

UN CASO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD TERAPÉUTICA EN LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2024 (JUR 2024,62960)

Clara I. Asua González
Catedrática de Derecho civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Fecha de publicación: 18 de marzo 2024

Resumen: La práctica totalidad de las decisiones del Tribunal Supremo relativas a la llamada pérdida de oportunidad terapéutica corresponden a la Sala Tercera. Ya por eso resulta reseñable la STS (1ª) 19 de febrero de 2024. La misma merece además atención porque, a diferencia de lo que venía ocurriendo, en la misma se explicitan y cuantifican los criterios probabilísticos tenidos en cuenta a la hora de fijar el montante de la indemnización.

Palabras clave: Retraso en el diagnóstico; pérdida de oportunidad; probabilidad; indemnización.

Title: A case of loss of chance for a better medical outcome before the First Chamber of the Supreme Court

Abstract: Virtually all the decisions of the Supreme Court regarding the so-called loss of chance for a better medical outcome are heard before the Third Chamber. This alone makes the judgement issued by the First Chamber of the Supreme Court on 19 February 2024 noteworthy. It also deserves attention because, unlike what has happened in the past, it explains and quantifies the probability-based criteria taken into account when setting the amount of compensation.

Key words: Delayed diagnosis; loss of chance doctrine; probability; compensation.



COMENTARIO

I. Como es sabido, el análisis de la responsabilidad civil en clave de pérdida de oportunidad es una perspectiva posible en supuestos en los que no puede establecerse si una conducta es causa de un daño (comprendiendo en lo anterior las conductas omisivas y sin realizar ahora precisiones sobre causalidad, imputación objetiva del daño y omisiones) pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido la posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido. De ahí que se hable de pérdida de oportunidad (oportunidad de evitar un daño de incierta producción en caso de haberse actuado según lo debido).

Ante la incertidumbre sobre qué habría ocurrido de haberse producido el comportamiento correcto caben diversos planteamientos¹. El que ha venido considerándose *tradicional* es el de concluir que, si no puede darse por establecida la relación de causalidad con la seguridad que se exija en cada sistema, no habría lugar a ninguna responsabilidad. Pero, frente a la idea de descartar toda responsabilidad si no se alcanza la cota de seguridad requerida, cabe considerar que cuando se esté por debajo de la misma puede tenerse en cuenta la probabilidad de cara a sentar una indemnización inferior al daño final experimentado (el que se ha tomado como referencia a efectos de considerar incierta la relación de causalidad). Esta es la perspectiva de la pérdida de oportunidad. En palabras del Tribunal Supremo [STS (1ª) 19 febrero 2019 (RJ 2019, 613)]: «*Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.//La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa*».

*Esta publicación se enmarca en el Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) Persona, familia y patrimonio.

¹ Amén por supuesto del de hacer irrelevante la incertidumbre. Así sucedía en casos, no extraños en el pasado y relativos al ámbito sanitario, en los que, acreditada la vulneración de la *lex artis* y no obstante la incertidumbre, la condena se extendía, con diversos razonamientos, a todo el daño final [por ejemplo, SSTS (1ª) 9 junio 1997 (RJ 1997, 4731), 22 mayo 1998 (RJ 1998, 3991), 20 febrero 1999 (RJ 1999, 1412), 24 marzo 2001 (RJ 2001, 3986), y (3ª) 7 marzo 2007 (RJ 2007, 953)]. Esto desde luego ya no ocurre. Lo ilustra claramente la jurisprudencia de la Sala Tercera relativa a la pérdida de oportunidad terapéutica, y de ello es también ejemplo la decisión que ahora se reseña.



Por tanto, es esencia de la *doctrina* de la pérdida de oportunidad que la indemnización se fije teniendo en cuenta la probabilidad de que, con el comportamiento debido, el daño final no se hubiera producido. Entendiendo por daño final, y tratándose de responsabilidad sanitaria, las consecuencias patrimoniales y morales de la lesión a la salud o a la vida (en caso de muerte, y a salvo los daños que la persona fallecida pudo experimentar en vida y cuya eventual indemnización correspondería a sus herederos, lo que se indemniza es el *daño reflejo* que tal muerte causa en determinados allegados).

II.- En casos de retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, son ya frecuentes las decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las que la obligación indemnizatoria de las administraciones sanitarias se analiza en clave de pérdida de oportunidad². En ese ámbito la perspectiva de la pérdida de oportunidad tampoco resulta desconocida para la Sala Primera, pues ahí cabría ubicar las SSTS 10 octubre 1998 (RJ 1998, 8371) –conducta que determinó que fuera imposible la reimplantación de una mano amputada en un accidente-, 6 febrero 2007 (RJ 2007, 922) –retraso en la práctica de una arteriografía tras una lesión en una pierna- y 17 abril 2007 (RJ 2007, 2322) –no realización de una arteriografía en un caso de isquemia aguda-. Pero, amén de ser estas decisiones poco explícitas y en cualquier caso ya distantes en el tiempo, en los últimos años los supuestos de responsabilidad sanitaria en los que en la Sala Primera se ha traído a colación la pérdida de oportunidad han sido relativos a la falta de consentimiento informado. Ya solo por esta circunstancia, la STS (1ª) 19 febrero 2024 (JUR 2024, 62960) resulta reseñable. Es cierto que el caso que dio lugar a la ya traída a colación STS 19 febrero 2019 (RJ 2019, 613) era de una estructura similar a los de pérdida de oportunidad terapéutica, pero no se trataba propiamente de responsabilidad sanitaria habida cuenta de que lo que se enjuiciaba era la responsabilidad de la directora y de la empresa titular de una guardería por la tardanza en trasladar a un centro hospitalario a un niño que se había atragantado con papilla.

La sentencia que ahora se analiza merece además atención porque, a diferencia de lo que venía ocurriendo, en la misma se explicitan y cuantifican los criterios probabilísticos

² Así, SSTS (3ª) 2 enero 2012 (RJ 2012, 2), -retraso en el diagnóstico de un aneurisma-, 28 febrero 2012 (RJ 2012, 4307) -retraso en la realización de una prueba diagnóstica tras la realización de una operación de hernia discal-, 22 Mayo 2012 (RJ 2012, 4307) -retraso en el diagnóstico de un tumor medular-, 27 noviembre 2012 (RJ 2013, 2012, 435) -retraso en el diagnóstico de preclamsia-, 21 diciembre 2015 (RJ 2016, 55) -retraso en el diagnóstico de un tumor medular-, 25 mayo 2016 (RJ 2016, 2275) -retraso en la práctica de una cesárea-, 28 abril 2017 (RJ 2017, 2392) -dilaciones en el tratamiento del resangrado y en la prescripción de fármacos en un caso de hemorragia supraaracnoidea-, 20 marzo 2018 (RJ 2018, 1376) -retraso en la realización de una biopsia endoscópica-, 24 abril 2018 (RJ 2018, 2547) -retraso en la detección de un hematoma subdural- 14 mayo 2020 (RJ 2020, 1110) –retraso en la práctica de una intervención cardiaca-.



tenidos en cuenta a la hora de fijar el montante de la indemnización. Por lo demás, el análisis permite también calibrar su eventual posicionamiento respecto de una cuestión emblemática, y abierta, en el tratamiento de la responsabilidad civil en clave de pérdida de oportunidad: la del daño que se repara (daño en el sentido del interés o bien jurídico que se considera primariamente vulnerado).

III.- En el caso que da lugar a la STS 19 febrero 2024 (JUR 2024, 62960), el demandante sufría graves secuelas provocadas por una mielitis aguda transversal que tardó en diagnosticarse (se confundió con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva) e incluso en tratarse (una vez realizada una resonancia magnética).

La pretensión indemnizatoria se ejercitó, por la totalidad del daño sufrido (valorado en la demanda en 1.395.000 euros), contra la aseguradora de responsabilidad civil (art. 76 LCS). La demandada negaba la existencia de descuido o negligencia, pero según el relato del Tribunal Supremo también apuntaba: *«...para el caso de que se declarase probado que se había incurrido en un retraso en el tratamiento recibido, nunca podría acreditarse, con absoluta certeza, que se hubiesen evitado las lesiones permanentes sufridas; puesto que la enfermedad era incurable e instauradas las secuelas neurológicas estas son irreversibles. De modo que, en todo caso, siempre estaríamos hablando de un supuesto de pérdida de oportunidad, lo que implicaría una reducción importantísima del montante indemnizatorio»*.

El Juzgado de Primera Instancia cifró la indemnización en 6000 euros con la siguiente argumentación (que se recoge en la sentencia del Alto Tribunal): *«...al no quedar demostrada la relación de causa a efecto entre la tardanza en la práctica de pruebas diagnósticas e intervención consecuente con corticoides propia de la mielitis, lo que sí existe es la desazón psicológica que puede producir a la paciente el hecho de que hallándose en un hospital no se haya advertido la aparición de esta enfermedad y que lógicamente entienda que una más rápida clarificación de su etiología y comienzo del tratamiento con corticoides (por más que no se ha demostrado su eficacia en todo caso), hubiera supuesto cuando menos un paliativo para las graves consecuencias que se derivaron. Pero ya ha quedado expuesto que a la luz de la prueba practicada valorada en su conjunto la súbita aparición de la mielitis y sus indudables trágicas consecuencias no podría haber sido evitado ni con un diagnóstico más precoz ni con una inmediata intervención dado que incluso estadísticamente sólo logran superar mielitis idiopática sin secuelas un 33 por ciento de los pacientes que la padecen. Y esa pérdida de oportunidad y frustración psicológica del paciente y demandante señora Esther puede individualizarse y valorarse en la suma de 6000 € en que parcialmente se estima la demanda»*.

La Audiencia Provincial, sin embargo, a pesar de entender que existió negligencia, desestimó la demanda con una argumentación que el Tribunal Supremo sintetiza así: *«al*



no haberse acreditado la relación de causalidad con el daño sufrido por la demandante, puesto que "el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría"»

Nótese que, en todo lo anterior, no solo hay distintas miradas sobre las consecuencias de la incertidumbre causal, sino que también emergen algunas de las inconsecuencias o contradicciones que en ocasiones se deslizan al razonar en clave de pérdida de oportunidad.

La perspectiva de la Audiencia Provincial es clara y *tradicional*: la falta de certeza respecto de la relación de causalidad conduce a la desestimación de la pretensión. Sin embargo, en el razonamiento del Juzgado, al tiempo que se afirma que las consecuencias lesivas no podrían haberse evitado con una conducta diligente, se señala que estadísticamente superan la mielitis idiopática sin secuelas un 33% de quienes las sufren. Pero, o se quería decir que, a pesar de la estadística general, en este supuesto concreto el resultado lesivo habría acaecido en todo caso, o claramente el dato estadístico reseñado contradice la afirmada inevitabilidad de tal resultado. Por otra parte, parece identificarse el daño indemnizable (entendido como el bien jurídico lesionado) con la desazón psicológica por el retraso en el diagnóstico y la lógica consideración de que de otro modo cuando menos podrían haberse paliado las graves consecuencias de la enfermedad. Como luego veremos, en los casos de pérdida de oportunidad terapéutica esta es una de las perspectivas que se apuntan a la hora de determinar qué daño se indemniza. Sin embargo, lo que también se verá es que sea cuál sea el bien jurídico que se entienda lesionado, en perspectiva de *auténtica* pérdida de oportunidad (como modo de gestionar la incertidumbre causal) el *quantum* indemnizatorio se ha de fijar por relación a la probabilidad de que el daño final no hubiera acaecido. Nada de esto se hace en la sentencia de primera instancia, pues, prescindiéndose de toda consideración probabilística, se fija una indemnización de 6000 euros.

IV.- ¿Cuál es el criterio del STS 19 febrero 2024 (JUR 2024, 62960) en este conflicto? Antes de abordar la repercusión de la incertidumbre causal, el Alto Tribunal razona *in extenso* sobre la efectiva vulneración de la *lex artis* ya que la existencia de culpa se seguía poniendo en cuestión en el recurso de casación. Una vez sentada la misma (ratificando sí el criterio de la Audiencia Provincial) afirma que: «*El error en el diagnóstico y el consiguiente retraso en el tratamiento terapéutico privó a la paciente de la ocasión de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a esta*»; que la jurisprudencia «*ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidad*»; o que la demandante «*perdió la oportunidad*» de que las secuelas pudieran resultar menos graves. Todo lo anterior en un contexto, coherente con el análisis del asunto en clave de pérdida de oportunidad, que también se explicita: que se desconoce lo que le habría sucedido a la demandante si se hubiera actuado conforme a la *lex artis*; que su cuadro clínico no



permitía concluir con un nivel de probabilidad cualificada que habría obtenido una curación sin secuelas; y que la oportunidad de logro de otros resultados no conformaba tampoco una expectativa vaga o una simple ilusión o quimera que permitiera descartar el beneficio del diligente tratamiento debido. Se dejan apuntados así parámetros generales que delimitan el ámbito de la pérdida de oportunidad: la existencia de un nivel de incertidumbre tal que impida considerar cierta la relación de causalidad (introduciendo de este modo la idea de que hay niveles de incertidumbre que se pueden *gestionar* como seguridad)³; y que niveles muy bajos de probabilidad pueden resultar irrelevantes a efectos indemnizatorios.

Hemos entrecomillado algunas de las expresiones que utiliza el Alto Tribunal porque pueden interpretarse como una toma de postura respecto del ya apuntado debate en torno al bien jurídico lesionado. Cabría pensar que ese bien jurídico es el mismo que en los casos en los que hay certeza en tema de causalidad (por ejemplo, la salud). Se trataría, por tanto, propiamente de un tema de causalidad probabilística (incierto, parcial), enfoque que en mi opinión resulta el acertado. Pero están extendidos planteamientos que pasan por identificar otro interés lesionado. En tal perspectiva, la causalidad es cierta, pero lo es respecto de otro daño distinto del que venimos denominando daño final. El criterio más extendido es el de considerar la propia oportunidad como un bien o interés del que una persona es titular y entender que es esa oportunidad la que resulta lesionada (oportunidad que con frecuencia se califica de interés moral). Además, en los casos de pérdida de oportunidad de curación o mejora también se apunta otro interés moral, el conectado con la duda y la incertidumbre respecto de cuál habría sido el resultado⁴. A este último parecía referirse la decisión de primera instancia. Los incisos reproducidos de la sentencia que analizamos permiten entender que posiblemente el Tribunal Supremo da por buena la, creo que razón calificada de *artificial*, configuración de la oportunidad como interés o bien lesionado⁵.

³ Sin embargo, en la STS (1ª) 12 febrero 2019 (RJ 2019, 613) se había afirmado que la indemnización del «daño real sufrido... queda reservado para la certeza absoluta de la causa». Y en la STS (3ª) 14 mayo 2020 (RJ 2020, 1110) se enjuicia en clave de pérdida de oportunidad un caso en el que se da por bueno que existía una probabilidad del 85% de que el daño no se hubiera producido.

⁴ A ello alude, la STS (3ª) 20 marzo 2018 (RJ 2018, 1376), pero en la misma se realiza un planteamiento acumulativo por cuanto realmente también se acoge la idea de la oportunidad como bien lesionado: «Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas»

⁵ Lo había hecho también en la STS (1ª) 19 febrero 2019 (RJ 2019, 613).



Pero se considere el asunto como de causalidad probabilística o como de vulneración de un interés diferente, es pacífica la consideración de que el importe indemnizatorio habrá de fijarse en atención a la probabilidad de que no hubiera acaecido el daño final (la oportunidad también será de mayor o menor entidad según ese nivel de probabilidad; y lo propio ocurre con la duda, incertidumbre o desazón). Sin embargo, en la Sala Tercera no suele ser habitual la explicitación de porcentajes⁶ y cuando los mismos se han traído a colación⁷, a salvo alguna reseñable excepción⁸, no se ha razonado sobre la procedencia de los mismos. La STS 19 febrero 2024 (JUR 2024, 62960) se aparta de esa línea y, basándose en informes periciales, explica el proceso de determinación del montante indemnizatorio: *«Por todo ello, consideramos que debe ser resarcida con el 33% de los daños sufridos (mejora con secuelas), lo que exige su cuantificación, mediante la conjugación de tres circunstancias; la curación sin secuelas en el 33% de los casos, con secuelas en el 66% de los casos, y el concreto cuadro clínico que presentaba la demandada, lo que implica un peor pronóstico con respecto a su recuperación. Y todo ello, en ausencia de otros datos concluyentes. La afirmación de que uno de cada nueve casos se cura no ha de prevalecer sobre aquellos porcentajes que recogen los peritos en sus informes antes reseñados»*. En consecuencia, y tras valorar el daño final (900.000 euros) por haber asumido la instancia, se concluye que *«dado que la oportunidad perdida la hemos determinado en un 33%, fijamos la indemnización procedente en 297.000 euros»*.

Lo que se señala respecto del cálculo merece algún comentario. Como se apunta de una forma un tanto confusa en el inciso reproducido, pero ya se había afirmado en la sentencia unas líneas antes, la mielitis se cura totalmente en un tercio de los casos, en otro tercio mejora con secuelas y en un último tercio no mejora. Pues bien, si únicamente son esos los datos que se han tenido en cuenta, la indemnización del 33% del daño final realmente solo parece atender al 33% de posibilidades de total curación, pero no tiene en cuenta que había otro 33% de probabilidad de que el resultado lesivo hubiera sido menor (mejora con secuelas). Vaya por delante la dificultad de determinar porcentajes de indemnización sobre el daño final en aquellos escenarios en los que la alternativa (sea única o sea una de las posibles) no es la curación sino la menor entidad de los daños. Como se suele señalar, y sirva de ejemplo la STS (3ª) 20 marzo 2018 (RJ 2028, 1373), *«la pérdida de oportunidad hace entrar en juego a la hora de valorar el daño causado, dos elementos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo»*. No es extraño que, especialmente en aquellos casos en los que la única alternativa sean unas

⁶ SSTs (3ª) 22 mayo 2012 (RJ 2012, 4307), 21 diciembre 2015 (RJ 2016, 55), 28 abril 2017 (RJ 2017, 2392), 20 marzo 2018 (RJ 2018, 1376), 24 abril 2018 (RJ 2018, 2547).

⁷ SSTs (3ª) 27 noviembre 2012 (RJ 2013, 435), 25 mayo 2016 (RJ 2016, 2275).

⁸ SSTs (3ª) 14 mayo 2020 (RJ 2020, 1110).



menores secuelas, se huya de la explicitación de las bases de cálculo de la indemnización. Pero en nuestro caso, al indemnizar solo el 33% del daño final señalando que ese era tanto el porcentaje de probabilidad de curación completa como de que hubiera habido menores secuelas, se hace evidente que en el cálculo de la reparación se ha prescindido del incremento (por acumulación) que debería derivarse de la segunda circunstancia.

Podría haber ocurrido, sin embargo, que el Alto Tribunal pensara que la forma en la que la mielitis cursó debía conducir a adaptar los porcentajes que sobre la evolución de la misma se consignaban en los informes periciales. Ciertamente se habla de un *«peor pronóstico con respecto a su recuperación»* y cabría entender que ello se hace en términos comparativos con el apuntado 33% de curación que señalan las estadísticas. Si así fuera, el porcentaje aplicado respecto del daño final podría considerarse como el resultado de valorar conjuntamente, y de modo aproximativo, tanto la posibilidad de curación como la de mejora con secuelas.