces se estima inocua para la salud del paciente o su esperanza de vida, y, por tanto, la inexistencia de un daño por pérdida de oportunidad. Por ejemplo, así fue en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2018⁴⁹, relativa a un diagnóstico tardío de un cáncer de colon. En ella se argumentó que, aunque el tumor se hubiera diagnosticado antes, no se podría haber esperado otra solución, en cuanto que el cáncer de colon tarda años en desarrollarse, «por lo que es presumible que con tan solo dos meses de diferencia no hubiera habido cambio de estadio clínico ni un gran crecimiento del tumor»⁵⁰. Esto es, el Tribunal consideró que el paciente no perdió la oportunidad de obtener un mejor estado de salud como consecuencia de la actuación médica, pues la propia naturaleza de la enfermedad sugiere que un diagnóstico emitido dos meses antes no habría supuesto ningún beneficio. En consecuencia, y después de considerar también otros factores, no se condenó al Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid del cual dependía el hospital donde se produjeron los hechos.

El diagnóstico tardío tampoco privó a la paciente de expectativas de curación o mejoría en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 2019⁵¹. En relación con un supuesto de retraso en el diagnóstico de una patología cardiovascular, la Sala sostuvo que no era aplicable el instituto de la pérdida de oportunidad porque el cuadro médico presentado por la paciente desaconsejaba la intervención quirúrgica de recambio valvular (esto es, el tratamiento comúnmente asociado a esa patología). En consecuencia, quedó probado que aun habiéndose diagnosticado temporáneamente la patología, el resultado sobre la salud de la paciente hubiera sido el mismo.

Para terminar, es interesante analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018⁵², al igual que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2016⁵³, relativas al diagnóstico tardío de una patología cerebral, por explicar también con bastante claridad cómo se debe proceder a la cuantificación de la

⁴⁸ Por ejemplo, entre otros muchos, en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 (Roj: STS 4867/2010), relativo a un retraso en el diagnóstico de un cáncer de colon que provocó el desarrollo descontrolado del mismo. El retraso diagnóstico se produjo, a pesar del ingreso reiterado del paciente en el hospital, por no practicarse la prueba conducente al diagnóstico correcto hasta después de cuatro meses y dos intervenciones quirúrgicas. En este contexto, el Tribunal falló condenando al Servicio Murciano de Salud.

⁴⁹ Roj: STSJ M 9734/2018.

⁵⁰ Fundamento de Derecho quinto.

⁵¹ Roj: STSJ CLM 1027/2019.

⁵² Roj: STS 1096/2018.

⁵³ Roj: STSJ CV 4280/2016.

indemnización en un caso al que es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad. Se parte del hecho de que la demanda pretende (erróneamente) una indemnización global de las secuelas de la actora. Sin embargo, al estimarse que la incidencia del diagnóstico tardío en el estado de salud del paciente había sido baja, el Tribunal acordó condenar a la demandada al pago de una indemnización relativamente baja en proporción con la valoración de las secuelas finales de la paciente. Esto se debe a que, como bien se indicó en los fundamentos de Derecho quinto y sexto de la sentencia, la indemnización ha de reconducirse al retraso diagnóstico identificado y a la ponderación que en el caso concreto ha de hacerse ante una posible minimización de las consecuencias sufridas por la actora de haberse anticipado la emisión de diagnóstico.

En suma, el estudio de las distintas sentencias traídas al trabajo pone de relieve la dificultad que conlleva cuantificar la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, principalmente por la ausencia de una conexión física directa que haga patente su causación por parte del facultativo y que requiere llevar a cabo un estudio de probabilidades de haber obtenido otro resultado. Esto implica la necesidad de desplegar una gran cantidad de argumentos por parte de los operadores jurídicos para intentar aproximarse a lo acaecido durante la prestación de los servicios médicos y responsabilizar al facultativo de las consecuencias de sus actos, en su caso.

IV. CONCLUSIONES

ISSN: 1575-720-X

PRIMERA.- El diagnóstico tardío es un supuesto de mala *praxis* consistente en la detección de la enfermedad del paciente en un momento avanzado de su evolución por causas imputables al médico. Se deben analizar todos los factores concurrentes en cada caso para llegar a esta conclusión, es decir, evaluar si el profesional actuó desconociendo lo prescrito por la *lex artis ad hoc*, y no únicamente considerar cuál fue el momento de su emisión.

SEGUNDA.- Lo más frecuente es que, si se hubiera emitido el diagnóstico con anterioridad, el paciente habría tenido mayores oportunidades de curación o de supervivencia, pero es preciso constatar la relevancia del retraso en cada caso, pues debido a la naturaleza de la enfermedad podría revelarse inocuo desde el punto de vista del agravamiento del estado de salud del paciente, y en tal caso no podría imputarse responsabilidad al médico por no existir un daño.

TERCERA.- Las tres teorías existentes sobre la naturaleza de la pérdida de oportunidad son la concepción de la misma como daño, como instrumento de facilitación probatoria y como elemento de imputación causal. Sin embargo, en el ámbito médico, la jurisprudencia es tendente a concebir la pérdida de oportunidad como daño en sí mismo, y también nosotros defendemos esta postura. Desde este punto de vista, el daño por pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario se identifica con la propia frustración de oportunidades de curación o de supervivencia consecuencia de la actuación del facultativo.

CUARTA.- Los requisitos exigidos para apreciar la existencia de un daño por pérdida de oportunidad son: la incertidumbre respecto de la obtención de un resultado más beneficioso, la presencia de un cierto matiz de aleatoriedad en la producción del daño y la existencia de una notable probabilidad, sin alcanzar la certeza, de haber obtenido otro resultado.

Desde nuestro punto de vista, la incertidumbre se relaciona con la falta de certeza sobre si se habría obtenido un resultado más beneficioso o menos perjudicial de haberse emitido el diagnóstico en un momento anterior. Esto es, la posibilidad de haber obtenido un beneficio si otra hubiera sido la actuación del profesional médico. Para ser relevante, tendrá que tratarse de una posibilidad fundada, real y seria, y no meras expectativas altamente improbables. Sin embargo, pensamos que deberá descartarse aquella probabilidad de haber obtenido un resultado más beneficioso tan alta que raye la certeza, pues directamente se tendría que considerar la imputación al médico como daño directo del menoscabo de la salud del paciente, lo cual desborda las teorías de la pérdida de oportunidad. Además, en estos casos siempre concurre un matiz de aleatoriedad que conlleva que la situación quede fuera del control absoluto del demandante y del demandado.

QUINTA.- En la práctica, los elementos característicos de la pérdida de oportunidad no son fácilmente identificables, de la misma manera que la cuantificación del daño para fijar la suma indemnizatoria no está exenta de problemas. Además, el vasto desarrollo doctrinal existente en este ámbito no se ve reflejado en la realidad jurisprudencial, lo cual nos resulta insatisfactorio desde un punto de vista dogmático y nos parece que resta seguridad a los operadores jurídicos y a las víctimas al desconocer el *iter* seguido por el juez a la hora de fallar debido a la insuficiente argumentación de la mayoría de las sentencias.

SEXTA.- La complejidad que presenta la cuantificación de la suma indemnizatoria correspondiente a la víctima se debe al hecho de encontrarnos en un contexto donde los daños realmente causados por el agente son difíciles de perfilar debido a la necesidad de realizar un estudio de probabilidades para aislarlos con precisión, en gran medida por la incertidumbre presente como consecuencia de la situación de la salud y la vida humana como elementos centrales del litigio y ajenos al control total de las partes. En consecuencia, en la práctica forense, esta complejidad conlleva la formulación de una gran cantidad de argumentos por los operadores jurídicos cuando pretenden reconstruir los hechos del caso y cuando tratan de justificar un procedimiento de cálculo de la indemnización.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARCOS VIEIRA, M.L., Responsabilidad civil por infecciones asociadas a la asistencia sanitaria, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016.

ASENSI PALLARÉS, E., y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO*, núm. 8 (2013), pp. 228-239.

- GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., «De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual», *Diario La Ley*, núm. 7277 (2009), pp. 1-7. La cita se realiza sobre documento *on-line* disponible en http://diariolaley.laley.es. [Consultado el 03/01/2020].
- LUNA YERGA, A., La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad, Madrid (Thomson-Civitas), 2004.
- LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, núm. 2 (2005), pp. 1-19. La cita se realiza sobre documento *on-line* disponible en https://www.indret.com. [Consultado el 03/01/2020].
- MACÍA MORILLO, A., «El daño derivado de la falta de información médica» en *Derecho de daños 2020*, Madrid (Lefebvre), 2020, pp. 531-622.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *Estudios sobre responsabilidad sanitaria*. *Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas (Wolters Kluwer España), 2014, pp. 207-250.
- MEDINA ALCOZ, L., La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007.
- MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 1 (2017), pp. 57-75.
- REGLERO CAMPOS, F., «Conceptos generales y elementos de delimitación» en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002, pp. 33-52.
- SARDINERO-GARCÍA, C., AA. VV., «Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30, núm. 6 (2016), pp. 421-425.
- TRIGO GARCÍA, B., «Responsabilidad por eventos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica», *Derecho y Salud*, vol. 24, Extra (2014), pp. 232-239.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?», *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2 (2015), pp. 1-58.

XIOL RÍOS, J.A., «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 2010 (2010), pp. 9-38.

YZQUIERDO TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid (Dykinson), 2001.