

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO SANITARIO

MONTSERRAT GARCÉS-GARRO RANZ

*Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Letrado del Consorcio de Compensación de Seguros
Máster en Derecho Sanitario
por la Universidad de Castilla-La Mancha*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Extracto:

SUPUESTOS como el diagnóstico o el tratamiento tardío y sus consecuencias; el diagnóstico erróneo con resultado de muerte; información insuficiente acerca de enfermedades o deformidades que impiden a los padres optar por la posibilidad del aborto, o la falta de información acerca de los riesgos de la intervención médica que acaba con un sujeto superviviente pero perjudicado, al que se le ha privado de la facultad de optar por otra decisión, son ejemplos prácticos de la pérdida de oportunidad en el Derecho sanitario.

El trabajo examina la problemática existente con la relación de causalidad y el nexo causal, así como la dificultad de la prueba en sede judicial que deberá determinar que, de no haber existido el hecho ilícito –diagnóstico erróneo, falta de información, etc.–, las probabilidades de que el perjudicado hubiera obtenido un beneficio o evitado un menoscabo serían serias, considerables, relevantes y razonables.

Se analiza la jurisprudencia más reciente con especial atención a la articulación de la prueba para acreditar que existió una pérdida de oportunidad y que ésta debe ser indemnizada.

Por último, y dadas las diferencias existentes en las indemnizaciones, se examinan diversas herramientas para la cuantificación del daño en España que pueden servir de guía: accidentes de circulación, navegación aérea y supuestos de prisión indebida.

Palabras clave: pérdida de oportunidad, negligencia médica, responsabilidad civil, indemnización, Derecho sanitario.

LOSS OF CHANCE HEALTH LAW

MONTSERRAT GARCÉS-GARRO RANZ

*Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Letrado del Consorcio de Compensación de Seguros
Máster en Derecho Sanitario
por la Universidad de Castilla-La Mancha*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Abstract:

ACCORDING to Health Law, some potential circumstances might be considered real examples of loss of chance, such as: late diagnosis or treatment -and the consequences derived thereof; wrong diagnosis resulting in death; insufficient information provided to parents on certain illnesses or malformations, which deprives them of the possibility to opt for abortion; insufficient information provided on the risks of a medical intervention provided to a subject who survives to it but suffers damages, and who has been deprived of the possibility to make a different decision; etc.

This essay analyses the existing problems as regards the causality relation and causal nexus, as well as the difficulties to present evidence before the court which shall have to determine whether –had no circumstances as the ones mentioned above occurred (wrong diagnosis, insufficient information, etc.)– the probability that the damaged person would have benefited or prevented impairment would be solid, considerable, significant and reasonable.

The most recent jurisprudence is studied, paying special attention to the presentation of evidence, so as to prove that the loss of chance actually took place and that, due to that fact, some remedies should be paid.

To end with, and given the wide range of remedies, several tools have also been examined as regards the quantification of damage in Spain, which might be used as reference: road accidents, plane crashes, wrongful imprisonments, etc.

Keywords: loss of chance, medical malpractice, civil liability, remedy health law.

Sumario

1. Qué es la pérdida de oportunidad.
2. Pérdida de oportunidad: daño patrimonial, daño moral, daño per se.
3. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad: la prueba en un proceso de pérdida de oportunidad.
4. Análisis de la jurisprudencia española o la inseguridad jurídica: la «ruleta indemnizatoria» en los supuestos de pérdida de oportunidad.
 - a) Perjudicado superviviente: la hipótesis de una decisión más acertada.
 - b) Diagnóstico y tratamiento tardío.
 - c) Diagnóstico erróneo con resultado de muerte: la estadística de la supervivencia.
 - d) La posibilidad de abortar: el hijo nacido como certera consecuencia patrimonial.
5. Herramientas para la cuantificación del daño en España: supuestos de valoración reglada y no reglada (accidentes de circulación, navegación aérea y prisión indebida).

Bibliografía.

Anexos legislativos.

1. QUÉ ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra *chance*, dimanante del francés *chance*, significa «oportunidad o posibilidad de conseguir algo».

Etimológicamente la palabra *chance* (oportunidad, en francés) proviene del verbo *choir*, y hace referencia a la caída que se produce de forma azarosa en el juego de dados; también la palabra española *azar* proviene del árabe hisp. **azzahr*; y éste del árabe *zahr*, «dado», que indica, en los juegos de naipes o dados, la carta o dado que tiene el punto con que se pierde. De ahí que la *chance* indique la probabilidad o posibilidad, favorable o no, de lograr algo.

La figura de la pérdida de oportunidad como daño de carácter resarcible comienza a aplicarse a finales del siglo XIX y XX en los casos de incumplimiento contractual para aquellos supuestos en que se perdía la oportunidad de ganar en un proceso o concurso por culpa de un deudor que incumplía.

La sentencia del Tribunal Supremo de Ohio de 1867¹, que ya indicó que la pérdida de oportunidad de curación constituye un daño indemnizable, estableció que «cualquier negligencia que priva de posibilidades de curación al paciente constituye una lesión en sentido jurídico».

En Francia, la pérdida de oportunidad aplicada a los supuestos procesales también tiene cabida desde finales del siglo XIX; así, la Cour de Cassation en fecha 17 de julio de 1889 recogía la doctrina en relación con la culpa de un funcionario judicial que impidió la tramitación de un proceso, impidiendo de este modo la posibilidad de alcanzar una resolución judicial, doctrina que también fue aplicada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en Sentencia de 17 de marzo de 1911, por pérdida de oportunidad procesal al no haber ejercitado la acción quien debió hacerlo.

También en Inglaterra encontramos ya en 1911, asunto *Chaplin vs Hichs*, Court of Appeal, 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; en este caso se

¹ Referencias obtenidas de MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Edit. Thomson-Civitas, págs. 130 y ss.

acudió a la probabilidad estadística de ganar –según el número de candidatas– para calcular la indemnización por privación del derecho a ganar.

En la pérdida de oportunidad tratamos de supuestos en los que, de no haber mediado una determinada actuación, las probabilidades de que el daño hubiera dejado de producirse son importantes pero insuficientes para poder tener por probado el requisito de la causalidad. Por ejemplo, el agravamiento de una enfermedad o resultado de muerte sin que el paciente hubiera sido informado acerca de los riesgos; en este supuesto la pregunta es irresoluble: contando con toda la información disponible, ¿se hubiera alterado su decisión?, ¿el menoscabo sufrido es consecuencia del incumplimiento del deber de informar o, por el contrario, es el resultado de una concatenación de hechos que, en cualquier caso, aun con toda la información posible, se hubiera producido?

Al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una representación «ideal» de los acontecimientos: suponemos que el agente dañoso ha distorsionado el curso ordinario de las cosas, sin que se disponga de elementos de juicio con los que apreciar si la víctima, en cualquier caso, hubiera sufrido o no el daño. Esto es lo que suele ocurrir en los juegos de azar; su resultado es favorable o no, pero en cualquier caso impredecible.

Así lo estableció la Cour de Cassation francesa (Sentencia 6 de junio de 1990): «*par définition la réalisation d'une chance ne sois jamais certaine*»², lo que significa que una chance, entendida como oportunidad o posibilidad de conseguir algo, no puede ser, por definición, nunca una certeza.

De ahí que doctrinalmente para algunos la definición de pérdida de oportunidad pueda considerarse una mentira técnica, ya que tradicionalmente venía a exigirse la existencia de un nexo causal entre el hecho y el daño producido, de tal modo que sólo cabía hablar de una causalidad, con la cualidad de certera, como elemento esencial para la obtención de una indemnización, mas a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se abre la puerta a la incertidumbre causal como una vía posible a la obtención de un resarcimiento, ya que la causalidad podrá ser no certera, pero sí probable o posible: se trataría del supuesto clásico del retraso en una intervención médica en el que no podemos tener la seguridad, sin temor a errar, de que la muerte fuera consecuencia certera de dicho retraso, pero sí que podemos barajar tal circunstancia como posible o probable, sin que la ausencia de certeza excluya por tanto el deber de indemnizar.

Hablamos por tanto de una causa adecuada y suficiente que, en realidad, reúne dos tipos de causalidad:

- a) La causalidad natural, que sirve para averiguar si el hecho ilícito fue realmente causa (condición *sine qua nom*³).

² http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/.

³ Aquella sin la cual no se hará algo o se tendrá por no hecho.

- b) La causalidad jurídica, esto es, si la *condicio* es jurídicamente idónea para generar responsabilidad civil (es decir, determinar si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada, algo que se conoce como imputación objetiva).

Este planteamiento teórico es esencial: debemos averiguar si una conducta fue condición real y necesaria de la que dimana un menoscabo y, en caso afirmativo, si tal causa, considerada probada, fue relevante a los efectos de la responsabilidad civil, quedándonos en este caso con la hipótesis más verosímil o probable.

Esta hipótesis de la incertidumbre causal se aplica a los supuestos en que el perjudicado no puede acreditar la alta probabilidad de que, si hubiera faltado el hecho ilícito, habría obtenido un beneficio, pero sí puede probar que tenía una posibilidad seria y real de obtenerlo: de este modo se abre la puerta a una responsabilidad parcial o proporcional o probabilística, fijando la indemnización en aras a la probabilidad de que el sujeto hubiera accedido a la actuación de la que resultó privado.

Estos postulados se alejan de la tradicional y estricta relación causalista de la que derivaba la tesis doctrinal del todo o nada: si la probabilidad era elevada se reparaba totalmente el daño; si por el contrario la prueba del nexo causal no superaba el nivel de certidumbre, se negaba totalmente el resarcimiento; esta tesis del «todo o nada» todavía prevalece por ejemplo en el ordenamiento jurídico alemán, en el que se considera que la pérdida de oportunidad no es resarcible, salvo que la víctima tenga un grado de probabilidad tal que se aprecie el nexo causal, siendo entonces indemnizable la pérdida de la ventaja en sí.

En nuestro ordenamiento jurídico existen determinados textos legales (véase la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y sus reglamentos, así como la legislación autonómica a este respecto, Aragón⁴ entre otras) que establecen un principio de causalidad probabilística –regla de la probabilidad suficiente–, en virtud de la cual reconocen un *quantum* indemnizatorio no pleno, sino proporcional a la probabilidad de que el sujeto fuera realmente el autor del daño.

También la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, establece en su artículo 63 el derecho a una indemnización si se probara que «ha habido infracción de lo dispuesto en la presente ley y que *el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato* si no se hubiera cometido tal infracción. 3. La indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios del artículo 141.2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación». La citada Ley 48/1998

⁴ Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón. Artículo 71.4. «De los daños de naturaleza agraria causados por especies cinegéticas cuya procedencia no sea susceptible de determinación respecto de uno de ellos responderán solidariamente los titulares de los terrenos cinegéticos colindantes a la finca del perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición que les pueda asistir entre ellos en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado».

transpone así la Directiva 92/13⁵, artículo 2.º 7 que establece: «Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación». Mas dicha posibilidad real ofrece una matización respecto al resarcimiento de ciertos gastos en el considerando undécimo de la directiva al establecer que «cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato». Esto establece una posibilidad real de obtener un contrato –la ventaja– mas teniendo en cuenta el citado considerando, la infracción de las normas del procedimiento da lugar a un reembolso de gastos: es decir, no se exige probar que se hubiera obtenido el contrato sino que pudo haberse obtenido para así tener derecho a una indemnización que al menos satisfaga el daño patrimonial, ya que en cualquier caso el menoscabo (gastos ocasionados) se ha producido.

Nuestro Tribunal Supremo recogió ya la citada doctrina por vez primera en su Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 1.ª, de 10 de octubre de 1998⁶: «En suma, pues, a la demandada doña Gema no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, *se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*».

Así pues, si existe la posibilidad de enmendar un daño corporal previamente padecido y se priva de dicha posibilidad, estamos privando de la oportunidad de enmendar dicho daño; dicho de otro modo, la expectativa puede ser resarcible respecto del paciente que perdió la oportunidad de sustraerse al perjuicio efectivamente sufrido.

Cabe hablar por tanto de oportunidad perdida para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real o bien de obtener un beneficio o bien de evitar un menoscabo.

Tal y como indicó CORMIER⁷: «El Juez utiliza la noción de pérdida de oportunidad cuando la prueba del nexo de causalidad es problemática, cuando la prueba de la conexión causa-efecto que debe existir entre el hecho ilícito y el daño plantea demasiadas dificultades a la víctima. Se trata por tanto de paliar la incertidumbre que pesa sobre la existencia de una relación causal».

⁵ <http://documentacion.meh.es/doc/C5/Contratacion/Directiva%20recursos%20sectores%20especiales.pdf>.

⁶ STS, Sala 1.ª, de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371).
<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>.

⁷ CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Edit. LGDJ, Paris 2002, pág. 278.

2. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: DAÑO PATRIMONIAL, DAÑO MORAL, DAÑO PER SE

Desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona en sus bienes vitales, en su propiedad o patrimonio.

El Código Civil argentino ⁸ define así el daño en su artículo 1.068: «Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o *directamente en las cosas* de su dominio o posesión, o *indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*» y su artículo 1.078 establece: «La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos».

Según BREBBIA ⁹, cuando hablamos de patrimonio debemos diferenciar entre el patrimonio material o económico (lo que la persona tiene) y el patrimonio moral o espiritual (lo que la persona es).

El menoscabo sufrido integra el patrimonio de la persona, bien sea su patrimonio económico o bien se trate de su patrimonio personal (bienes de la personalidad, integridad psicofísica o vida o bien su patrimonio moral o espiritual), y el daño moral es el padecimiento de índole espiritual que sufre una persona herida en sus afecciones legítimas.

Junto con esta distinción, la teoría general del daño viene diferenciando el daño emergente, entendido como menoscabo por bienes ya integrados en el patrimonio de la víctima, y el lucro cesante, como ganancia frustrada y beneficios dejados de percibir.

De acuerdo con esta distinción, existirían dos tipos de oportunidades:

La posibilidad de obtener unas ganancias (*quantum lucrari potuit*, aquello que hubiera podido lucrar ¹⁰), lo que puede asimilarse al lucro cesante, esto es, precluye la oportunidad de ganar. Así, las oportunidades de carácter deportivo, las procesales o las comerciales son, en principio, oportunidades encuadrables en este supuesto, ya que el sujeto podía obtener un pronunciamiento favorable.

La posibilidad de sustraerse a un detrimento patrimonial (*quantum mihi abest*, aquello que pierdo) ¹¹, que puede asimilarse a un daño emergente, ya que se frustra la oportunidad de evitar una

⁸ <http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>.

⁹ BREBBIA, Roberto: *El daño moral. doctrina, legislación, jurisprudencia*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.

¹⁰ Paulo, D. XLVI, de 8 Rat. Rem. Hab. 13 pr.

¹¹ Ídem nota 10.

pérdida patrimonial indeseada. Así, las oportunidades de curación o de supervivencia de un paciente se enmarcan en esta segunda categoría, ya que se refieren a las posibilidades de que un bien del que previamente se dispone –vida o salud– deje de salir del patrimonio de la persona (patrimonio personal de la víctima).

Partiendo de lo anterior, cabe que el daño emergente pueda tener un carácter material –pérdida o destrucción de un objeto–, un carácter personal –pérdida o menoscabo de una parte del cuerpo– o espiritual o moral (dimanante o no de los anteriores daños, según veremos).

La pérdida de oportunidades reales es un daño resarcible y una moneda de dos caras: de un lado, la estricta pérdida material; de otro, el perjuicio moral, por lo que, producida la vulneración de un derecho fundamental, el daño moral se aprecia *in re ipsa*, es decir, surge de los hechos mismos y se acredita por sí sólo por la sola comisión del hecho antijurídico, debiéndose separar los conceptos indemnizatorios para separar daño moral y daño material. Así, los daños de carácter patrimonial pueden producirse o no (gastos hospitalarios, de desplazamiento, detrimento de ingresos laborales) y los daños de carácter moral pueden ir ligados al carácter del daño personal (la pérdida de una extremidad supone además de un daño fisiológico un perjuicio moral), y puede además surgir otro tipo de daño moral que derive del daño patrimonial (trastornos ansioso-depresivos).

Surge además la denominada teoría ontológica, que indica que la oportunidad favorable perdida es un daño *per se*, siendo éste realmente el menoscabo sufrido: el cese de la posibilidad de conseguir una ventaja, suponiendo esta consideración un punto de vista diferente en relación con la relación de causalidad, ya que el daño que debe ser resarcido se ha producido en todo caso, si entendemos éste como privación de la posibilidad de obtener la ventaja, resultando indemnizable no la ventaja o resultado esperado, sino la posibilidad de obtenerlo que tenía la víctima, ya que además esa oportunidad integra el patrimonio de la víctima¹². Y es que la cuantía del daño podrá ser incierta, pero no lo es su existencia¹³.

Pero existe otro tipo de menoscabo que se produce frecuentemente: es el caso de los daños o alteraciones mentales o emocionales, debiendo resultar indemnizables las alteraciones emocionales que se causan por violación de derechos, incluyendo el sentimiento de frustración e injusticia. Veamos cómo viene aplicándose este presupuesto:

- a) Sería indemnizable el concepto de molestia de suficiente entidad que no llega a provocar una lesión objetivable psiquiátricamente pero que sin duda ha provocado malestar y ansiedad de suficiente calado como para buscar la tutela judicial efectiva: es el supuesto de la tutela efectiva frente al ruido (STS, Sala 1.ª, de 29 de abril de 2003, STS, Sala 2.ª, de 24 de febrero de 2003, así como la más reciente STS, Sala 3.ª, de 13 de octubre

¹² Esto se ejemplifica claramente con un billete de lotería: es un título que representa una oportunidad, y el billete tiene un valor económico.

¹³ En este sentido, STS italiano 6506/1985, Sección Laboral de la Corte de Casación.

de 2008 ¹⁴), que invoca la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como daños que han de ser indemnizados por cuanto se han vulnerado derechos recogidos o bien en la Constitución o bien en los convenios internacionales de aplicación en España.

- b) Respecto a las oportunidades denominadas procesales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979, establece en su artículo 6.º ¹⁵ las condiciones referidas al **derecho a un proceso equitativo**: una vez vulnerado este derecho, se abre la posibilidad de la pérdida de oportunidad, dado que el demandante ha perdido toda posibilidad de un juicio con las garantías impuestas, y el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo declare la existencia de vulneración de los derechos no le devuelve esa oportunidad.

El tribunal examina la vulneración derechos, pero no suele examinar la consistencia de las probabilidades de éxito de que habría dispuesto el demandante (es decir, no realiza un «juicio dentro del juicio», porque además podría producirse una injerencia en la soberanía del Estado), pero a pesar de lo anterior el Tribunal de Estrasburgo reconoce la existencia de un daño, consistente en la pérdida de una oportunidad, que es una oportunidad calificada como real, pero no indemniza el daño por entender que la mera declaración de violación de los principios y derechos proporciona un resarcimiento suficiente (Caso Perote Pellón contra España, STEDH de 25 de julio de 2002, AFFAIRE PEROTE PELLÓN C. ESPAGNE (*Requête n.º* 45238/99) ¹⁶).

En el supuesto GÓMEZ DE LIAÑO y BOTELLA contra España, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH, de 22 de julio de 2008, AFFAIRE GÓMEZ DE LIAÑO y

¹⁴ <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>.

STS de 13 de octubre de 2008, Caso Barajas: «Por lo que se refiere a la indemnización que solicitan, procede compensar los perjuicios que han sufrido. En los escritos de demanda y conclusiones, los recurrentes relataron las consecuencias negativas que les ha supuesto la exposición al ruido pero a la hora de cuantificarlas económicamente no han precisado ni justificado los gastos realizados para hacer frente o paliar los efectos del mismo. La única referencia que nos han ofrecido es la que representan los pronunciamientos del TEDH en alguno de los casos en que ha apreciado lesión del derecho a la vida privada a causa de la contaminación acústica. En estas condiciones, la Sala considera adecuado seguir el criterio observado en la STEDH dictada en el caso Moreno Gómez contra España, la más reciente de las invocadas. En esa ocasión el Tribunal de Estrasburgo concedió una indemnización de 3.005 euros, además de resarcir los gastos originados por la instalación de doble acristalamiento en la vivienda de la recurrente. Pues bien, partiendo de esa cantidad, considerando los años transcurridos desde ese pronunciamiento y las molestias sufridas por los actores, la Sala ve razonable una reparación de 6.000 euros a cada uno.»

¹⁵ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>.

En los supuestos examinados –PEROTE y GÓMEZ DE LIAÑO– se condenó a España por vulneración del artículo 6.1 del Convenio:

«Artículo 6.º 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.»

¹⁶ «La Cour conclut que le constat de violation figurant dans le présent arrêt fournit par lui-même une satisfaction équitable suffisante pour tout préjudice moral dans les circonstances du litige (voir, entre autres, les arrêts De Haan c. Pays-Bas du 26 août 1997, *Recueil* 1997-IV, §§ 59-60, et Hood c. Royaume-Uni du 18 février 1999, *Recueil* 1999-I, §§ 84-86)». <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>.

BOTELLA C. ESPAGNE (*Requête núm. 21369/04*)¹⁷ se ha avanzado en la línea de resarcir –simbólicamente– el daño moral. El señor Gómez de Liaño reclamaba un importe de 204.129 euros como daño material a razón de la pérdida de su salario como magistrado entre junio de 1998 y julio de 2002 (momento en el que solicita su excedencia) y reclamaba también la cuantía de 100.000 euros como compensación por los daños morales derivados de la campaña mediática y el descrédito sufrido.

El tribunal, siguiendo su propia doctrina, al declarar que ha existido violación de los derechos establecidos en el artículo 6.º 1 del convenio, no otorga resarcimiento alguno al reclamante, por entender que de hacerlo así se estaría especulando acerca del resultado que hubiera podido obtenerse, por lo que establece la inexistencia de relación de causalidad entre los daños y la violación que se estima concurrió¹⁸.

No obstante, en este supuesto sí otorga indemnización por el daño moral, esta vez sí, al considerar que la emisión de la sentencia no puede resarcirlo, motivo por el cual le otorga la cantidad de 5.000 euros al reclamante, eso sí, sin motivación respecto a la cuantía¹⁹.

- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰, que interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), realiza pronunciamientos claramente diferenciados respecto al tipo de daños: de un lado, emite la sentencia de fondo, y de otro, la denominada sentencia de reparaciones, expresando así su rechazo a que la declaración de la vulneración sea como tal satisfactoria, indicando que la sentencia per se no indemniza de forma suficiente el daño moral, ya que el sufrimiento moral causado sólo puede ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria que se ha de fijar mediante una apreciación prudente conforme a la equidad.

La doctrina de la pérdida de oportunidad permite obtener un *quantum* indemnizatorio por los tipos de daños acaecidos, ya sean de carácter patrimonial, personal o moral, evaluándolos desde el concepto de daño actual, el cual se configura como un daño que debe tener el carácter de apreciable y evaluable en el momento actual, con lo que podrá cuantificarse tanto el daño pasado como el futuro.

En este punto podemos acoger distintos planteamientos, ya que existirá un daño emergente futuro (posibles gastos médicos), un lucro cesante pasado (ganancia dejada de obtener) y ganancia de lucro cesante futuro (la que dejará de obtener). Este perjuicio bien es cierto que es futuro, y por ende eventual, pero ello no constituye una causa para negar su resarcibilidad, ya que una cosa es su carácter futu-

¹⁷ <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>.

¹⁸ «La Cour ne considère pas approprié d'octroyer une compensation au requérant pour les pertes alléguées. En effet, elle ne saurait spéculer sur le résultat auquel la procédure aurait abouti sans le manquement aux exigences de la Convention (arrêt *Perote Pellón*, précité, § 59). La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué et rejette cette demande.»

¹⁹ «La Cour estime que le requérant a subi un préjudice moral auquel le constat de violation de la Convention figurant dans le présent arrêt ne suffit pas à remédier (*mutatis mutandis*, *Cianetti c. Italie*, núm. 55634/00, § 53, 22 avril 2004, et *Mathony c. Luxembourg*, núm. 15048/03, § 42, 15 février 2007). Eu égard aux circonstances de la cause et statuant sur une base équitable comme le veut l'article 41 de la Convention, elle décide d'octroyer au requérant la somme de 5 000 EUR.»

²⁰ <http://www.corteidh.or.cr/>.

ro –no indubitado– y otra el carácter cierto de ese perjuicio, y es que el perjuicio por lucro cesante futuro es futuro, pero no hipotético, sino probable, ya que evidentemente de no producirse el hecho dañoso y en el «curso ideal» del procedimiento el paciente, por ejemplo, hubiera continuado trabajando o hubiera comenzado a hacerlo; y es que la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño en sí mismo, existiendo una certidumbre en el perjuicio, aun existiendo incertidumbre en su cuantificación, tratándose de un daño que tendrá naturaleza pecuniaria o moral, según los casos ²¹.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA PRUEBA EN UN PROCESO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

«La causalidad acreditada no es la absolutamente cierta,
sino la razonablemente probable.» ²²

El Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de octubre de 1998 ²³, indica respecto a la doctrina de la pérdida de oportunidad: «Opera, no en el ámbito de la culpa, sino en la esfera de la causalidad, en torno a los llamados «cursos causales no verificables», en los que no puede establecerse una relación directa entre el hecho culposo y varios resultados posibles según los conocimientos científicos vigentes, y pretende evitar con ello que en dichos supuestos el perjudicado quede desprotegido, indemnizando al sujeto que por un acto negligente probado se ha visto privado de un eventual suceso favorable, futuro e incierto, con una suma inferior a la que correspondería de poder determinarse claramente la relación causal».

Los artículos 1.101 ²⁴ y 1.902 del Código Civil y 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo atribuyen a la causalidad el carácter de elemento necesario para que surja el crédito resarcitorio: el nexo causal tiene un carácter físico, natural, material o real: hablamos de la causalidad física, concretándola en si el hecho ilícito es o no la causa real y verdadera del daño, de tal modo que los daños han de ser reparados por quien sea su verdadero causante, a quien lo causa verdaderamente, no a quien

²¹ En este sentido, calificándolo como daño emergente ILLESCAS RUS, A.V., «El daño moral estricto», Cuadernos de Derecho Judicial. Valoración Judicial de Daños y Perjuicios. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999, págs. 227-327.

²² MEDINA ALCOZ, Luis, «La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado», Edit. Thomson-Civitas, pág. 196.

²³ STS, Sala 1.^a, de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371).
<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>.

²⁴ Artículo 1.101 del CC: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Artículo 1.902 del CC: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Artículo 139 de la LPA: Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

no lo causó o sólo se sospecha que pudo hacerlo, por eso para muchos autores la doctrina de la oportunidad perdida supone una afrenta a la causalidad (la denominada «mentira técnica»).

Pero más allá de la causalidad física –que responde a la pregunta ¿hubiera ocurrido el daño de faltar la conducta del demandado? o a la regla «de no haber sido por» y que supone un juicio de causalidad–, esto es, una evaluación hipotética y retrospectiva que trata de verificar las condiciones, positivas y negativas, que han contribuido a la producción del menoscabo, hay además que considerar las circunstancias en las que el hecho ilícito es una omisión: la cosa se complica, dado que debemos determinar si hubo o no nexo causal, imaginando cómo habrían acontecido los hechos, realizando dos operaciones: por una parte suprimimos mentalmente el hecho ilícito y de otra agregamos mentalmente la conducta debida.

En el caso de la pérdida de oportunidad no logra concluirse que el hecho ilícito fuera una condición *sine qua nom*, debido a que el comportamiento que priva de una oportunidad pudo ser condición necesaria del daño, pero pudo no serlo. En cualquier caso, debe introducirse un límite que elimine lo que no ha tenido una importancia determinante en la producción del daño y debe considerarse el riesgo general de la vida (el denominado por la doctrina alemana «allgemeines Lebens-Risiko»), esto es, debe negarse la imputación de los daños que estén ligados a la existencia natural de la víctima.

Resulta además especialmente interesante concebir la relación de causalidad como una apreciación jurídica de los hechos, pudiendo por tanto ser revisable en casación si la misma resulta absurda o arbitraria.

Respecto a la prueba en relación con la causalidad, a veces surge la imposibilidad de acreditarla, pero tal circunstancia no elimina la sospecha de que estuvo presente en el mundo real: se asume así que el conocimiento es imperfecto y especialmente lo es en el seno de un litigio, lo que explica que doctrinas como la pérdida de oportunidad tengan cabida, tratando así de conectar indicios conocidos con circunstancias desconocidas, a través de máximas de la experiencia sobre cómo se desarrollan normalmente los acontecimientos. Estamos ante una muestra más de la denominada prueba de indicios o presunciones, ya que muy raramente en el seno de un litigio pueden considerarse probados los hechos de forma directa.

Así lo consideró el Tribunal Supremo en su Sentencia, Sala 1.^a, de 18 de febrero de 1997²⁵, al indicar: «No se ha acreditado que el fallecido demandante perteneciera a grupo alguno de riesgo ni que con posterioridad a las transfusiones antes mentadas hubiera llevado a cabo conductas aptas para producir el contagio de la citada enfermedad. Entre los hechos que se acaban de exponer como ciertos y el que se trata de acreditar existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que lleva a tener por probada la relación de causalidad discutida vía presunción, según lo previsto en el artículo 1.253²⁶ del Código Civil».

²⁵ RJ 1997, 1240.

<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>.

²⁶ Actualmente derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien debe ser tenido en consideración el actual artículo 217 de la citada LEC respecto a la carga de la prueba.

Esta técnica de presunciones se aplica en otros ordenamientos jurídicos: en Alemania es la denominada *Anscheinsbeweis der Kausalität* o prueba de apariencia; en el ámbito de la Common Law la regla *res ipsa loquitur* –los hechos hablan por sí mismo– o teoría de la *causalité virtuelle* o causalidad virtual en Derecho francés. Fuera del ámbito civil o administrativo, en el seno del Derecho Penal suele hablarse de corroboraciones periféricas para considerar probada la comisión de un hecho delictivo a través de varios parámetros que confirman un resultado final, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo se pondera adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, puesto que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera ²⁷.

Como resultado de la prueba, directa, indiciaria o de presunciones, situamos la pérdida de oportunidad entre dos extremos:

Ventaja----- → Chance----- → Nula probabilidad

Si el perjudicado cuenta con un muy alto porcentaje de probabilidades de obtener esa ventaja, el daño sufrido no es la pérdida de oportunidad, sino la pérdida de la ventaja, de modo que, acreditada, la indemnización ha de coincidir con el valor de la ventaja.

Por el contrario, cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, la víctima no tiene derecho a indemnización porque no cabe afirmar ni nexo de causalidad ni de estricta incertidumbre, dada la irrelevancia de la probabilidad.

Entre ambos supuestos bascula la chance u oportunidad perdida: cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias, reales, fundadas y con una probabilidad relevante –no despreciable–, la víctima puede obtener su derecho a un resarcimiento parcial en concepto de chance. Esto es lo que en otros ordenamientos jurídicos se conoce como una oportunidad consistente, sustancial, apreciable, significativa, descartando la mera posibilidad especulativa o la pérdida de una ilusión.

Así, debemos atenemos a la consistencia probabilística, que no debe ser ni muy baja ni muy alta ²⁸, por lo que, no habiéndose podido demostrar el lazo causal, se consigue probar las probabilidades, serias y considerables de que, de no haber medido el hecho ilícito, la víctima habría obtenido un beneficio, utilidad o ventaja.

²⁷ CLIMENT DURÁN, C. «La prueba penal» (2 volúmenes), Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

²⁸ En el Derecho anglosajón estaríamos hablando de un nivel de certeza superior al 50 por 100 (más probable que...) mientras que en el europeo la jurisprudencia considera como relevante un porcentaje que supere el 75-80 por 100.

Lo esencial de la oportunidad perdida es el equilibrio que se produce entre certidumbre e incertidumbre. La oportunidad perdida es una fórmula con la que se proporciona tutela en los supuestos de estricta incertidumbre: no puede entenderse como un instrumento para reducir la indemnización en los supuestos de daños ciertos ni a sensu contrario un instrumento para vincular en todo caso a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio.

El perjudicado debe emplear todos los medios probatorios a su alcance para poder articular un juicio con la máxima seguridad posible en torno a la existencia del lazo causal. Los hechos están en la realidad de las cosas, pero las limitaciones humanas y las circunstancias del supuesto impiden conocerlos. Lo determinante es que la imposibilidad de conocer subsista aún después de que la víctima haya intentado superarla con los recursos probatorios que el ordenamiento pone a su disposición, de ahí que no se aplique la doctrina de la pérdida de oportunidad cuando la incertidumbre causal sea debida a que la víctima pudo aportar los elementos con que ejecutar un juicio causal más seguro.

Debemos por tanto aportar una cantidad de prueba suficiente que determine un grado de probabilidad que califique la causa como relevante, dado que la valoración de la prueba que se haga no es más que un juicio acerca del grado de la probabilidad que se atribuye a un relato fáctico (hechos relatados en nuestra demanda).

Y todo ello dentro un ámbito de normalidad: es preciso determinar la probabilidad de que la causa física –realizada dentro de la relación causal– sea «normalmente» idónea o adecuada para producir el resultado lesivo, determinándose que resulta altamente probable que de no mediar el acto ilícito el perjudicado no habría sufrido el menoscabo. En la doctrina de la pérdida de oportunidad debemos probar que nuestras probabilidades no son despreciables, llevando al tribunal al convencimiento de que, dentro de un ámbito de normalidad (entendido como un desarrollo habitual de los hechos, realizando una abstracción del supuesto) no se hubiera producido el hecho ilícito, a los efectos de demostrar que si bien no son un ciento por ciento certeras respecto a la relación causal, son razonablemente probables, debiendo establecer, cómo no, un juicio de probabilidad.

Si nos preguntamos si resulta más certero aventurarnos a predecir un resultado en el ámbito sanitario (al tratar una patología) o establecerlo en el ámbito jurídico (al interponer una reclamación judicial) seguramente la respuesta variará según el colectivo encuestado: realizado un pequeño ejercicio amigable entre profesionales de ambos colectivos, he podido comprobar que los sanitarios confían más en la ciencia y su saber hacer, otorgando un grado de certeza muy elevado a la previsibilidad del resultado en el ámbito clínico, mientras que desconfían enormemente de los resultados que se puedan obtener en un litigio –sea del tipo que sea–. Realizada la misma consulta a los profesionales jurídicos, y a pesar de la ruleta judicial de la que son conocedores, atribuyen más índice de certeza a las soluciones judiciales que a las otorgadas por la ciencia médica, en la que consideran que existen otros elementos cuasi sobrenaturales.

Esta pequeña reflexión trae a cuenta el examen de la doctrina de la oportunidad perdida en el ámbito judicial, en el que existen ya multitud de pronunciamientos acerca de la actividad profesional de abogados o procuradores negligentes (transcurso de los plazos, error en la acción a ejercitar, etc.):

son supuestos en los que se debe examinar primeramente si hubo o no nexo causal –ciertamente más sencillo que en el ámbito sanitario–, ya que el examen se circunscribe al examen objetivo de la técnica procesal –por ejemplo, respecto al transcurso de los plazos– pero de mayor complejidad en los supuestos de opciones procesales (tipo de acción a ejercitar, prueba que se propone o que decido no proponer, por ejemplo, periciales que se incorporan o no, etc.), así como, una vez determinado, examinar el daño efectivo producido, esto es, evaluar si se ha producido daño o no y su cuantificación; pues bien, en este caso es preciso realizar lo que se conoce como «juicio dentro del juicio»: esto es, el tribunal debe «imaginarse», dentro del límite de lo razonablemente humano, qué hubiera sucedido si el recurso se hubiera interpuesto en plazo, si se hubiera ejercitado otro tipo de acción, si se hubiera aportado otro tipo de prueba...; es decir, escenificar, dentro del limbo jurídico, «qué hubiera pasado si...». Ahora bien, hay otras tendencias que indican que si, por ejemplo, el abogado no interpone un recurso, se ocasiona un daño personal, derivado de la incertidumbre en que se deja a la víctima, ya que indudablemente se eliminan las probabilidades de éxito, con indiferencia de que el recurso hubiera o no prosperado, configurándose ese daño como emergente, siendo la situación de incertidumbre generada o agravada por el hecho ilícito.

Pero, ¿qué debemos conseguir con la prueba?

- a) Persuadir al juzgador, en el sentido gramatical del término: «Inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo»²⁹.
- b) Demostrar que existe una relación de causalidad de entidad suficiente. Para ello, he de convencer al juzgador de que:
 - Probablemente el daño no se hubiera causado si el hecho ilícito no hubiera ocurrido.
 - En un contexto de normalidad, en el ámbito de lo que habitualmente ocurre, en el curso ordinario de los acontecimientos, la hipótesis más verosímil permite establecer la relación de causalidad.
 - En el ámbito sanitario –científico y humano al tiempo– no existe la certeza absoluta (tampoco existe en el ámbito judicial), pero un conjunto de «corroboraciones periféricas» permite determinar la existencia de una pérdida de oportunidad.
 - Mi probabilidad no es insignificante ni irrelevante.

La doctrina de la pérdida de oportunidad viene configurándose en esencia como un cálculo de probabilidad, liquidándose el daño proporcionalmente al grado de probabilidad de su realización. Sin embargo, por ínfima que sea la citada pérdida, no es lo mismo tenerla que no tenerla, por pequeña que ésta resulte, siendo esta afirmación especialmente significativa en el ámbito de la salud, debiendo realizarse una interpretación más allá del cálculo estrictamente probabilístico.

Pongamos un ejemplo simplificado:

²⁹ <http://www.rae.es>.

Supuesto a)

Tengo 39 años, dos hijos de 1 y 6 años. Acudo a una revisión ginecológica habitual. Me detectan un tumor. Pregunto tres cosas:

1. ¿Se cura?
2. ¿Qué posibilidades tengo? El médico me informa de que sólo en un 30 por 100 de los casos la solución es favorable.
3. Si la cosa va mal, ¿cuánto tiempo me queda? El médico me informa: podríamos hablar de unos siete meses.

Supuesto b)

Tengo 57 años, dos hijos de 23 y 29 años. Acudo a una revisión ginecológica. Hace más de cinco años que no me hago ninguna. Me detectan un tumor. Pregunto tres cosas:

1. ¿Se cura?
2. ¿Qué posibilidades tengo? El médico me informa de que dado su estado, sólo en un 10 por 100 de los casos la solución es favorable.
3. Si la cosa va mal, ¿cuánto tiempo me queda? El médico me informa: podríamos hablar de unos tres meses, con rápido deterioro de la calidad de vida.

Supuesto c)

Tengo 72 años, dos hijos ya fuera del hogar. Cuido a mi nieto de 3 años porque sus padres trabajan. En unas pruebas por mis problemas de huesos me acaban de detectar un tumor ginecológico. Pregunto tres cosas:

1. ¿Se cura?
2. ¿Qué posibilidades tengo? El médico me informa de que el pronóstico es favorable en un 60 por 100 de los casos.
3. Si la cosa va mal, ¿cuánto tiempo me queda? El médico me informa: podríamos hablar de unos 18 meses.

Todos los supuestos tiene caracteres similares; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente humano –que también impregna en muchas ocasiones las decisiones judiciales en el ámbito de la salud– se perciben de forma diferente: la edad de las pacientes, sus condiciones personales y familiares, las posibilidades hipotéticas de curación y la intermediación de la muerte configuran las peculiaridades de estos supuestos.

La declaración de hechos probados que realiza una sentencia judicial sin duda tendrá en cuenta un informe pericial de carácter estadístico, pero deberá realizar también un razonamiento lógico e inductivo para determinar que el hecho fue probable en el sentido recogido en la RAE:

(Del lat. *probabilis*).

1. adj. Verosímil, o que se funda en razón prudente.
2. adj. Que se puede probar.
3. adj. Dicho de una cosa: Que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá.

Esto es, el juzgador utilizará sentido común y lógica, criterio, razonamiento y raciocinio humano, aplicando con prudencia el criterio *in dubio pro dammato*³⁰, ya que ni todo es indemnizable ni resarcible ni por el contrario puede solicitarse una prueba diabólica, aplicando el criterio del acceso a la prueba recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 217.7)³¹, no olvidemos, de aplicación subsidiaria en todos los procesos según su artículo 4³².

Obviamente, tampoco debe realizarse una apreciación laxa de la prueba de la causalidad por tratarse de supuestos médicos, porque tal excepcionalidad obviamente desvirtuaría todo el régimen procesal existente y situaría a los profesionales sanitarios en una indefensión absoluta y a todo enfermo en una situación de privilegio inadmisibles; pero también debemos de aplicar con prudencia los criterios estadísticos, ya que aplicando rigurosamente una doctrina de la pérdida de oportunidad estadística (utilizada para cuantificar la indemnización según el porcentaje determinado, esto es, multiplicar el porcentaje de probabilidad de causalidad por la cuantificación total del daño final) se estaría beneficiando al agente dañoso, ya que sufrirían una minoración en las indemnizaciones –por descuento de la parte proporcional de la probabilidad– cuando en realidad, en muchos casos, dado el normal transcurso de los acontecimientos y la probabilidad del caso concreto, debería resarcirse el 100 por 100 del perjuicio causado.

La probabilidad no es sino frecuencia con que acontece un hecho, debiendo la prueba encargarse de representar lo que realmente ocurrió, pero la estadística es un elemento probatorio más, y no siempre existente en el ámbito de la salud –mas no el único– para probar que existe una «probabilidad razonable», debiendo evaluarse los datos concretos de la víctima, sin que quepa atribuir a la información estadística un valor absoluto, y ello porque en el ámbito de la salud la patología clínica es objetiva, pero no existen dos sujetos iguales que la padezcan (diferentes condiciones de salud, sociológicas, de higiene alimenticia o sociosanitaria, etc.).

³⁰ El principio *pro dammato* (en pro del dañado), también denominado *favor victimae*.

³¹ Artículo 217.7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

³² Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley.

Volviendo al ejemplo, si cualquiera de los lectores fuera el enfermo (recuerdo que, según el Centro de Investigaciones Oncológicas³³, estadísticamente uno de que cada cinco individuos padeceremos cáncer a lo largo de nuestra vida), obviamente su deseo de vivir le haría aferrarse a su probabilidad estadística, por pequeña que sea, del 10 por 100 ó 30 por 100, deseando que se le realicen los tratamientos necesarios y se le aporte toda la información precisa para poder formar parte del pequeño grupo estadístico favorable. La pregunta que se formulará el enfermo será, ¿por qué no voy a formar parte de los que se curan? Los tratamientos deben cumplimentarse en su integridad para no privar al enfermo de la oportunidad de obtener un resultado favorable. A sensu contrario, el sujeto c) se alegrará en un primer momento de saber que cuenta con un porcentaje mayor favorable a la curación, pero no dejará de preguntarse que quizá a él le toque formar parte del 40 por 100 desfavorable.

Junto a los elementos estadísticos o probabilísticos para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad deben analizarse otros elementos relevantes: la necesidad por parte del enfermo de conocer el tiempo de vida que resta y la calidad de la misma (de ahí que se pregunte cuál es la fecha «de caducidad» –si se me permite la expresión–; conocer cuándo se finaliza la vida de forma aproximada nos resultaría insoportable fuera del contexto de una enfermedad grave, y sin embargo se plantea como algo prioritario cuando asumimos la certeza del fin). El enfermo pregunta porque desea realizar una serie de actos en esos días y meses finales, considerando además que los últimos le impedirán realizar una vida «normal», dada la deficiente calidad de vida. Viajes pendientes, reencuentros con familiares o amigos, reorganización de la empresa, disposiciones testamentarias y patrimoniales, etc. La detección tardía, el diagnóstico erróneo, la privación de información acerca de mis posibilidades de curación o no curación minoran el tiempo de vida útil y por tanto me priva de la oportunidad de disponer de determinados aspectos personales y patrimoniales. En este sentido se habla de que la posibilidad de obtener un resultado favorable (*chance* u oportunidad) y la posibilidad de sufrir un resultado desfavorable (riesgo) son cara y cruz de la moneda, y si el riesgo es claramente evaluable económicamente (mercado de seguros), también lo puede ser la oportunidad.

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA O LA INSEGURIDAD JURÍDICA: LA «RULETA INDEMNIZATORIA» EN LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

a) Perjudicado superviviente: la hipótesis de una decisión más acertada.

Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 17.^a). Sentencia número 168/2007, de 13 marzo³⁴. *La falta de información acerca de los riesgos de la intervención médica: pérdida de oportunidad relativa a la facultad de optar por otra decisión.*

En el presente supuesto, un paciente aquejado de hernia discal desde hace años se somete a una segunda intervención quirúrgica que le deja como secuelas la lesión radicular denominada «cola de caballo», afectando a la micción, erección y evacuación.

³³ <http://www.cnio.es>.

³⁴ Referencia Aranzadi: AC\2007\732 Jurisdicción: Civil, Recurso de apelación núm. 551/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau.

No se encuentra firmado el consentimiento informado habiendo reconocido el médico que si bien se dio información al afectado de forma verbal no se le comentaron las secuelas urológicas por no ser normales.

La sentencia determina la responsabilidad del médico, pero no porque la falta de información suponga per se una causa de resarcimiento pecuniario ni porque deban ser indemnizadas las consecuencias finales que ha supuesto la mencionada intervención quirúrgica, sino por entender que la indemnización debe derivar de la pérdida de oportunidad: el enfermo tiene la oportunidad de decidir si someterse o no a un tratamiento, evaluando las consecuencias conocidas por la ciencia. «Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporcione pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informen de las circunstancias relacionadas con la misma».

Articulación de la prueba: en el presente supuesto la prueba fundamental en relación a la pérdida de oportunidad queda constituida a través de la prueba pericial médica, que determina que si bien las secuelas sufridas finalmente por el enfermo son inevitables –lo que imposibilita una condena por infracción de la *lex artis*–, sí son secuelas «temidas» por los cirujanos, ya que no son anormales y aun tratándose de una segunda intervención (era el caso del demandante) en el que era menos probable, sí era posible.

Se tiene en consideración el interrogatorio del demandado, médico especialista, quien reconoció que no se le comentaron al enfermo las secuelas urológicas por no ser normales.

Por tal motivo, el tribunal consideró que, conociéndose por el estado de la ciencia la existencia de las citadas consecuencias, lo que revela un conocimiento previo por parte de los especialistas, éstas deben ser expuestas al perjudicado a los efectos de no privarle de la facultad de decidir acerca de someterse o no a la intervención.

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: la sentencia es concluyente a la hora de indicar que no deben de indemnizarse las secuelas finales, daños morales y gastos, sino la circunstancia de la pérdida de oportunidad de decisión tomada de forma autónoma, con todas sus consecuencias y riesgos, «lo que se hace no en función de la reparación integral del daño, sino conscientes de que si bien no se puede alcanzar un resultado final que se acerque a la situación precedente, debe compensarse con una cantidad dineraria que le procure una satisfacción personal y vital concorde con las circunstancias del caso concreto examinado».

Se fija la cuantía de 100.000 euros (año 2007) teniendo en consideración:

- Edad de la víctima.
- Pérdidas económicas derivadas de la declaración de invalidez permanente absoluta hasta la fecha de la jubilación.

- Aplicación del Baremo de Responsabilidad Civil en accidentes de tráfico (30 puntos).
- Gastos médico-farmacéuticos.

Audiencia Provincial de Cantabria (Secc. 3.^a). Sentencia número 442/2004, de 19 noviembre ³⁵. *La falta de información acerca de los riesgos de la intervención médica: pérdida de oportunidad relativa a la facultad de optar por otra decisión. Es menor si la alternativa supone un compromiso vital.*

En el presente supuesto la paciente, aquejada de bocio multinodular tóxico, enfermedad considerada grave, en el asunto de autos con compromiso vital, y cuya única solución terapéutica posible es la intervención quirúrgica, es intervenida quedando como secuelas la parálisis de la cuerda vocal izquierda con alteración funcional de la cuerda vocal derecha de un 15 por 100, cursando con disfonía y disnea ligera, así como un trastorno ansioso-depresivo. La parálisis de las cuerdas vocales tiene su origen en la lesión del nervio recurrente, secuela típicamente asociada a la tiroidectomía.

La paciente no fue informada de las posibles complicaciones de la intervención quirúrgica ni de las secuelas, típicas estadísticamente hablando, de la operación.

La sentencia determina la responsabilidad del cirujano, pero modula especialmente la indemnización por entender que «La inexistencia de consentimiento informado supone que el paciente ha sido privado de la oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera. El bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación» ³⁶.

Articulación de la prueba: en el presente supuesto la prueba pivota en la declaración testifical del endocrinólogo que había tratado a la paciente, el cual viene a acreditar que la actora padecía un bocio grave, con compromiso vital, que la abocaba ineludiblemente a una intervención quirúrgica en breve plazo y que, contrariamente a lo mantenido por la demandante, no se podía demorar indefinidamente (a lo sumo, tres o cuatro meses), ya que el tratamiento farmacológico –dirigido a inhibir la producción de hormona tiroidea– perseguía una finalidad meramente estabilizadora, como paso previo a la inevitable práctica de cirugía, lo que viene a ratificar la gravedad de la enfermedad padecida y la existencia o no de alternativas posibles.

³⁵ Referencia Aranzadi: AC\2005\84 Jurisdicción: Civil, Recurso de apelación núm. 14/2004. Ponente: Illma. Sra. Milagros Martínez Rionda.

³⁶ La STS de fecha 12 de enero del 2001 establece (RJ Aranzadi 2001, 3): «Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto, e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra su fundamentos y apoyo en la Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que consagra en su artículo 10.1, pero, sobre todo, en la libertad de que se ocupa el artículo 1.º 1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. El consentimiento informado constituye un derecho fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

Se tiene en cuenta la inexistencia de consentimiento informado, lo que supone una pérdida de la oportunidad de decidir, pero también las opciones de la paciente (de no haberse intervenido habría sobrevenido la muerte), lo que lleva a reducir significativamente el *quantum* de la indemnización.

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: la sentencia fija una cuantía de 7.600 euros (año 2004), reduciendo significante los 42.000 euros apreciados en instancia. La indemnización se modula teniendo en consideración:

- La indemnización por «pérdida de oportunidad» no puede coincidir con la que corresponda por los daños derivados del padecimiento final que sufre el paciente a consecuencia de la actuación curativa. La relación de causalidad se habrá de establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica.
- Para ello se tiene en consideración la existencia o no de alternativas a la intervención. En el presente caso la sentencia indica que «En el concreto caso examinado, la operación era prácticamente necesaria, las posibilidades de postergar la intervención eran limitadas (tres o cuatro meses), por lo que cabe razonablemente deducir que la demandante hubiese prestado igualmente un consentimiento informado, aunque, en este último caso, el debido conocimiento de los riesgos de la cirugía le hubiese permitido recabar otras opiniones médicas, meditar sobre la elección de un cirujano de su confianza y, en última instancia, asumir, con la necesaria preparación psicológica, unas secuelas que, a falta de la preceptiva información previa, se han percibido como un daño sorpresivo, incomprensible e inesperado, con el inevitable desasosiego». Si la alternativa a la no intervención supone un compromiso vital, la sentencia indica que la pérdida de oportunidad es menor.
- La sentencia minorra el *quantum* a 7.600 euros por el daño moral que causa la citada pérdida de oportunidad, ponderando la privación del derecho a recibir toda la información, pero también las otras posibilidades existentes (la muerte en este caso). «En todo caso, esta privación de la facultad de decidir en cuestiones atinentes a la salud personal genera, por sí sola, unos daños morales que deben ser resarcidos, ya que el derecho a la dignidad exige que nadie pueda ser ignorado y preterido en el acto de tomar decisiones que afectan a su esfera más íntima y personal, por incidir en el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo».

b) Diagnóstico y tratamiento tardío.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª). Sentencia de 7 de julio de 2008³⁷. *El tratamiento tardío determina la existencia de pérdida de oportunidad.*

En el presente supuesto, un buceador sufre un accidente por descompresión, siendo el tratamiento indicado la remisión a una cámara hiperbárica en las primeras horas del siniestro. No existiendo en la ciudad donde se produce el siniestro –Valencia–, es trasladado en ambulancia –no en heli-

³⁷ Referencia Aranzadi JUR\2008\240731. Recurso de casación núm. 4776/2004. Ponente: Excmo Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

cóptero— a la ciudad de Barcelona, llegando 10 horas después del accidente. El buceador, quien en todo momento fue consciente de la gravedad del siniestro y dio instrucciones sobre la necesidad de una actuación con celeridad, sufrió como secuela una paraplejía.

La sentencia evalúa el funcionamiento de los servicios públicos y detecta una serie de irregularidades tales como la no derivación de la llamada de emergencia a Protección Civil para una inmediata atención, la ausencia de cámara hiperbárica en una ciudad marítima, y que exige tal requisito para otorgar licencia al buceador, la inexistencia de problemas meteorológicos que impidieran el urgente traslado por helicóptero y la demora injustificada en el tratamiento realizado al paciente.

Tales circunstancias, con independencia de la existencia de una conducta apropiada o no de la víctima a la hora de realizar la inmersión, determinan la existencia de una pérdida de oportunidad que debe ser indemnizada.

Articulación de la prueba: la prueba que consigue la convicción del tribunal y que logra revocar los informes periciales de expertos en medicina del buceo, de la unidad de medicina hiperbárica, así como incluso del centro de buceo de la Armada, que establecía que el tiempo de traslado estaba dentro de lo habitual en España y se sustenta en el testimonio de un médico que, acompañado de cuatro pacientes que han sufrido el mismo incidente de descompresión (situaciones idénticas, indica la sentencia), recibieron asistencia sanitaria —cámara hiperbárica— dentro de una franja de entre tres y seis horas después del accidente, con el resultado de una curación sin secuelas.

La sentencia considera así probado que existe relación causal entre la demora en el tratamiento —ya que el diagnóstico era claro e incluso transmitido por el buceador experto a todos los profesionales sanitarios que le atendieron— y las secuelas sufridas, indicando que «Este tipo de contingencias exige actuar con la máxima celeridad, introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, más riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz o, dicho de otra forma, ofrece mejores resultados cuanto antes se aplique... El panorama es, pues, el siguiente: una zona de España, esencialmente marítima, en la que la práctica autorizada de los deportes subacuáticos se encuentra muy extendida, carecía a la sazón de cámara hiperbárica, siendo aconsejable, ante accidentes de descompresión, el traslado urgente de los afectados a centros que dispusieran de ese contenedor a presión, en el caso al situado en Barcelona. El señor Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor brevedad posible, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación».

Considera la sentencia que de acuerdo con el principio de facilidad de la prueba no puede trasladarse a la víctima la demostración de un hecho imposible, como es el hecho de que su introducción en una cámara hiperbárica asegurara su total restablecimiento³⁸ y, considerando acreditado que ha

³⁸ «En contrapartida, acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, como es el caso, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible, pues, como todos los técnicos admiten, la introducción del accidentado en una cámara hiperbárica no asegura su total restablecimiento. Probada la irregularidad,

existido un indebido retraso, se ha privado a la víctima «de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le hurtó la ocasión de eludir las secuelas que hoy arrastra. En otras palabras, el recurrente ha sufrido un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era posible, y no por carretera, habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida».

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: la sentencia fija una cuantía de 90.000 euros (año 2008) que no responde a la satisfacción de las secuelas sufridas, ya que la curación no se encuentra nunca médicamente garantizada, por lo que la indemnización resarce la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la dilación, el resultado obtenido hubiera sido más propicio.

Se le indemniza por la citada pérdida de oportunidad como daño antijurídico, efectivo, evaluable e individualizado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2³⁹ de la Ley 30/1992, al considerar que existe un daño actual y real consistente en habersele privado de la posibilidad de eludir las secuelas físicas y, aunque la recompresión en una cámara hiperbárica no garantiza el 100 por 100 del restablecimiento sin secuelas, la estadística atribuye un porcentaje de un 71,5 por 100 de víctimas que, atendidos en las seis primeras horas, se recuperan sin secuelas⁴⁰.

La indemnización se fija teniendo en consideración:

- El porcentaje relevante estadístico de sanar sin secuelas (71,5 por 100) con un tratamiento adoptado en un tiempo razonable.
- La edad de la víctima cuando acontece el siniestro.
- Profesión.
- Índole de las secuelas.

corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las Administraciones públicas [pueden consultarse las Sentencias de 25 de abril de 2007 (casación 273/03 [RJ 2007, 3532], FJ 3.º) y 2 de noviembre de 2007 (casación 9309/03 [RJ 2008, 463], FJ 4.º)].»

³⁹ «En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.»

⁴⁰ «Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [Sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01 [RJ 2005, 8846], FJ 2.º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ 6.º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio». Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, se le hurtó al señor Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.»

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª) de 4 de julio de 2007 ⁴¹. *La indemnización por pérdida de oportunidad de ser sometido a un tratamiento óptimo debe ser modulada considerando los porcentajes de curación.*

El paciente, que sufrió un accidente de tráfico en octubre de 1988, recibe el alta médica el mes de diciembre de 1988 con secuela de monoparesia de extremidad superior izquierda de origen periférico. Realiza tratamiento rehabilitador sin mejoras durante uno año y al finalizar el mismo se le otorga información especializada sobre la existencia de posibilidades de cirugía periférica a realizar en otros centros nacionales y extranjeros, dado que el hospital que le atendió no disponía de la misma. Recabada información especializada, el paciente acude a un centro privado de Milán, que le indica que la probabilidad de éxito resultaba condicionada a su realización entre los tres y seis meses del traumatismo, aun siendo baja en cualquier caso. A pesar de la intervención en el citado centro y posterior rehabilitación, el paciente no recuperó la movilidad del brazo, aunque sí cierta capacidad sensitiva.

Se otorga una indemnización por pérdida de oportunidad, y no por las secuelas en sí.

Articulación de la prueba: los informes médicos existentes en el hospital donde fue atendido del accidente de tráfico incluyen la información dada al paciente, una vez finalizado el tratamiento rehabilitador, esto es, más de un año después, acerca de la posible intervención en otros centros y su escasa posibilidad de éxito.

La citada intervención quirúrgica tiene lugar en un centro privado de Milán. El citado centro emite también informe indicando que entre los tres y seis meses del traumatismo la probabilidad de éxito es mayor, si bien las posibilidades de curación íntegra son bajas.

Se considera que se ha privado al paciente de obtener información sobre la existencia de un tratamiento óptimo, habiéndose proporcionado tardíamente, pero debe tomarse muy en consideración que el citado tratamiento no garantizaba una completa sanidad.

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: el tribunal de instancia parte de una indemnización «teórica» de 155.000 euros, que minorra finalmente hasta dejarla fijada en 51.000 euros. Para ello tiene en consideración:

- Resolución del IMSERSO, que otorga una minusvalía del 71 por 100.
- Baremo aplicado en los accidentes de circulación (75 puntos, incluyendo secuela, perjuicio estético y daños morales). Tiene carácter orientativo.
- Posibilidades de curación, aun cuando la intervención se hubiera desarrollado a tiempo.

⁴¹ <http://www.poderjudicial.es> Referencia CENDOJ 28079130062007100294. Recurso de casación 8362/2003. Ponente: Agustín Puente Prieto.

El Tribunal Supremo considera adecuada la modulación de la indemnización realizada, si bien explica que no se trata de un supuesto de concurrencia de culpas, sino de pérdida de oportunidad, por entender que no son indemnizables las secuelas en sí, sino la pérdida de oportunidad de ser sometido a un tratamiento óptimo en una franja temporal que hubiera permitido su intervención más pronta, pero considerando que aunque esa prontitud elevaba las posibilidades, los porcentajes de curación eran en cualquier caso muy bajos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.^a). Sentencia de 21 de febrero 2008 ⁴². *El diagnóstico tardío no determina la existencia per se de pérdida de oportunidad. Debe acreditarse que con un diagnóstico anterior el pronóstico hubiera sido distinto. «Las listas de espera» de la Administración sanitaria determina el interés casacional.*

Un menor de dos años de edad, afectado por múltiples problemas neurológicos previos, al cual se practicó la resonancia magnética de cráneo y médula en fecha 24 de junio de 1999, con resultado de posible lesión neoplásica agresiva y aquejado de una mielitis infecciosa, es programado para lista de espera quirúrgica. Se le realiza una laminectomía exploratoria el 13 de septiembre de 1999: en el seno de dicha operación se confirma el carácter maligno de la tumoración. El menor fallece el 3 de agosto de 2000.

La sentencia deniega la indemnización pretendida al considerar que, dada la naturaleza del proceso, no se acredita que el pronóstico de la enfermedad hubiera sido distinto si la intervención se hubiera realizado con anterioridad

La sentencia decide resolver el recurso por existir interés casacional al entender que sí afecta a un gran número de situaciones y además posee un suficiente contenido de generalidad, al referirse a las listas de espera de la Administración sanitaria ⁴³: «El supuesto examinado plantea, en definiti-

⁴² <http://www.poderjudicial.es> Referencia CENDOJ. 28079130062008100056. Recurso de casación 5271/2003. Ponente: José Manuel Sieira Míguez.

⁴³ «Su aplicación requiere, en primer lugar, una serie de exigencias objetivables, como que se trate de asuntos de cuantía indeterminada, que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición, que el recurso esté fundado en el motivo previsto en el artículo 88.1 d) de la LJCA y que se aprecie por unanimidad. Pero, además, exige la consideración y proyección de conceptos jurídicos indeterminados como son el que "no afecte a un gran número de situaciones o no posea el suficiente contenido de generalidad".

La norma incorpora textualmente las referidas circunstancias mediante una disyuntiva; de manera que basta la concurrencia de cualquiera de ellas para entender que no procede apreciar la inadmisibilidad del recurso; esto es, que existe interés casacional cuando la cuestión debatida se proyecte a un número considerable de situaciones o sea susceptible de generalización. Circunstancias que, por cierto, no coinciden con los criterios que, según el artículo 483.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, delimitan la noción del interés casacional en el recurso de casación civil.

La afectación a un gran número de situaciones no es menester que sea actual, sino que basta con que aparezca su potencialidad futura respecto a plurales situaciones. Y no es necesario, tampoco, que las situaciones afectadas hayan sido y vayan a ser planteadas ante los tribunales, sino que basta con que el criterio que se establezca por este Tribunal al resolver el recurso sea susceptible de aplicación por la Administración a otras situaciones iguales, análogas o semejantes, aunque no exista entre ellas una identidad absoluta.

La exigencia de un contenido de generalidad puede equivaler a la afectación a un considerable número de situaciones. Pero concurre también, aun sin aparecer dicha afectación cuando, la sentencia recurrida tiene efectos generales en relación con la interpretación del ordenamiento jurídico o con la regulación de una institución, en el sentido de que el criterio establecido sea susceptible de influir, directa o indirectamente, en el modo de aplicación de normas, aun cuando la doctrina que se postula de este Tribunal se refiera de forma directa a un reducido número de situaciones.»

va, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por inactividad o demora en la intervención y, en este sentido, se trata de una cuestión que potencialmente puede afectar a una pluralidad de interesados, como lo demuestra el debate social suscitado en torno a las conocidas "listas de espera" de la Administración sanitaria, por lo que no cabe negar, al menos con carácter previo, el interés general respecto a la solución del supuesto planteado, lo que lleva a rechazar esta causa de inadmisibilidad invocada por la Administración recurrida».

Articulación de la prueba: la prueba, consistente en un informe de la Inspección Médica y en un informe pericial de parte, no consigue acreditar que el pronóstico de la enfermedad hubiera sido distinto si la laminectomía exploratoria se hubiera realizado con anterioridad.

Por un lado, la Inspección Médica señala en su informe que a la vista del contenido de la RMN practicada en junio de 1999, se toma en consideración la opinión de que existe una extensa mielitis infecciosa y la posibilidad de realizar cirugía queda relegada ante una posible evolución positiva de la inflamación; cuando ésta no se produce, los padres vuelven a acudir en septiembre sin cita programada, encontrándose una tumoración que se extirpa en parte y que, estudiada histológicamente, confirma que se trata de un tumor neurectodérmico primitivo (PNET) intramedular, tumor de muy mal pronóstico siempre en los primeros años de vida; además, se señala, no podía darse por hecho la existencia del tumor desde el primer momento, dada la situación clínica del paciente.

Por otra parte, al menor se le programa la laminectomía de forma prácticamente inmediata tras la consulta en neurocirugía, por lo que en realidad no cabe hablar ni de demora injustificada en la actuación médica ni de inclusión en el listado de espera en sentido estricto, pues esto implica quedar pendiente de fijación de fecha para el acto médico a realizar.

No se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad en el caso de autos porque no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, imputando a la Administración sanitaria un retraso injustificado en su actuación o, lo que es lo mismo, un mal funcionamiento que en modo alguno ha sido acreditado.

No se reconoce indemnización y se condena al actor al pago de 1.000 € por costas procesales.

c) Diagnóstico erróneo con resultado de muerte: la estadística de la supervivencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.^a) de 12 de julio de 2007⁴⁴. *El error de diagnóstico impide un tratamiento adecuado, con independencia de su resultado, lo que genera una pérdida de oportunidad.*

El paciente, aquejado de diabetes mellitus de varios años de evolución e hipertensión asociada a la diabetes, y que había sufrido dos úlceras sangrantes, acudió al servicio de Urgencias aque-

⁴⁴ <http://www.poderjudicial.es> Referencia CENDOJ 28079130062007100301. Recurso de casación 92/2003. Ponente: Margarita Robles Fernández.

jado de dolor en epigastrio con irradiación a hipocondrio izquierdo y brazo izquierdo, vómitos y aumento de la tensión arterial. Se le diagnostica una crisis hipertensiva y una agudización de úlcera duodenal, manteniéndolo en observación con medicación hasta que la tensión alcanza niveles normales, abandonando el servicio de Urgencias, al que debe acudir horas más tarde por agudización de los síntomas, siendo entonces diagnosticado de un infarto de miocardio anterior, falleciendo horas más tarde.

La sentencia declara la existencia de una pérdida de oportunidad y acuerda la procedencia de una indemnización.

Articulación de la prueba: la Audiencia Nacional desestimó la pretensión de la actora, habiendo denegado la prueba pericial de parte. El Tribunal Supremo resuelve indicando que constan en el expediente suficientes elementos para el correcto enjuiciamiento ⁴⁵.

Atribuye especial relevancia al informe del médico forense, ya que detalla las horas de asistencia, diagnósticos efectuados, medicamentos suministrados, anamnesis realizada, etc.

El Tribunal Supremo considera relevante el examen de la anamnesis del paciente, ya que omite una circunstancia relevante, como es la diabetes mellitus de varios años de evolución y la hipertensión asociada, indicando que es importante constatar la gran frecuencia de infartos denominados «silentes» en diabéticos de cierta edad, siendo ésta la causa de un tercio de los fallecimientos, de ahí que al no reflejarse, y por tanto no valorarse una patología previa de estas características, llevó a no tomar determinadas medidas precautorias, si bien también determina que de haber quedado ingresado en un primer momento resultaría difícil evaluar las posibilidades de supervivencia debido al estado de su corazón –muy delicado– al carácter masivo del infarto, a su diabetes y su tensión arterial.

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: la sentencia fija una cuantía de 120.000 euros (año 2007) derivada de la pérdida de oportunidad de recibir una terapia acorde con la verdadera dolencia, ocasionándose un daño indemnizable que no es fallecimiento en sí, ya que médicamente es imposible saber si se hubiera podido evitar, sino esa pérdida de la oportunidad a recibir un tratamiento adecuado.

La cuantía se fija teniendo en cuenta:

- La edad de la víctima.
- Sus responsabilidades familiares.

⁴⁵ Existe voto particular indicando que debió remitirse a la instancia con indicación de que se practicara la prueba solicitada por la parte actora, sin entrar en el fondo del asunto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª) de 7 de marzo de 2007 ⁴⁶. *La mala praxis determina la indemnización por el fallecimiento. La inevitabilidad del óbito debe ser probada.*

El esposo de la demandante, de 31 años de edad, acudió a su centro de salud aquejado de dolor de tórax. No existía lesión ni esfuerzo previo. Se le practicó reconocimiento y electrocardiograma, sin apreciársele patología de ningún tipo, dándosele de alta. Al dirigirse a su domicilio cayó fulminado al suelo y fue enviado de nuevo a su centro de salud, donde ingresó cadáver. La causa de la muerte fue muerte súbita cardiaca.

La lectura dada al electrocardiograma no fue la correcta, dada la escasa probabilidad de que sufriera una cardiopatía isquémica. Resulta muy probable que el paciente hubiera fallecido en todo caso.

El tribunal de instancia otorga una indemnización de 30.000 euros (año 2003) que indemniza la posibilidad de que el fallecimiento se hubiera debido a la falta de asistencia médica o a la irregularidad de la misma.

El Tribunal Supremo eleva la cuantía a 360.000 € (año 2007) al considerar que debe indemnizarse el efectivo fallecimiento, con independencia de que éste fuera o no inevitable, lo que en todo caso debe ser probado.

Articulación de la prueba: los informes médicos [gerencia, informe pericial de parte e informe de la clínica médico forense (instado como diligencia para mejor proveer)] establecen que:

- a) El electrocardiograma presentaba unas alteraciones de carácter inespecífico que fueron consideradas irrelevantes dada la edad del paciente, 31 años, y su carencia de factores de riesgo y la escasa probabilidad de que se tratara de una cardiopatía isquémica.
- b) Era muy probable que el paciente hubiera fallecido durante el traslado, aun con una lectura correcta del electrocardiograma.
- c) Aun disponiendo de medios muy avanzados, la evitación del fallecimiento es una hipótesis.

El Tribunal Supremo, examinando la prueba pericial, determina que:

- En todo caso, hubo una interpretación incorrecta del electrocardiograma.
- Tal error determinó que no existiera tratamiento adecuado y que tampoco se produjera el traslado del paciente.

⁴⁶ <http://www.poderjudicial.es> Referencia CENDOJ 28079130062007100082. Recurso de casación 65286/2003. Ponente: Margarita Robles Fernández.

- No es posible trasladar la carga de la prueba al recurrente: éste no debe probar que con un diagnóstico acertado se hubiera salvado la vida, ya que existiendo una mala praxis en el diagnóstico hubiera sido la Administración quien debió probar que, con independencia del tratamiento seguido, se hubiera producido el desenlace en todo caso, y esta prueba no se ha practicado (sólo se constata que «era muy probable» el fallecimiento, pero no certero).

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: el tribunal de instancia –Audiencia Nacional– fija la indemnización en 30.000 euros, ya que sólo indemniza la simple posibilidad; así, establece: «Lo que debe ser objeto de indemnización es la posibilidad (que no deja de ser una hipótesis) de que, habiendo actuado con arreglo al protocolo previsto en el caso concreto, se hubiera podido obtener otro resultado distinto al que finalmente se produjo. Por esa razón, al tratarse de la indemnización de una simple posibilidad, lo procedente es que el importe a indemnizar se atempere prudentemente a las circunstancias y al concepto a indemnizar; por esta razón, lo procedente es fijar un importe indemnizatorio de 30.000 euros, pues es, aproximadamente, la mitad de la indemnización que se habría fijado para el caso de que el fallecimiento se hubiera debido a la falta de asistencia médica o a la irregularidad de la misma».

El Tribunal Supremo eleva la citada cuantía a 360.000 euros por entender que «no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad, no poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa en el presente caso cuáles hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento, procede indemnizar no como erróneamente dice el tribunal *a quo* por «una simple posibilidad», sino por el efectivo fallecimiento de don Víctor».

Para ello tiene en consideración:

- La edad del paciente.
- La familia a su cargo (hijo de escasa edad).

d) La posibilidad de abortar: el hijo nacido como certera consecuencia patrimonial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.^a) de 14 de julio de 2007 ⁴⁷. *La falta de información impidió a los padres optar por la posibilidad de aborto eugenésico.*

La paciente había realizado un aborto voluntario en 1993 por su temor a que la exposición a Rayos X que comportaba su trabajo y el hecho de haberse realizado varias radiografías pudiera oca-

⁴⁷ <http://www.poderjudicial.es> Referencia CENDOJ 28079130062007100083. Recurso de casación 8017/2002. Ponente: Margarita Robles Fernández.

sionar malformaciones en el feto. En el año 1996 queda de nuevo embarazada, acudiendo a los servicios de Tocoginecología, pero ocultando el motivo que determinó su aborto en 1993. Las ecografías realizadas, de carácter general, dan parámetros normales, pero alumbró una niña con hemimelia (ausencia) de extremidades.

La sentencia determina la procedencia de una indemnización, ya que de haberse realizado un examen global y más detallado del feto, o efectuada la aplicación de mejores medios técnicos y humanos y con más tiempo dedicado, se hubiera posibilitado la detección de las malformaciones y ponerlo en conocimiento de los padres, por lo que se ha privado a los padres de la posibilidad de optar por realizar otro aborto eugenésico.

Articulación de la prueba: se examinan los diversos informes médicos existentes:

- a) La Inspección Médica establece que se desconoce la causa de las malformaciones, que en todo caso la responsabilidad no sería imputable a los facultativos que prestaron la asistencia, pero de haberse realizado un examen global del feto, más detallado, al efectuarse las ecografías hubieran podido detectarse las malformaciones.
- b) El informe médico forense realizado sobre el caso, además de descartar la relación entre las malformaciones y los fármacos prescritos, también descarta la existencia de error médico en la realización o en la valoración de las ecografías; no obstante, la falta de diagnóstico previo de las malformaciones, aunque la aplicación de mejores medios técnicos y humanos, y sobre todo más tiempo, permitiría incrementar la detección de malformaciones, bien entendido que con ello es posible y sólo posible (no en relación proporcional) aumentar el número de detecciones.
- c) El perito judicial considera que las ecografías practicadas, al no haber factores de riesgo ni procesos intercurrentes que aconsejaran otro proceder, fueron las protocolizadas. No obstante, también considera que la realización de un barrido ecográfico integral del feto hubiera permitido diagnosticar la ausencia de piernas en el feto, si las circunstancias de la exploración lo permitían.

Por todo ello, la sentencia determina que una aplicación de mejores medios técnicos y humanos y de más tiempo hubiera posibilitado la detección de las malformaciones y ponerlo en conocimiento de los padres; esta ausencia de información ha privado a los padres de optar por una interrupción voluntaria del embarazo, con la consecuencia de que la Administración deba indemnizar el mal funcionamiento del servicio por carencia informativa, cuya cuantía estima la sala debe venir relacionada con las exigencias de toda índole que precisa la hija para superar sus graves limitaciones.

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: se fija una cuantía de 360.000 € (año 2007) por la pérdida de oportunidad respecto a la facultad de los padres de realizar un aborto eugenésico. Para ello se tiene en consideración:

- Baremo accidentes de circulación (lesiones permanentes y los factores de corrección asociados, lucro cesante, daños morales complementarios, adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares).
- Intervenciones hospitalarias.
- Rehabilitación.
- Ingresos económicos de los progenitores.
- Dolor o aflicción ⁴⁸. Daño moral con repercusión psicofísica grave.
- Se tiene en cuenta para ponderar la indemnización la prestación familiar por hijo a cargo efectuada por la Seguridad Social por razón de la minusvalía de la menor (un 84%).
- La actitud inicial de la progenitora ante los requerimientos e indicaciones de la especialista en tocología, que no facilitó información sobre los motivos por los que realizó el primer aborto eugenésico (temor a malformaciones) y que hubiera podido determinar la estimación de un posible riesgo de feto y la realización de otro tipo de estudios que hubieran detectado las malformaciones.

Se indemniza pues la pérdida de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados e incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1999 ⁴⁹ (Sala de lo Civil). *La posibilidad de que con mayor información se hubiera podido producir un aborto eugenésico es una mera*

⁴⁸ Respecto a los daños morales: «Por lo demás, y a efectos exclusivamente teóricos, no podemos olvidar lo dicho por esta Sala en algunas sentencias entre las que citaremos la de 30 de junio de 2006 (rec. cas. para unificación de doctrina 217/2005) en relación a la deficiente detección de malformación en un nasciturus. Decimos en dicha sentencia: «... Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes, y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1 y 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva, pues, solicitaban indemnización por el daño moral derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto. Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (rec. cas. 271/2002) y 3 de octubre de 2000 (rec. cas. 3905/96) ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad».

⁴⁹ <http://www.poderjudicial.es>. Referencia CENDOJ 28079110001999100108. Recurso número 2236/1994. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo.

hipótesis. El nacimiento de un hijo, aun con malformaciones, no es un daño per se ni un daño indirecto.

En el supuesto de autos se produce un embarazo, calificado como de bajo riesgo, en el que se realizan varias ecografías del nivel básico, Nivel I, en las que se indica que el embarazo carece de anomalías. El alumbramiento se produce con el resultado de una niña con múltiples anomalías congénitas.

El tribunal de instancia fijó una indemnización de 75 millones de pesetas (año 1994) por entender que la exploración ecográfica depende de varios factores, entre ellos la formación del explorador y el equipo ecográfico utilizado, por lo que si se hubiera utilizado el equipo por un especialista o bien se hubiera realizado una ecografía de Nivel II se podrían haber aumentado las posibilidades de detectar las anomalías congénitas hasta en un 75 por 100 de los casos, por lo que concluye que la existencia de una conducta omisiva puede determinar la responsabilidad administrativa.

La Audiencia y el Tribunal Supremo revocan la sentencia. Existe voto particular.

Articulación de la prueba: el Tribunal Supremo examina el informe pericial en el que se establece que se podría haber detectado, o bien con un explorador especialista o bien con un Nivel II de ecografía, hasta en un porcentaje del 75 por 100 las malformaciones. Tal porcentaje considera el Tribunal Supremo que no supone una certeza absoluta en el estado de la ciencia, considerando además que no se infringió la *lex artis ad hoc*, ya que indica que «La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además, es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño per se, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener, de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

El voto particular, emitido por el magistrado Román García Varela, además de establecer que la jurisdicción concedora debió de ser la contencioso-administrativa al reclamarse frente al INSALUD, indica que debió confirmarse la sentencia de instancia, y ello por dos motivos:

- a) Porque el padre de la menor trabajaba como empleado en un Centro de Energía Nuclear, circunstancia que debió ser tenida en cuenta en los espacios relativos a la salud de manera que «una prestación de servicios médicos sin las comprobaciones relativas a dicha situación, como ha ocurrido en el supuesto del debate, ha de estimarse como defectuosa y negligente».
- b) La noticia sobre el estado del feto, con malformaciones, supone un derecho de la madre y la privación de esta información ha imposibilitado la opción de abortar indicando que «el solo hecho de la privación al derecho indicado afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal».

Cuantificación de la pérdida de oportunidad: la sentencia de instancia, que fue revocada posteriormente, fijó una indemnización de 75 millones de pesetas (año 1994). Para su fijación tuvo en consideración:

- Asistencia médica.
- Medicamentos.
- Adaptación futura a la vivienda.
- Daño moral de los padres.
- Daño moral de la menor.

La sentencia establecía que los padres podrían disponer libremente como representantes legales de 25 millones de pesetas, quedando el resto, 50 millones, depositados en cuenta corriente o similar, para que junto a los rendimientos correspondientes, pudieran ser utilizadas por la perjudicada cuando alcanzare la mayoría de edad, salvo autorización judicial.

5. HERRAMIENTAS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN ESPAÑA: SUPUESTOS DE VALORACIÓN REGLADA Y NO REGLADA (ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN, NAVEGACIÓN AÉREA Y PRISIÓN INDEBIDA)

Hemos podido comprobar en el análisis jurisprudencial realizado la disparidad, o mejor dicho, la falta de criterio en la valoración económica de la pérdida de oportunidad.

Si bien daño final y pérdida de oportunidad tienen distinta respuesta resarcitoria, bien es cierto que deben tenerse en consideración algunos elementos que permitan unificar los criterios judiciales, aportando una mayor seguridad jurídica.

Analizamos en este último apartado tres de estos elementos, que consideramos especialmente interesantes para motivar la pretensión indemnizatoria: el famoso baremo utilizado en accidentes de circulación, la posible utilización de otros baremos existentes en nuestro ordenamiento jurídico y la cuantificación del daño moral en supuestos de prisión indebida –como reparación de un perjuicio «irreparable»–.

a) El «baremo» utilizado en los accidentes de tráfico.

Deviene su nombre de *Barrême*, matemático francés del siglo XVII, y es definido por la RAE como un cuadro gradual establecido convencionalmente para evaluar los méritos personales, la solvencia de empresas, etc., o los daños derivados de accidentes o enfermedades.

La jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos a motor,

pueden resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* (precio del dolor), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad.

La admisión de la aplicación orientativa no supone admitir la existencia de laguna legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que imponga a jueces y tribunales aplicar analógicamente los baremos conforme a las reglas del artículo 4.º del Código Civil⁵⁰, y ello por dos razones; de un lado, la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles con la pormenorizada labor del legislador, constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados y, por otra parte, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la existencia de distintos sectores de la actividad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad derivada de la existencia en algunos de ellos e inexistencia en otros de criterios legales de valoración del daño, circunstancia que por sí sola impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón en la fijación de las indemnizaciones consecuencia de la actividad productora de daño en cada uno de ellos⁵¹.

Aun en el ámbito de la responsabilidad patrimonial ajena a los hechos de la circulación, viene utilizándose el famoso baremo como orientador en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª), de 4 de julio de 2007⁵²; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª), de 14 de julio de 2007⁵³; SAP de Barcelona (Secc. 17.ª), núm. 168/2007, de 13 de marzo⁵⁴; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª), de 15 de octubre de 2003⁵⁵, entre otras muchas.

Ello se debe, innegablemente, no sólo al hecho de ser un baremo que atiende a diversos conceptos (lesiones permanentes y los factores de corrección asociados, lucro cesante, daños morales complementarios, adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares, etc.), sino indudablemente al hecho de ser un elemento referencial indiscutible con una abundantísima jurisprudencia que lo interpreta.

⁵⁰ «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.»

⁵¹ Véanse: Sentencias de 11 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo (Referencia Aranzadi 9883) y de 10 de febrero de 2006 (Referencia Aranzadi 674).

⁵² <http://www.poderjudicial.es>. Referencia CENDOJ 28079130062007100294. Recurso de casación 8362/2003. Ponente: Agustín Puente Prieto.

⁵³ <http://www.poderjudicial.es>. Referencia CENDOJ 28079130062007100083. Recurso de casación 8017/2002. Ponente: Margarita Robles Fernández.

⁵⁴ Referencia Aranzadi: AC\2007\732. Jurisdicción: Civil, Recurso de apelación núm. 551/2006, Ponente: Ilustrísimo señor don José Francisco Valls Gombau.

⁵⁵ Referencia Aranzadi JUR\2003\264821. Recurso Contencioso-Administrativo núm. 823/2002 Ponente: Excelentísimo señor José Guerrero Zaplana.

El baremo viene recogido en 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, modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio (En su Anexo ⁵⁶: Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), y en él establece una relación de lesiones corporales respecto de las cuales existe un «abanico de puntos» (por ejemplo, pérdida parcial de nariz: 5-25 puntos). Cada punto tiene un precio según la edad del perjudicado, por lo que la suma de los puntos y su multiplicación por el precio determinan la indemnización (por ejemplo, en el ejemplo anterior, un perjudicado de 46 años al que se le atribuyera una puntuación media de 15 puntos tendría una indemnización de $913,89^{57} \text{ €} \times 15 = 13.708,35 \text{ €}$). A la citada indemnización habrá que sumarle los denominados factores de corrección a los que tuviera derecho (Tabla IV): perjuicio económico según los ingresos netos de la víctima, daños morales complementarios cuando las secuelas tengan una elevada puntuación –y por tanto, gravedad–, incapacidad parcial, total o absoluta, necesidad de terceras personas, adecuación de la vivienda, perjuicios morales de familiares, pérdida de feto y adecuación de vehículo). Además de lo anterior, se deberá considerar el tiempo ocupado en obtener la curación o la estabilización de las lesiones, distinguiendo el legislador entre los días de hospitalización (65,48 € diarios), los de baja de carácter impeditivo –víctima incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual– (53,20 € diarios) y los de baja de carácter no impeditivo (28,65 € diarios).

El Tribunal Constitucional además considera que estos daños no pueden equipararse a los daños materiales, pues los primeros son menos objetivables, en tanto que exigen una valoración de las circunstancias personales y familiares de la víctima: Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 181/2000, de 29 de junio, fundamento jurídico 14.

La utilización del citado baremo para realizar una petición motivada de la valoración de la pérdida de oportunidad es sin duda un criterio de relevante utilidad, pero como veremos, no el único.

b) La existencia de otros baremos que pueden ser tenidos en consideración: la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.

La Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, que regula el tráfico aéreo de personas y cosas, prestado por toda aeronave, pública o privada, establece reglas de cuantificación de los daños, aunque no con la exhaustividad y el detalle con el que lo haría más tarde el legislador para los accidentes de circulación. La Ley 48/1960 sólo establece baremos en sentido estricto para los daños por muerte e incapacidad temporal, mientras que se limita a fijar techos indemnizatorios para el resto de daños corporales y para los daños patrimoniales consistentes en la destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes, facturados o de mano (arts. 116 y ss.).

Dichas cuantías fueron actualizadas por Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de

⁵⁶ Se incorpora la referencia del Anexo por su interés.

⁵⁷ La última actualización de cantidades se ha publicado en el BOE de 2 de febrero de 2009, Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Se incorpora la referencia del Anexo por su interés.

Navegación Aérea, empleando como unidad de valoración el «derecho especial de giro» (en adelante, DEG).

El DEG es un activo internacional de reserva creado por el Fondo Monetario Internacional en 1969, en virtud de la primera enmienda de su Convenio Constitutivo, de 22 de julio de 1944. Según el Artículo XV, Sección 2ª del Convenio, «[e]l Fondo determinará el método de valoración del derecho especial de giro (...)».

El valor del DEG (*Special Drawing Right*, SDR) se fija diariamente en función de una cesta de cuatro monedas principales: euro, yen japonés, libra esterlina y dólar de EEUU, y la composición de la cesta se revisa cada cinco años, a fin de velar por que refleje la importancia relativa de cada moneda en los sistemas comerciales y financieros mundiales. En la *revisión más reciente*, que tuvo lugar en noviembre de 2005, las ponderaciones asignadas a las monedas en la cesta del DEG fueron revisadas con base en el valor de las exportaciones de bienes y servicios y al monto de las reservas denominadas en las respectivas monedas que eran mantenidas por otros países miembros del FMI. Estos cambios entraron en vigor el 1 de enero de 2006. La próxima revisión del Directorio Ejecutivo tendrá lugar a fines de 2010⁵⁸.

Al 30 de abril de 2008, el tipo de cambio dólar de EE.UU./DEG era de \$1 = DEG 0,61585 y el tipo de cambio DEG/dólar de EE.UU. era de DEG 1 = \$1,62378.

Al cierre del ejercicio anterior (30 de abril de 2007) los tipos de cambio eran \$1 = DEG 0,65609 y DEG 1 = \$1,52418.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el RD 37/2001 en su artículo 1, a los efectos previstos en el artículo 117 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, las indemnizaciones a favor del viajero que deberán abonar las compañías aéreas no sujetas a la aplicación del Reglamento (CE) 2027/1997, del Consejo, de 9 de octubre, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, que aplica un sistema uniforme dentro de su ámbito, serán, en su equivalencia en euros, las siguientes:

1. Por muerte o incapacidad total permanente: 100.000 derechos especiales de giro.
2. Por incapacidad parcial permanente, hasta el límite de 58.000 derechos especiales de giro.
3. Por incapacidad parcial temporal, hasta el límite de 29.000 derechos especiales de giro.

Para determinar por tanto el importe de la indemnización, habrá que multiplicar el precio del Derecho Especial de Giro (en euros) por la cuantía en DEG (100.000, o hasta 58.000 DEG o hasta 29.000 DEG).

⁵⁸ Fondo Monetario Internacional: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>. Informe anual 2008 http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/ar/2008/pdf/ar08_esl.pdf.

En cuanto a los techos indemnizatorios o *caps*, el artículo 3.1 del Reglamento (CE) número 2027/97 remite a las reglas del Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, que entró en vigor para España el 28 de junio de 2004, estableciendo que la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad.

Los artículos 17 y siguientes del Convenio de Montreal regulan la responsabilidad del transportista y la medida de indemnización del daño y establecen techos indemnizatorios (*caps*) tanto para la responsabilidad por los daños personales como por los patrimoniales: respecto a los primeros, el artículo 21 establece, para los daños consistentes en muerte y lesiones de los pasajeros, un techo indemnizatorio de 100.000 DEG por pasajero, pero únicamente para los casos en que el transportista hubiera sido diligente, esto es, su responsabilidad es ilimitada cuando el daño haya sido causado, al menos, con negligencia.

Como vemos, podemos encontrar otro tipo de instrumentos en nuestro ordenamiento jurídico cuyo conocimiento resulta sin duda de interés para la obtención de criterios indemnizatorios.

c) La valoración del daño moral por prisión indebida.

Resulta especialmente interesante la cuantificación que viene estableciendo la Sala 3ª del Tribunal Supremo respecto a los daños morales por prisión indebida.⁵⁹

«La Sala 3.ª utiliza el siguiente mecanismo de cálculo del daño moral: establece una base diaria y la multiplica por el número de días de permanencia. Dado que la prolongación indebida de la estancia en prisión agrava gradualmente el perjuicio moral, la indemnización es progresiva, de forma que introduce un factor de corrección con el que la base diaria se incrementa cada vez que transcurre un cierto período de tiempo. El factor de corrección puede tener base quincenal, mensual o anual.

A pesar de la objetividad de la regla de cálculo, de las sentencias analizadas de la Sala 3.ª y recogidas en la siguiente tabla no se desprende ningún criterio uniforme en la determinación de la indemnización, pues aplican bases diarias y factores de corrección dispares en función del caso particular. En definitiva, la práctica de la Sala 3.ª no dista mucho de otros pronunciamientos judiciales que cuantifican de forma homogénea los daños para una misma constelación de casos mediante la aplicación uniforme de criterios de valoración.»

La cuantificación del daño moral derivada de un perjuicio de carácter «irreparable» a través de la indemnización por prisión indebida es un elemento sin duda interesante para realizar una motivada pretensión indemnizatoria. Éste es el resultado del interesante estudio citado.

⁵⁹ <http://www.indret.com>. Indret 3/2006, pág. 25 y ss. Guía de Baremos, Sonia Ramos González, Álvaro Luna Yerga, Ignacio Marín García.

Resolución	Factor de corrección en base mensual	Base diaria en euros	Años de reclusión	Número de días de reclusión	Indemnización media por día en euros
STS 21-03-2006	–	60,06	1997	151	60,06
STS 26-01-2005	25%	36,06	1994-1995	237	88,32
STS 20-01-2003	10%	12,02	1990-1993	946	70,76
STS 13-11-2000	125%	60,10	1986	28	74,04
STS 30-06-1999	25%	24,04	1988-1989	234	61,15
STS 29-05-1999	25%	36,06	1988-1989	329	139,97
STS 03-05-1999	25%	24,04	1988-1989	329	93,30
STS 29-03-1999	25%	9,02	1968-1969	445	203,3
STS 20-02-1999	125%	24,04	1982	85	77,41

Si bien es cierto que las resoluciones judiciales son muchas veces criticadas por su carencia de criterio o de motivación en la fijación de indemnizaciones y por la disparidad de la que hacen uso respecto a los supuestos de pérdida de oportunidad, no debemos olvidar que es tarea de los letrados el otorgar al juzgador las herramientas precisas para que pueda construir una resolución judicial motivada, ponderada y ajustada a las circunstancias concretas del perjudicado, siguiendo así las premisas recibidas por mis maestros: «Recuerden, en su demanda debe estar la sentencia».

Bibliografía

- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., «La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado». VII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Úbeda 2007. Editorial Sepín.
- BREBBIA, R., *El daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.
- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal* (2 volúmenes), Edit. Tirant lo Blanch, 2005.
- CGPJ, ESCUELA JUDICIAL, «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, I- 2002.
- *Genética y derecho*, 36-2001.
- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, <http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>.

- CORMIER, C., *Le préjudice en droit administratif français Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Edit. LGDJ, París, 2002, pág. 278.
- DE CASTRO Y BRAVO, «La indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1956, págs. 449 y ss.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria* (pendiente de publicación).
- ILLESCAS RUS, A.V. «El daño moral estricto», *Cuadernos de Derecho Judicial. Valoración Judicial de Daños y Perjuicios. Consejo General de Poder Judicial*, Madrid 1999, págs. 227-327.
- LUNA YERGA, A., *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, <http://www.indret.com> Indret 2/2005.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Edit. Thomson-Civitas, págs. 130 y ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, S., LUNA YERGA, A. y MARÍN GARCÍA, I., *Guía de Baremos*, <http://www.indret.com>, Indret 3/2006, págs. 25 y ss.
- REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (sobre la reforma del párrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el derecho español*, núm. 124, enero-abril, 1991.
- SCHÄFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS, traducción de Macarena Von Carstenn, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

ANEXOS

ANEXO I

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. **TABLA VI. Clasificaciones y valoración de secuelas.**

ANEXO II

Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. **Cuantías actualizadas año 2009.**

ANEXO III

Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.