

# La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y las controversias generadas en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad

ESTHER RANDO BURGOS<sup>1</sup>

## RESUMEN

La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es una institución básica en el ordenamiento jurídico español. Dentro de ella, la responsabilidad de la Administración sanitaria y, en particular, cuanto en esta concurre la denominada "doctrina de la pérdida de oportunidad" merecen particular atención por sus singularidades. La observancia en la práctica de divergencias en su aplicación por los tribunales y la carencia de precisión en algunos de los presupuestos que se emplean para su aplicación, como los límites inferiores o superiores o el propio principio de proporcionalidad, bien merecen un adecuado y detenido estudio que muestre la situación actual que tiene lugar en la práctica ordinaria, lo cual conecta con la necesaria seguridad jurídica que debe tener todo ciudadano en sus relaciones con la Administración pública. Todo ello justifica la oportunidad y necesidad de la presente investigación, centrada en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y singularizada en el modo en que, a partir de los presupuestos identificados por la propia jurisprudencia para reconocer su concurrencia, se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad.

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga, Málaga, España. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga, Málaga, España. Acreditada a Profesora Contratada Doctora. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4832-3610>. Correo-e: [erando@uma.es](mailto:erando@uma.es). Fecha de recepción: 1.º de julio de 2023. Fecha de modificación: 10 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2023. Para citar el artículo: Rando Burgos, Esther, "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y las controversias generadas en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2024, pp. 61-92. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n31.04>.

**Palabras clave:** Administración pública, responsabilidad patrimonial, asistencia sanitaria, indemnización, pérdida de oportunidad, doctrina *lex artis*.

## Public Administration Liability in the Field of Health Care and the Application of the Doctrine of Loss of Opportunity

### ABSTRACT

The liability of public administrations is a fundamental institution in the Spanish legal system. Within this framework, the liability of the health administration, particularly in cases involving the so called "doctrine of lost opportunity", merits special attention due to its unique characteristics. In practice, the courts apply this doctrine using various means, often lacking precision in the criteria used for its application, such as determining lower and upper limits or adhering to the principle of proportionality. This situation calls for a thorough and careful study to shed light on the current situation in common legal practice, which is linked to the legal certainty that every citizen should enjoy in their interactions with the Public Administration. These factors underscore the convenience and necessity of this research, which will primarily focus on the liability of the health administration. It will delve into how, in line with case law's outlined criteria, the doctrine of loss of opportunity is applied.

**Keywords:** Public Administration, Financial Liability, Healthcare, Compensation, Loss of Opportunity.

### INTRODUCCIÓN:

#### BREVE APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de entrar propiamente en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ordenamiento jurídico español, en general, y la incidencia en ella de la denominada "doctrina de la pérdida de oportunidad", en particular, es adecuado conocer, al menos, brevemente y en sus aspectos esenciales, el contexto en el que se articula la responsabilidad, los tipos de responsabilidad previstas en el Derecho español y, a partir de los anteriores, centrarnos propiamente en la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Desde una perspectiva de conjunto, es preciso, en primer término, señalar que en el ordenamiento jurídico español se distinguen distintos tipos de responsabilidad: responsabilidad penal, entendida por tal la derivada de la comisión de un ilícito penal y cuya finalidad es represiva como prevención de la realización de determinadas conductas atentatorias contra bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la comunidad (alguno de los ejemplos más comunes serían el robo, el homicidio, etc.); responsabilidad administrativa, aquella a la que da lugar las actuaciones de las que son responsables los administrados derivada de infracciones administrativas en tanto expresión de la potestad sancionadora reconocida por el ordenamiento jurídico español a las administraciones públicas (a modo de ejemplo, el estacionamiento de un vehículo en un lugar en el que dicho acto está prohibido, tendrá como consecuencia jurídica la consiguiente responsabilidad del infractor); responsabilidad disciplinaria en el seno de la Administración pública, constreñida a los sujetos vinculados a la Administración mediante una relación de sujeción especial. Se precisa su diferenciación de la responsabilidad patrimonial objeto del presente trabajo, en la medida en que aquí se está ante una responsabilidad interna que tiene lugar en el propio seno de la Administración, mientras que la responsabilidad patrimonial es un supuesto externo (ejemplo de ello sería la sanción al personal al servicio de las administraciones públicas por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones); responsabilidad civil<sup>2</sup>, en su doble acepción, como responsabilidad contractual, derivada de una relación contractual en la que un sujeto privado es responsable en la medida en que debe cumplir una obligación derivada de un contrato, o responsabilidad extracontractual, como aquella que tiene lugar al margen de todo vínculo contractual y que se produce cuando se causa un daño por parte de un sujeto privado a otro que también ostenta tal condición y que este último no tiene el deber de soportar<sup>3</sup>.

En este contexto de partida cuya única finalidad es poner en situación los diferentes supuestos en que puede concurrir la responsabilidad, desde una perspectiva general en su acepción, el objeto de la presente investigación se constriñe al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración y las controversias que en su aplicación práctica se generan, con un objetivo orientado a poner de manifiesto la necesidad de unificación de criterios por parte de los órganos jurisdiccionales en su aplicación práctica, siguiendo para

2 Juan Manuel Alegre Ávila, "La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 126, 2005, pp. 191-216.

3 La responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. El propio artículo 1902 establece: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

ello una metodología en la que se conjuga el denominado "estado del arte" en la materia, con el análisis de algunas resoluciones judiciales que demuestran lo anterior y coadyuvan a una mejor comprensión de la problemática en la que se trata de investigar.

## 1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA: CONCRECIÓN Y ASPECTOS CLAVES

En el ámbito propiamente de la Administración pública lo que tiene lugar, y situados en el contexto de lo indicado con anterioridad, es una responsabilidad extracontractual de los poderes públicos, en la medida en que todo poder público es responsable de los daños y perjuicios causados a los particulares fuera de una relación contractual.

Ahora bien, como particularidad, uno de los sujetos es la Administración, y de ello se deriva que la responsabilidad patrimonial no se regule en el Código Civil sino en otras leyes específicas. Otra cuestión esencial, antes de proseguir es delimitar propiamente la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, diferenciándola de las responsabilidades patrimoniales de otros poderes públicos, como el legislativo y el judicial. En concreto, nos referiremos, antes de proseguir, a la responsabilidad patrimonial por actos de los órganos legislativos; la responsabilidad del poder judicial; y la responsabilidad del Tribunal Constitucional.

En este contexto, la responsabilidad patrimonial por actos de los órganos legislativos tiene lugar cuando la lesión de un particular se deriva de actos legislativos no expropiadores<sup>4</sup>. Así lo recoge la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en el artículo 32 dedicado a los "Principios de la responsabilidad", en particular en su apartado 3, al disponer:

Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

4 Sobre el particular, véase María Consuelo Alonso García. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Marcial Pons, 1999. De la misma autora "La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador frente a los daños derivados de leyes inconstitucionales". *Revista de Administración Pública*, n.º 157, 2002, pp. 215-240.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

(a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4<sup>5</sup>.

(b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5<sup>6/7</sup>.

- 5 El artículo 32.4. de la LRJSP establece:  
"Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada".
- 6 Por su parte, el artículo 32.5. de la LRJSP, dispone:  
"Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:  
(a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.  
(b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.  
(c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares".
- 7 Como afirma Edorta Cobreros Mendazona, en 2015, con la aprobación de la LRJSP, en su preámbulo se señala, en relación al régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que "entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada "responsabilidad patrimonial del Estado Legislador" por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda. De ello, se derivaron muchas voces críticas, lo que daría lugar finalmente a que la Comisión Europea decidiera iniciar un procedimiento contra España, al considerar que tal regulación iba en contra de los principios de equivalencia y efectividad. Fruto del mismo, la sentencia de la Comisión contra España, de 28 de junio de 2022 (C-278/20). Como destaca el autor "el recurso se dirige contra los apartados 3 a 6 del art. 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) –que son los que se refieren a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con una mención expresa al caso de las leyes contrarias al derecho de la Unión Europea–, contra el art. 34.1, párrafo segundo de la misma LRJSP –que es el que establece, para el caso que nos ocupa, la limitación de la indemnización a los daños producidos durante los cinco últimos años– y contra el art. 67.1, párrafo tercero de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, también de 2015) –que es el que dispone que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria es de un año a contar desde la publicación en el Diario

En relación con la responsabilidad del poder judicial se encuentra regulada en el artículo 121 de la Constitución Española (CE) al indicar que "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley". Este precepto encuentra su desarrollo en la propia LRJSP, concretamente en el artículo 32.7, si bien este únicamente se limita a remitir a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que se ciñe, en sus artículos 292 a 297<sup>8</sup>, a reconocer el derecho a una indemnización con cargo al Estado a los perjudicados por los daños causados en cualquiera de sus bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como sería el caso de las dilaciones indebidas o el error judicial; así reconoce el artículo 294 de la LOPJ el derecho a indemnización de quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o cuando por la misma causa se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hubiesen irrogado perjuicios.

En tercer y último lugar, se reconoce la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional, cuestión regulada por el artículo 32.8 de la LRJSP y constreñido a los supuestos de funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad declaradas, a instancia de parte interesada, por el Tribunal Constitucional, en cuyo caso el Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que procedan.

Ahora bien, centrados en la cuestión que ocupa, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y diferenciada esta de figuras afines, es adecuado reconocer que se está ante una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo y del sistema de garantía de los ciudadanos. En

Oficial de la Unión Europea (DOUE) de la sentencia que establece el carácter contrario al derecho de la Unión—. Para la Comisión, por tanto, se trata de un incumplimiento por mantener en el ordenamiento español determinadas disposiciones legales dirigidas, directamente, a la regulación de una concreta obligación dispuesta por el derecho supranacional, cual es la de reparar a los particulares por los daños que les haya ocasionado una ley contraria al ordenamiento europeo. Podríamos decir que se trata de una especie de «metaincumplimiento», pues lo que se enjuicia es una ley que regula la responsabilidad del Estado cuando su legislador ha incumplido el derecho de la Unión que la Comisión considera contraria al derecho de la Unión, precisamente". En Edorta Cobreros Mendazona. "La responsabilidad patrimonial del estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia". *Revista de Administración Pública*, n.º 219, 2022, pp. 21-58 (p. 27).

8 El Título V del Libro III "Del régimen de los Juzgados y Tribunales", está dedicado a regular concretamente "La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia".

este sentido, su fundamento se encuentra, precisamente, en la obligación de la Administración de reparar los daños que sufren los ciudadanos como consecuencia de la actuación administrativa, lo cual tiene lugar mediante la reparación económica.

La importancia de esta figura se constata con su reconocimiento expreso en el artículo 106.2 de la CE, al disponer que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos".

Como se observa, la CE reconoce la responsabilidad patrimonial, lo cual en sí constituye un hito fundamental, pero, a su vez, deja abierta su regulación a la ley, a la que remite expresamente al señalar "en los términos establecidos por la ley". Es, por tanto, la ley la que debe concretar y precisar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Pero no es la única referencia que la CE contiene relativa a la responsabilidad patrimonial. En el contexto competencial, el artículo 149.1.18, al enumerar las competencias exclusivas del Estado, se refiere expresamente, entre otras, al "sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas".

A la luz de la dicción de ambos preceptos de la Carta Magna, se extraen dos conclusiones principales. En primer término, la ley a la que remite el artículo 106.2 de la CE debe ser una ley estatal, por ser una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado. En segundo término, el régimen jurídico que el ordenamiento jurídico debe establecer en relación con la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ha de ser común para todas ellas, esto es, en el marco de las administraciones territoriales que configuran el marco organizativo español; estatal, autonómica y local.

En este contexto, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se regula fundamentalmente en dos leyes: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). De esta forma, mientras la LRJSP se centra en establecer su régimen, en particular en sus artículos 32 a 37, la LPAC se encarga de regular el marco procedimental de la misma, lo cual tiene lugar, no en un o unos preceptos concretos, sino estableciendo especialidades a lo largo del articulado del texto legal con ocasión de la propia regulación del procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de las anteriores que, en esencia, constituyen el corpus normativo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España, también otras normas contienen aspectos concretos como es el caso de la ya citada LOPJ o la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Pues bien, clave resulta la previsión del artículo 32.1 de la LRJSP al fijar que "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

A partir de los anteriores, se pueden establecer algunos de los caracteres generales del sistema de responsabilidad patrimonial, como los siguientes: se trata de un sistema unitario y general; la responsabilidad es directa de la Administración pública; se está ante una responsabilidad objetiva y por funcionamiento normal o anormal de la Administración.

En primer lugar, se señala uno de los caracteres esenciales que definen a nuestro sistema de responsabilidad patrimonial: su condición de sistema unitario y general, en la medida en que se aplica por igual a todas las administraciones. Ha de entenderse incluidas dentro de ellas, de conformidad con el artículo 2 de la LRJSP y el artículo 2 de la LPAC, las administraciones públicas territoriales así como los entes institucionales de derecho público. No obstante, el artículo 35 de la LRJSP amplía el ámbito de aplicación, al fijar que "Cuando las administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".

En segundo lugar, nos encontramos ante una responsabilidad directa de la Administración, en la medida en que es ella la que responde y la que tiene la obligación indemnizatoria que surge de la misma. No se puede considerar responsabilidad del empleado público, incluso en el caso en que el daño lo provoque un funcionario, autoridad o agente de la Administración concreto, la reclamación por responsabilidad se dirige directamente contra la Administración a la que pertenece, en ningún caso contra la autoridad o funcionario responsable. Así se deduce del artículo 36.1 de la LRJSP<sup>9</sup>. Ahora bien, en este punto es adecuado puntualizar, como lo hace la propia LRJSP, algunas cuestiones. Por un lado, que dicha regla general no excluye la responsabilidad del personal cuando actúa con dolo o culposamente, en cuyo

9 El artículo 36 de la LRJSP, está dedicado precisamente a la "Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de las administraciones públicas", disponiendo en su apartado 1 que "[p]ara hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio".



caso la Administración, una vez haya indemnizado al lesionado, acudirá en vía de regreso contra el funcionario o autoridad<sup>10</sup> que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento<sup>11</sup>. Por otro lado, lo antes expuesto cuenta con una importante excepción: los supuestos de responsabilidad civil derivada de un delito<sup>12</sup> cometido por personal de la Administración en ejercicio del cargo, conforme a la previsión del artículo 37.1 de la LRJSP<sup>13</sup> y el propio artículo 121 del Código Penal. En dicho supuesto, la Administración tendrá la condición de responsable subsidiario.

- 10 Véase Gabriel Doménech Pascual. "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2008. De igual forma, sobre la cuestión, particular interés tiene el trabajo de Javier Barcelona Llop. "La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 105, 2000, pp. 37-57.
- 11 Fundamentales en este sentido, los apartados 2 a 5 del artículo 36 de la LRJSP:  
"2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento.  
Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.  
3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia grave.  
4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:  
(a) Alegaciones durante un plazo de quince días.  
(b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.  
(c) Audiencia durante un plazo de diez días.  
(d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.  
(e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.  
5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa".
- 12 Miguel Casino Rubio. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- 13 El artículo 37 regula la "Responsabilidad penal", fijando en su apartado 1 que "La responsabilidad penal del personal al servicio de las administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente".

En tercer lugar, se está ante una responsabilidad objetiva y por funcionamiento normal o anormal de la Administración. Aquí es preciso hacer un matiz, mientras el artículo 106.2 de la CE únicamente se refiere al "funcionamiento de los servicios públicos", el artículo 32.1 de la LRJSP matiza "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". En esta responsabilidad objetiva no se precisa culpa o negligencia, prescindiéndose, por tanto, del elemento subjetivo, lo cual, de facto, supone en el sistema de responsabilidad administrativa de la Administración pública una gran diferencia respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares prevista en el Código Civil, responsabilidad subjetiva basada en la culpa o negligencia, por lo que no se exige, en principio, para que exista la responsabilidad patrimonial de la Administración un determinado grado de culpa o negligencia, pudiendo concurrir la misma incluso en los supuestos en que la actuación haya sido perfectamente legal y diligente.

## 2. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES PARA LA DETERMINACIÓN DE SU CONCURRENCIA

Conforme a las previsiones normativas, para que se produzca la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y, en consecuencia, la obligación de indemnizar, es necesario la concurrencia de tres requisitos esenciales: que la lesión sea resarcible, la imputación del daño y la relación de causalidad.

### – *Lesión resarcible*

En relación con el primero de los requisitos, que se trate de una lesión resarcible, ello se deriva de las previsiones contenidas tanto en el artículo 106 de la CE como en el artículo 32.1 de la LRJSP, en lo que expresamente se recoge la previsión de que para que entre en juego la responsabilidad patrimonial ha de haber tenido lugar una lesión o daño.

A lo anterior, han de añadirse las previsiones de los artículos 32.1 y 34.2 de la LRJSP cuando señalan que ha de tratarse de un daño que quien lo sufra "no tenga el deber jurídico de soportar". En relación con esta cuestión, coincidimos con Vera Jurado, Ávila Rodríguez y Rebollo Puig cuando afirman que a esto se alude afirmando que la lesión ha de consistir en un daño antijurídico "Lo antijurídico no es la actuación administrativa que causa el daño (pues ya sabemos que también puede dar lugar a responsabilidad eventualmente el funcionamiento normal de los servicios públicos, esto es, el comportamiento jurídico o lícito de la Administración). Lo que tiene que ser antijurídico es el daño y este lo será cuando el perjudicado no tenga el

deber jurídico de soportarlo. Para ser más exactos, se trata de que no tenga el deber jurídico de soportar sus consecuencias patrimoniales"<sup>14</sup>.

Por su parte, el artículo 34.1 de la LRJSP afirma que existe el deber jurídico de soportar el daño en casos en los que se haya originado en el funcionamiento normal y diligente de la Administración. De esta forma, el precepto señala que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Es el artículo 32.2 de la LRJSP, el encargado de precisar cómo ha de ser dicha lesión o daño "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas". En este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo español de 13 de octubre de 1998, de 23 de julio de 2001 y de 1 de abril de 2003, confirman que cuando la Ley señala que el daño ha de ser efectivo lo que se quiere decir es que realmente un menoscabo cierto, real y con exclusión de los hipotéticos, potenciales y aleatorios, fruto de meras especulaciones. Por su parte, como precisan, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998 y de 1 de abril de 2003, lo anterior no excluye ni el lucro cesante ni los daños personales y morales. De igual forma reconoce que tampoco excluye la "teoría de la pérdida de oportunidad" que ha posibilitado, entre otras cuestiones, indemnizar supuestos en que un diagnóstico tardío imposibilitó disfrutar de todas las posibilidades de un tratamiento médico que, de haber sido prescrito en su momento, habría dado mayores posibilidades de curación.

#### – Imputación del daño

El segundo de los presupuestos que requiere la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el hecho de que la lesión sea imputable a la Administración (elemento subjetivo), esto es, la imputación del daño, pero, además, ha de tener lugar a título de "funcionamiento normal o anormal" (elemento objetivo).

Y le resultarán imputables a la Administración tanto las actuaciones materiales como la inactividad material, fruto de las acciones u omisiones de su personal, siempre que actúe como tal.

14 Diego Vera Jurado, Carmen María Ávila Rodríguez y Manuel Rebollo Puig. "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública". En Manuel Rebollo Puig y Diego Vera Jurado (dirs.), *Derecho Administrativo. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2018, pp. 249-280 (p. 256).

Otra cuestión conexas es la Administración responsable, lo cual no presentará mayores dificultades en la medida en que lo será aquella que tenga atribuida la competencia. Ello, sin perjuicio de la posibilidad contemplada en el artículo 33 de la LRJSP<sup>15</sup>, relativa a la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas.

– *La relación de causalidad*

Junto a la existencia de una lesión antijurídica y su imputación a la Administración, es precisa la concurrencia de un tercer requisito, esto es, debe existir una relación de causalidad entre el daño y la actuación pública.

Este requisito, en la práctica es el que mayor complejidad representa en su concreción y determinación, principalmente en lo que al nexo causal se refiere. Es más, el nexo causal puede quedar desvirtuado o debilitado en tres supuestos: cuando exista culpa de víctima; cuando concorra culpa de un tercero; o bien cuando exista fuerza mayor. La fuerza mayor es el nexo causal que exonera a la Administración de reparar el daño, conforme prevén tanto el artículo 106.2 de la CE como el artículo 32.1 de la LRJSP.

En este sentido, el Tribunal Supremo opta, por lo habitual, por la teoría de la causalidad adecuada, esto es, la causa debe ser idónea para producir el resultado lesivo. Entre otras tantas resoluciones en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 que distingue entre la causa directa del accidente (en el supuesto de autos la velocidad del motorista) y la causa idónea del daño (el choque del motorista con el "quitamiedos" de la carretera que le ocasiona la pérdida de una pierna).

- 15 Dispone el artículo 33 de la LRJSP: "1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes administraciones públicas.
2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.
3. En los casos previstos en el apartado primero, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente de varias administraciones públicas, será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio.
4. Cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente a la que se refiere el apartado anterior, deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente".

### 3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria resulta, en esencia, de la propia responsabilidad patrimonial de la Administración pública si bien circunscrita a un ámbito concreto, el de la prestación de los servicios sanitarios.

De forma análoga a lo ya indicado con carácter general, cuando se habla de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se está ante la obligación de la Administración de resarcir económicamente por los daños y perjuicios sufridos por un particular, en este caso paciente, que resulten como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida por el servicio público de salud, esto conecta, con la actividad prestacional de la Administración, entre cuyos máximos exponentes se encuentra la prestación sanitaria<sup>16</sup>.

Su reconocimiento jurídico proviene del propio artículo 106.2 de la CE que reconoce el derecho de los particulares a recibir una indemnización por toda lesión sufrida en sus bienes y derechos, salvo en los supuestos de fuerza mayor, y siempre que la lesión sea, conforme al texto constitucional, consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Su desarrollo legislativo, como también se ha tenido ocasión de analizar, se encuentra en lo fundamental en la LRJSP.

Ahora bien, cuando nos referimos a la responsabilidad patrimonial sanitaria existen otras normas relevantes para la concreción y exigencia de la misma<sup>17</sup>. En este sentido, el propio artículo 43 de la CE configura la asistencia sanitaria como un servicio público. Como señala Mir Puigpelat, "la propia concepción constitucional de la Administración pública española se vincula

16 Autores como Larios Risco han conceptualizado la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria como la "obligación de resarcir económicamente los daños y perjuicios sufridos por un paciente como consecuencia directa de la asistencia sanitaria recibida en un centro dependiente del Sistema Nacional de Salud (SNS)". En David Larios Risco. "Casos de responsabilidad de la Administración Sanitaria". *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad*, 2012, p. 4. Disponible en [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500638/n6-5\\_CASOS\\_RESPONSABILIDAD\\_PATRIMONIAL.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500638/n6-5_CASOS_RESPONSABILIDAD_PATRIMONIAL.pdf).

17 En particular, se ha de atender a las distintas regulaciones que conforman el Sistema Nacional de Salud español. Entre las principales normas, destacar:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE n.º 102, de 29/04/1986).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE n.º 274, de 15/11/2002).
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE n.º 128, de 29/05/2003).
- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE n.º 178, de 27/07/2006).

de forma esencial al sometimiento a responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar<sup>18</sup>.

Además, otras singularidades de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario vienen dadas por el hecho de que la consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público es la lesión, como exige el artículo 32.1 de la LRJSP, pero que puede afectar a derechos de las personas protegidos como derechos fundamentales por la CE. No en vano, dicha lesión puede afectar al derecho a la vida o a la integridad física, protegidos por el artículo 15 de la CE, o el propio derecho a la salud.

En este sentido, algunos autores, como Rodríguez López<sup>19</sup>, entienden que para que la lesión sea indemnizable ha de tratarse de un daño efectivo, esto es, cierto y ya producido, pudiendo ser el mismo un daño material, como lo es la propia pérdida de salud, o un daño moral. En relación con lo anterior, Villar Rojas<sup>20</sup> apunta que su aplicación en el servicio público de asistencia sanitaria no supone ninguna singularidad.

El daño debe ser un daño antijurídico, es decir, un daño que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar. Y a colación de lo anterior es preciso matizar que, si bien la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es, como ya se ha dicho, una responsabilidad objetiva, por parte de los tribunales se atiende al criterio de la *lex artis* como esencial para determinar la antijuricidad del daño en materia sanitaria, modulando la responsabilidad en el ámbito sanitario. En síntesis, lo que viene a determinar este criterio es que a los servicios de salud no se les podrá exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria y atendiendo al estado de conocimiento de la ciencia médica.

Son múltiples las resoluciones judiciales en este sentido. Sin carácter exhaustivo, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 (n.º rec. 3629/2005)<sup>21</sup>, señala que

[...] supuestos de actuaciones médicas conformes con la 'lex artis' en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso.

18 Pedro Rodríguez López. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Madrid: Bosch, 2004, p. 203, citando a Oriol Mir Puigpelat. "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 101, 1999, pp. 141-146.

19 *Ibidem*, p. 217.

20 Francisco José Villar Rojas. *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*. Barcelona: Praxis, 1996, p. 49.

21 ECLI:ES:TS:2009:7734.

Si bien, en esencia, los requisitos para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria son los previstos con carácter general para la responsabilidad patrimonial, es adecuado precisar algunos matices que la propia jurisprudencia ha ido concretando. En este sentido, entre otras tantas, recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (n.º rec. 2396/2014)<sup>22</sup>, en primer lugar, cuando recuerda los caracteres propios del sistema de responsabilidad patrimonial:

[...] un sistema de responsabilidad patrimonial: (a) unitario: rige para todas las administraciones; (b) general: abarca toda la actividad –por acción u omisión– derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; (c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; (d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y (e) tiende a la reparación integral.

Precisando, a continuación, según su tenor literal, la "reiteradísima jurisprudencia, cuya cita resulta innecesaria por ser doctrina constante, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración", enumera los requisitos precisos para su concurrencia:

- (a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- (b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- (c) Ausencia de fuerza mayor.
- (d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Para concluir, reconoce la concurrencia de todos los requisitos en el supuesto de autos, es decir, la existencia de responsabilidad de la Administración

22 ECLI:ES:TS:2016:2289.

sanitaria demandada, e introduce, como nos detendremos a continuación, como todo ello lo hace bajo la perspectiva de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la medida en que existe un daño antijurídico que no existe el deber de soportar por el paciente afectado en el caso objeto de enjuiciamiento.

Por su carácter reciente, es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2023 (n.º rec. 708/2021)<sup>23</sup>, en la que además se contienen remisiones a otros pronunciamientos del alto tribunal en relación con la cuestión. De esta forma, la meritada resolución judicial, recuerda que

En materia de responsabilidad sanitaria hemos de partir de lo señalado por la jurisprudencia en cuanto "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS de 16 de marzo de 2005, rec. 3149/2001) o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso. En concreto, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo afirmó que "La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y esto es, precisamente, lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugería, desde el punto de vista médico, la evolución del cuadro médico que presentaba el paciente" (STS del 18 de julio de 2016, rec. 4139/2014).

En definitiva, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración sanitaria, sin perjuicio de los requisitos exigidos con carácter general al sistema de responsabilidad patrimonial previsto en el ordenamiento jurídico español, atiende, por su particularidad, a que se está ante una obligación de medios y no de resultados, consecuencia de la cual no tendrá la consideración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando por la misma se hubiesen empleado todos los medios adecuado, esto es, a la Administración sanitaria no se le puede exigir más que ejecute correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria.

23 ECLI:ES:TSJAS:2023:403.



#### 4. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Como se apuntaba con anterioridad, uno de los principales problemas que en la práctica jurídica tiene lugar es la determinación de la relación de causalidad o nexo causal, que debe quedar acreditada para el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A partir de lo anterior, y en lo que al presente trabajo ocupa, la denominada "doctrina de la pérdida de oportunidad" es en realidad una construcción dogmática cuya pretensión es resolver los supuestos en que no ha quedado acreditada de manera indubitada la relación de causalidad. La doctrina administrativista, así como la jurisprudencia han dedicado un buen número de páginas a su análisis y concreción.

Como punto de partida y para ponernos en situación, resulta muy esclarecedora la referencia que de manera sintetizada emplea Luna Yerga en relación con la doctrina de la pérdida de oportunidad. En este sentido, el autor afirma que "Cuando conforme a las reglas sobre carga de la prueba no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero existe una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida, la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas"<sup>24</sup>.

Y es que, siguiendo al propio autor, esta doctrina tiene su referente en el ámbito de las responsabilidades patrimoniales de la Administración sanitaria, justificado, principalmente por "La dificultad de la prueba del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria, motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados"<sup>25</sup>.

Consecuencia de lo anterior, y pese al carácter de responsabilidad objetiva reconocida a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivada del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, en el caso que ocupa, el sanitario, y salvo causas de fuerza mayor o intervención de un tercero, la jurisprudencia reconoce el conocido criterio de la *lex artis*

24 Álvaro Luna Yerga. "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2005, p. 1.

25 *Ibidem*, p. 2.

como modulador de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de las prestaciones sanitarias.

Ahora bien, como singularidad, el daño, conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidad, no viene dado por el resultado final, sino por la "reparación" de la oportunidad de recuperación que se pierde. Como lo señala Gallardo Castillo, precisando la particularidad que presenta la aplicación de la pérdida de oportunidad en contraposición con la propia responsabilidad patrimonial, generalmente entendiendo que "Como en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, una de las condiciones necesarias –aunque no suficiente– es el hallazgo del daño, entendido éste como todo detrimento patrimonial o menoscabo de todo interés que integra la esfera del actuar lícito de un sujeto"<sup>26</sup>, a partir de lo cual, precisa la autora con magisterio como "En los supuestos de pérdida de oportunidad, según lo que acaba de afirmarse, el daño es la "chance", la oportunidad misma, entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. Por lo tanto, el daño no aparece constituido por el resultado final (ej. empeoramiento de la salud) sino por la frustración misma de la esperanza probable (ej. de curación o de mejorar"<sup>27</sup>. A colación de lo cual cita a Trigo Represas, quien afirma que "la oportunidad misma que se pierde es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad. Por ello, el daño no es la lesión finalmente producida sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar el resultado pretendido"<sup>28</sup>. De igual forma, la autora recoge lo manifestado por Zavala de González en el sentido de que "la pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable.

26 María Jesús Gallardo Castillo. "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, pp. 35-66, p. 40.

27 *Ibidem*, p. 40.

28 Félix A. Trigo Represas. *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación, cuantificación*. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 263.

Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediadamente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado<sup>29</sup>.

A la vez que, centrado en la doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2023 (n.º rec. 708/2021)<sup>30</sup>, se encarga de precisar que

Señalaremos la doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad, tal y como la estableció la STS de 6 de febrero de 2018 (rec. 2302/2016): "Centrado el debate en determinar si puede considerarse que en el caso de autos existe un supuesto de pérdida de oportunidad, debemos comenzar por recordar que la Jurisprudencia de esta Sala, ya desde los años noventa del pasado siglo, ha venido admitiendo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de las administraciones públicas, la posibilidad de que se pueda acceder a la declaración de dicha responsabilidad, no solo por el hecho que se haya omitido la 'lex artis ad hoc' que requería la asistencia sanitaria prestada a un ciudadano por los servicios sanitarios, que es el parámetro de determinar la antijuridicidad en este ámbito de la institución indemnizatoria. Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la 'lex artis' o la concurrencia de la misma, con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización, es el supuesto de la pérdida de oportunidad que, como recuerda la sentencia de 13 de enero de 2015 (recurso de casación 612/2013), con cita abundante, 'la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo [...] configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio'" [...].

## 5. LA PROBLEMÁTICA DISCREPANCIA EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD POR LOS TRIBUNALES

Precisamente, sustentado en que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, la problemática que se muestra es la necesidad de que se establezca una doctrina jurisprudencial unificada que evite situación de indefensión o desigualdad en la aplicación de la misma ante situación análogas o similares.

29 Matilde Zavala de González. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 274.

30 ECLI:ES:TSJAS:2023:403.

Se ha de partir del ya señalado carácter de construcción dogmática que caracteriza a la doctrina de la pérdida de oportunidad cuyo fundamento viene dado por solventar aquellos supuestos en que, si bien no se entiende que se haya acreditado de manera absoluta la relación de causalidad –precisamente este requisito de la responsabilidad patrimonial es el que mayor problemática presenta en la práctica, en la medida en que la carga de la prueba de dicha relación de causalidad debe ser probada por el sujeto que reclama una indemnización ante el órgano jurisdiccional competente–, se trata de indemnizar esa privación que tiene lugar en el paciente ante determinadas expectativas de curación o incluso de supervivencia que se ven frustradas, a la luz de la ciencia médica, y que deben ser indemnizadas. Ahora bien, precisamente por su singularidad, dicha indemnización tiene lugar en cuantía inferior a la que podría haber correspondido si hubiese concurrido la relación de causalidad y, por tanto, el reconocimiento pleno de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. En estos supuestos, si bien es cierto que la relación o nexo de causalidad está presente, no lo está de manera absoluta e irrefutable sino con un alto grado de probabilidad, lo cual constituye, precisamente, el fundamento de su existencia.

A colación de lo anterior, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018 (n.º rec. 2820/2016)<sup>31</sup>, que, con remisión a la sentencia de 24 de noviembre de 2009 (n.º rec. 1593/2008)<sup>32</sup>, recuerda cómo

[...] La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. 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, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente (FD 7º).

31 ECLI:ES:TS:2018:1096.

32 ECLI:ES:TS:2009:7527.

O, a mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 (n.º rec. 4229/2011)<sup>33</sup>, en la que de manera sistemática se indica que la doctrina de la pérdida de oportunidad:

[...] "existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma". En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad ("un régimen especial de imputación probabilística", atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: sentencia del 16 de enero de 2012).

Es la propia privación de expectativas la que se considera un daño antijurídico, así lo vino a reconocer la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012 (n.º rec. 4598/2011)<sup>34</sup>, al indicar que "La privación de expectativas constituye un daño antijurídico, puesto que aunque la incertidumbre en los resultados en consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias. A que no se produzca una 'falta de servicio' (STS de 7/2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de 'defecto de pericia y pérdida de actividad' (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)" (sic).

También la doctrina ha dedicado numerosos estudios a la cuestión. Destacar la concreción realizada por Xiol Ríos, citado por Fierro Rodríguez<sup>35</sup>, en torno a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Así señalaba con ocasión del XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona que, "[...] en efecto, su virtualidad se limita a determinados supuestos en los cuales el nexo de causalidad se presenta con un grado de probabilidad razonable, pero no suficiente para tener por producido el resultado dañoso consistente en la pérdida de un beneficio o para atribuirlo al agente"<sup>36</sup>, pero abundando además en los presupuestos necesarios para aplicar la regla, estos son, según el autor:

(a) Concepto-válvula. Es una cláusula de cierre para poder concretar la solución en determinados casos problemáticos en lo que a la prueba de la causalidad se refiere.

33 ECLI:ES:TS:2012:8548.

34 ECLI:ES:TS:2012:7401.

35 Diego Fierro Rodríguez. "Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad". *Blog El Jurista*, 2016. Disponible en <https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/>

36 Juan Antonio Xiol Ríos. "La aplicación práctica de la doctrina de la pérdida de oportunidad". *XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona*, Colegio de Abogados de Barcelona, 2016.

(b) Límite superior y límite inferior. Existen unos límites en lo que respecta a la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad. Debe tenerse presente que el límite inferior será aquel en el que ya comenzará a ser poco probable que, en el caso de haberse obrado de otra manera, se habría evitado el resultado y que el límite superior se referirá a aquel en el que haya claridad sobre la prueba de la relación de causalidad.

(c) Situación de incertidumbre causal. Si hay certeza sobre la relación de causalidad por haber sido acreditada, no se podrá aplicar la doctrina de la pérdida de la oportunidad. Por eso, se necesita, para aplicar esa regla, que la causalidad no haya sido probada contundentemente.

(d) Criterio de proporcionalidad. La cuantía de la indemnización deberá ser, en todos los casos en los que se aplique la doctrina de la pérdida de la oportunidad, proporcionalmente reducida conforme a la probabilidad de producción del daño<sup>37</sup>.

Pues bien, precisamente dos de estos presupuestos señalados por el autor son los que se entiende sería adecuado que unifique la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la disparidad que en su aplicación práctica se observa, lo cual se deriva de la propia puesta en común de diferentes sentencias, provenientes, en lo esencial, de Tribunales Superiores de Justicia, pero también del propio Tribunal Supremo. Nos referimos a la precisión de criterios en relación al límite superior e inferior, así como al criterio de proporcionalidad.

Resulta fundamental determinar unos límites tanto superiores como inferiores y unos criterios de proporcionalidad que eviten que puedan tener lugar, en ocasiones, situaciones similares con resultados contrarios. A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de febrero de 2017 (n.º rec. 2795/2015)<sup>38</sup>, que reconoce la concurrencia de la pérdida de oportunidad en el asunto que resuelve (en ella se solicita una indemnización "por daños causados como consecuencia de la deficiente atención sanitaria prestada a la recurrente que presentaba una afectación a su nervio medio causado por un corte fortuito en la cara anterior de su antebrazo izquierdo que fue detectada de forma tardía generando con ello padecimientos crónicos a la paciente", tras lo cual se centra en determinar la incidencia que dicha pérdida de oportunidad tenía en la valoración del monto indemnizable por dicho perjuicio de orden moral o inmaterial, lo que califica la propia resolución judicial como "difícilmente cuantificable, distinto del daño físico constatable". Y precisa la misma providencia que se está ante "un daño moral que debe ser indemnizado, y que no puede alcanzar toda la extensión del daño físico, puesto que de lo contrario se produciría un exceso de

37 *Idem*.

38 ECLI:ES:TSJAND:2017:2039.

indemnización por conceptos que no integra la responsabilidad patrimonial, que ha de fijarse, dada la dificultad de valoración del daño moral, siguiendo los criterios establecidos jurisprudencialmente (por todas la STS de 27 de diciembre de 2011)", abundando en que "La pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo [STS de 3 de julio de 2012, (RC 6787/2010)". En el asunto objeto de controversia, por parte del demandante se solicitaba una indemnización por importe de 312.809 euros, sin embargo, finalmente la sentencia, que resulta estimatoria parcialmente, reconoce una cantidad de 6000 euros. En una escala de 0-100 puntos, conforme a los citados límites máximos y mínimos, ello representa prácticamente una inexistencia de daño, pues se cuantifica en menos de dos puntos. Lo que se reconoce en la sentencia es un daño moral que sí entiende debe ser indemnizado pero, en sus propias palabras "no puede alcanzar toda la extensión del daño físico, puesto que de lo contrario se produciría un exceso de indemnización por conceptos que no integra la responsabilidad patrimonial, que ha de fijarse, dada la dificultad de valoración del daño moral".

Parece adecuado que por la jurisprudencia, si bien no se puede obviar la dificultad incluso la inviabilidad e improcedencia en la medida en que es la concurrencia de circunstancias concretas las que determina su aplicación, se lleve a cabo una cierta unificación doctrinal, correspondiéndole ello al Tribunal Supremo, en aras de concretar y establecer un marco que dote de mayor seguridad jurídica al paciente. Unificación doctrinal que podría venir dada por fijar unos límites superiores e inferiores, o la concreción de criterios para su determinación, así como la inclusión del criterio de proporcionalidad, a efectos de su cuantificación, cuantificación que, en esencia, constituye el objeto de la responsabilidad patrimonial, así como, por extensión de la propia doctrina, la de la pérdida de oportunidad.

Si bien es cierto que se observa, sobre el particular, como la doctrina del Tribunal Supremo ha ido perfilando las reglas. En este sentido, se desprende de la propia sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (n.º rec. 2396/2014), en particular cuando establece:

La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado [...] a la hora de valorar el daño así causado, hay que partir de dos elementos o sumandos 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 éste mismo [...]. Antes expusimos de forma razonada que ciframos esa probabilidad en, al menos, un 50 por ciento [...].

Sin embargo, y pese a ello, no termina de unificarse un criterio jurisprudencial que resulte lo más objetivo posible –siempre acorde y conscientes del contexto en el que nos manejamos– que garantice la siempre necesaria seguridad jurídica. En definitiva, tanto la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo como las diferentes salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas vienen admitiendo la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, aplicando la “culpa” del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos, la única causa, pero sí cuando ha conllevado una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o tratamiento más temprano.

De esta forma, del propio análisis de la doctrina jurisprudencial destaca la relación de esta doctrina con la valoración del perjuicio real, el valor del interés destruido, que a efectos indemnizatorios supone que se indemniza, no el daño final sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado.

Así, del análisis y puesta en común de la diversa y múltiple jurisprudencia vigente, resulta que sería adecuado sistematizar criterios que posibiliten cuantificar de forma equitativa y justa los supuestos en que concurre la reiterada pérdida de oportunidad, pues de lo contrario pueden tener lugar resoluciones contradictorias, incluso casos en los que ante supuestos con cierta analogías, las indemnizaciones reconocidas pudieran ser sustancialmente diferentes.

De ahí, como sostenemos en el presente trabajo la necesidad de precisar no ya el concepto doctrinal de qué ha de entenderse por “pérdida de oportunidad”, cuestión ya dilucidada y precisada por la doctrina y por la propia jurisprudencia, sino de sistematizar criterios de valoración en los supuestos en los que se aplica este concepto y poder de esta forma contar con criterios más uniformes o, al menos, más equitativos en las cuantías indemnizatorias.

Simplemente, a modo de ejemplo, y con el fin de justificar la cuestión expuesta, basta tomar como referente algunas resoluciones judiciales, en las que, reconocida la concurrencia de la pérdida de oportunidad, difiere, en ocasiones, de manera apreciable, el porcentaje en el que se cuantifica la pérdida de oportunidad:

– Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (n.º rec. 2396/2014)<sup>39</sup>. La cuestión objeto de controversia y de la consiguiente reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración venía dada por “las graves lesiones sufridas” por el hijo de los demandantes, “consecuencia de la defectuosa asistencia médica dispensada en el parto y el nacimiento del niño”. El Tribunal Supremo reconoce una errónea valoración de la prueba por la sen-

39 ECLI:ES:TS:2016:2289.



tencia de instancia, que conduce a un resultado ilógico, como es la corrección de la 'lex artis' en el presente caso, pues cabe constatar que la pérdida de oportunidad para el feto al haberse omitido una conducta terapéutica, la cesárea inmediata, que estaba indicaba, y que hubiera conducido muy probablemente a un resultado distinto y menos adverso". Se cuantifica por la demandante la responsabilidad patrimonial en el montante de 550.000 euros y se establece una indemnización a tanto alzado de 200.000 euros. Representa en términos porcentuales un 36,36% la cuantificación de la pérdida de oportunidad con respecto a la responsabilidad patrimonial en sentido propio.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (n.º rec. 4981/2011)<sup>40</sup>. La meritada resolución reconoce como razonamiento jurídico el relativo a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia, acordando reducir al 50% la cuantía indemnizatoria, aplicando para ello la jurisprudencia formada sobre la "pérdida de oportunidad" y con remisión a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (n.º rec. 579/2011)<sup>41</sup> recuerda que "[...] la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de 'pérdida de oportunidad' [...] se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmararlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias".

Atendiendo a lo anterior, la meritada resolución judicial, recuerda que "no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aun cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros". La información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad", por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no. Y reduce a 110.000 euros la indemnización inicialmente concedida (220.000) "al ser contraria a nuestra doctrina la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afectan a la cuantificación. Si la Sala da por acreditado pocas probabilidades de curación, tal factor debe ser tenido en cuenta"; y finaliza indicando que "la decisión de la Sala 'a quo'

40 ECLI:ES:TS:2012:7878.

41 ECLI:ES:TS:2012:4530.

de atemperar el importe de la indemnización es plenamente conforme con nuestra jurisprudencia sobre la pérdida de la oportunidad. Sin que tampoco el porcentaje escogido (50 por ciento) pueda considerarse arbitrario [...]”.

No obstante, la falta de un criterio jurisprudencial conlleva en la práctica que la atemperación en el importe de la indemnización tenga extremos (tanto al alza como a la baja) que, en ocasiones, pueden dejar en entredicho el principio de proporcionalidad. Sirva a modo de ejemplo algunas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y las diferentes aplicaciones de dicha atemperación que en ocasiones incluso es una cifra a tanto alzado y en otras un porcentaje sobre la cuantificación del daño. En dicho sentido, se señalan a continuación algunas resoluciones judiciales:

– Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 2013 (n.º rec. 187/2011)<sup>42</sup>. El objeto de la reclamación viene dado porque, según se recoge en los antecedentes de hecho, “los funcionarios del Centro Penitenciario [...] habían fallado a la hora de tramitar adecuadamente el traslado del actor a un centro hospitalario, después de que hubiese sufrido un accidente cerebro vascular o ictus en la arteria central media (ACM). Dicho retraso le había provocado hemiplejia (paralización) en la mitad izquierda de su cuerpo, pérdida del habla y multitud de secuelas, de las que no había llegado a recuperarse por completo tras cinco meses de ingreso hospitalario”. La sentencia, que desestima las pretensiones de la actora, acepta la indemnización otorgada por el Ministerio de Interior por “pérdida de oportunidad”, cuantificada en 1/3 de la valoración del daño. En términos porcentuales, un 33,33%.

– Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sede de Valladolid, de 17 de marzo de 2017 (n.º rec. 127/2016)<sup>43</sup>. El caso objeto de *litis* se fundamenta en, conforme lo señala la actora, “una transgresión de la *lex artis ad hoc* por falta de la diligencia debida en la atención al parto instrumental por ventosa [...], pues la situación y circunstancias concurrentes –cesárea anterior urgente por No Progreso del Parto, fiebre intraparto, fase de dilatación de evolución tórpida, período expulsivo prolongado y presentación en II y III plano Hodge– proscribían el parto instrumental por ventosa y hacían necesaria la cesárea urgente, que no se realizó, resultando su hijo [...] con parálisis branquial obstétrica (C5-C6-C7) severa, completa y de larga evolución [...] que dichas secuelas fueron consecuencia de un mal uso de la ventosa sobre la cabeza fetal durante el parto [...]”. En su detallada argumentación, la sentencia recuerda que “La cuantificación de la indemnización, atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio

42 ECLI:ES:AN:2013:4969.

43 ECLI:ES:TSJCL:2017:1039.

sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el grave cuadro que, como consecuencia del sufrimiento fetal padecido durante el parto, presenta el menor [...]. Y prosigue, en lo que al caso concierne, indicando que "teniendo en cuenta la ya expuesta doctrina sobre pérdida de oportunidad caracterizada por la incertidumbre de que la actuación médica omitida –en este caso la cesárea de urgencia, que también conlleva sus propias complicaciones– pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del menor, exigiéndose que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional o excepcional, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad –en este caso, alto– de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste –severo–, sin olvidar que con arreglo a esta doctrina el daño indemnizable 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 una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja al daño moral que es el concepto indemnizable y no el de las secuelas– [...]. Los anteriores razonamientos, llevan al Tribunal a estimar parcialmente la demanda y frente a una indemnización por responsabilidad patrimonial cuantificada en 304.999,80 euros, fija la cantidad a tanto alzado por el daño indemnizable con arreglo a la doctrina de la pérdida de oportunidad en 147.500 de euros. En términos porcentuales, lo anterior representa un 48,36%.

– Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sede Zaragoza, de 17 de febrero de 2017 (n.º rec. 275/2015)<sup>44</sup>, en la que el objeto de la controversia viene dado por la reclamación de responsabilidad patrimonial "por la deficiente atención médica prestada al actor según los hechos expuestos, que ocasionaron un error de diagnóstico que dio lugar a la pérdida del testículo del reclamante" en la que con estimación de la demanda y frente a una cuantificación indemnizatoria de 49.419,48 euros, más los interés legales, la Sala entiende que concurre la doctrina de la pérdida de oportunidad, cuantificando el daño en el 100% de la cantidad.

Resulta significativo traer a colación el F.J. cuarto de la meritada sentencia, que recuerda:

En definitiva, se ha producido la pérdida de oportunidad cuyas consecuencias no pueden determinarse con seguridad pero que obligan a indemnizar a

44 ECLI:ES:TSJAR:2017:147.

quien no debe soportar el daño causado. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada: "Con cita de jurisprudencia anterior, esta Sala y Sección en sentencia de 16 de febrero de 2011, rec. Casación 3747/2009, dice que la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia 'pérdida de oportunidad' se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias".

Como se ha expuesto, de haberse adoptado las precauciones debidas con la realización de las pruebas pertinentes, se hubiera asegurado el diagnóstico y con ello un tratamiento que hubiera permitido la curación, o minimizar el daño sufrido, o confirmarlo sin responsabilidad para la Administración. Es la probabilidad de mejor curación la que la jurisprudencia permite indemnizar a pesar de la incertidumbre del resultado pues esto último, en todo caso, puede producir una moderación en su cuantía. Moderación que en este caso no procede por las razones indicadas.

En estos casos esta Sala (sentencias de 16 de septiembre de 2013, recurso 100/2010, y de 9 de junio de 2016, recurso 212/2013) siguiendo criterios similares de otros tribunales y teniendo en cuenta todos los factores señalados, ha fijado indemnizaciones de 50.000 euros, que, en este caso, en atención al principio de congruencia, se debe concretar en la cantidad reclamada tanto en vía administrativa como en el recurso contencioso administrativo, de 49.149,48 euros. Cantidad que deberá ser incrementada en el interés legal desde la fecha de la primera reclamación (28 de noviembre de 2014), hasta su completo pago".

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede Sevilla, de 9 de diciembre de 2016 (n.º rec. 401/2015)<sup>45</sup>. La meritada sentencia resuelve una reclamación de responsabilidad patrimonial sustentada, en síntesis, en los daños sufridos por la recurrente, el cual tras sentirse indispuerto en su puesto de trabajo y acudir al médico de empresa, quien le remite de manera inmediata a urgencias; sin embargo, en el servicio de urgencias del hospital al que acude, tras diagnosticarle dolor mecánico, le dan el alta y lo remiten a su médico de cabecera. En los días posteriores, continúa sufriendo molestias, hasta el momento de sufrir "un síncope, con incontinencia y falta de respiración", siendo trasladado a la UCI, donde se le diagnostica "infarto agudo de miocardio inferior posterior lateral

45 ECLI:ES:TSJAND:2016:9404.

con necrosis y lesión subepicárdica", consecuencia de lo cual le queda como secuela lesión encefálica irreversible con importantes secuelas neurológicas. Una de las controversias que se plantean es la determinación del montante de la indemnización conforme a la valoración de incapacidades (que realiza la actora) o al de indemnizaciones por accidentes de tráfico (que reclama la aseguradora de la Administración demandada), criterio este último que, al entender de la Sala, es el aplicable y que lleva a moderar la cantidad inicial solicitada por la demandante, moderando dicha cifra y reduciéndola en un 50%, por lo que finalmente la cuantificación de los daños queda fijada en el 50% de la cantidad reclamada por el demandante.

También es ilustrativa la expresa mención que contiene esta resolución judicial, cuando recuerda:

Ciertamente el problema es la traducción a números de esa indemnización por daño moral, en definitiva, el dolor que ha de producir el saber que las cosas, sin que haya certeza, podrían haber sido de otro modo en caso de emplearse esos medios omitidos, que es en lo que consiste esa pérdida de oportunidad.

Se trata de establecer una indemnización por justa estimación. Y la Sala entiende que el efecto resarcitorio puede lograrse, dentro de las limitaciones que supone la aplicación de un baremo como el del seguro obligatorio de la Ley del Automóvil, que representa la capacidad de respuesta del sistema ante el infortunio, mediante un porcentaje aplicado sobre la parte de indemnización que correspondería en caso de que el fallecimiento hubiese sido el daño ligado causalmente a la omisión médica.

En cuanto al porcentaje debe tener en cuenta la efectiva pérdida de oportunidad en la que se ha traducido la mala práctica médica. Al respecto, teniendo en cuenta que corresponde a la demandada, que es quien está en condiciones de hacerlo, la prueba de que los hechos habrían sucedido del mismo modo, o, con datos propios de su organización, alumbrar algo acerca de la probabilidad de supervivencia, ante la total falta de pruebas, tenemos que acudir al criterio general de repartir las consecuencias dañosas entre la actuación médica y el carácter azaroso de la salud y la vida en general al 50%, con fundamento en los distintos preceptos del Código Civil cuando se trata de asignar cuotas y no hay prueba que permitan un reparto distinto.

En síntesis, esta jurisprudencia menor que se trae a colación no es más que un mero ejemplo de las múltiples resoluciones judiciales que por parte de diferentes salas de los Tribunales Superiores de Justicia se vienen fallando para cuantificar el concepto de *pérdida de oportunidad*. Y este hecho enfatiza más si cabe en la necesidad de articular una jurisprudencia unificadora capaz de, atendiendo a los diferentes límites y probabilidades concurrentes, homogeneizar la cuantificación que en concepto de daños morales por pérdida de

oportunidad vienen aplicando los juzgados y tribunales, y evitar sentencias en que se adoptan criterios dispares en diferentes Tribunales Superiores de Justicia pero también dentro de los propios Tribunales Superiores de Justicia de algunas Comunidades Autónomas. Todo ello, en definitiva, puede generar consecuencias lesivas para quienes ya han sufrido o vienen sufriendo la carga de una enfermedad por la concurrencia de la *lex artis* que, si bien no ha quedado totalmente probada, sí se reconoce un importante componente de probabilidad que comporta la consecuencia de que el resultado hubiese sido distinto de resultar aplicada aquélla.

## CONCLUSIONES

Cuando se habla de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública ninguna duda cabe de que se está ante una de las instituciones fundamentales del Derecho administrativo en el ordenamiento jurídico español. El ciudadano tiene el derecho, y la Administración el consiguiente deber, de ser resarcido por cualquier daño que sufra cuando este resulta de la actuación o funcionamiento, sea normal o anormal, de la Administración pública.

Ahora bien, lo anterior tiene importantes matices, precisamente por la amplitud de situaciones en las que se plantea. Una de las más relevantes, por el número de asuntos en los que se produce, es la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. En concreto, y en lo que en el presente trabajo se aborda, la aplicación de lo que es una construcción jurisprudencial para determinar y concretar la responsabilidad patrimonial en este ámbito de la Administración, como lo es la doctrina de la pérdida de oportunidad.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, requiere de la concurrencia de unos requisitos. La relación o nexo de causalidad es en la práctica el que mayores problemáticas representa, fundamentalmente por la dificultad que en no pocas ocasiones representa la prueba de aquélla. Y es aquí donde la doctrina de la pérdida de oportunidad adquiere protagonismo, desde el entendimiento de que cuando conforme a las reglas previstas para acreditar la carga de la prueba, que recae sobre quien reclama la reiterada responsabilidad patrimonial, no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero, sin embargo, sí se reconoce que existe una probabilidad relevante de que el daño no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida, la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas, consecuencia de lo cual, surge la obligación de indemnizar por el daño sufrido.

Ahora bien, el reconocimiento de la concurrencia de la doctrina de la pérdida de oportunidad requiere que se advierta la existencia de determinados

presupuestos, fundamentales para su determinación. Y es en este punto donde se entiende adecuado que la jurisprudencia se pronuncie fijando una doctrina que posibilite unificar los límites mínimos y máximos, en la actualidad ponderados en una escala de cero a cien, y en concurrencia con el criterio de la proporcionalidad. En este sentido, un porcentaje próximo a cero se traduce en la práctica inexistencia del resultado dañoso, lo cual poco sentido tiene, si se reconoce que se ha producido tal daño para el perjudicado.

Pero, a mayor abundamiento, la disparidad de criterios que, en su aplicación práctica por los diferentes tribunales, viene teniendo lugar, hace si cabe más necesario que el Tribunal Supremo unifique doctrina que posibilite, sin soslayar la gran casuística que en esta materia tiene lugar, precisar o concretar unos criterios más precisos con la finalidad esencial de otorgar la preceptiva seguridad jurídica al ciudadano que resulta perjudicado por la actuación administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Ávila, Juan Manuel. "La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 126, 2005.
- Alonso García, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Alonso García, María Consuelo. "La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del estado legislador frente a los daños derivados de leyes inconstitucionales". *Revista de Administración Pública*, n.º 157, 2002.
- Barcelona Llop, Javier. "La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 105, 2000.
- Casino Rubio, Miguel. *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. "La responsabilidad patrimonial del estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia". *Revista de Administración Pública*, n.º 219, 2022.
- Doménech Pascual, Gabriel. "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2008.

- Fierro Rodríguez, Diego. "Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad". *Blog El Jurista*, 2016. Disponible en <https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/>.
- Gallardo Castillo, María Jesús. "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015.
- Larios Risco, David. "Casos de responsabilidad de la Administración Sanitaria". *Unidades Docentes de la Escuela Nacional de Sanidad*, 2012. Disponible en [http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500638/n6-5\\_CASOS\\_RESPONSABILIDAD\\_PATRIMONIAL.pdf](http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500638/n6-5_CASOS_RESPONSABILIDAD_PATRIMONIAL.pdf).
- Luna Yerga, Álvaro. "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2005.
- Mir Puigpelat, Oriol. "Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 101, 1999.
- Rodríguez López, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Madrid: Bosch, 2004.
- Trigo Represas, Félix A. *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación, cuantificación*. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- Vera Jurado, Diego, Ávila Rodríguez, Carmen María y Rebollo Puig, Manuel. "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública". En Rebollo Puig, Manuel y Vera Jurado, Diego (dirs.); Rebollo Puig, Manuel y Carbonell Porras, Eloísa (coords.). *Derecho Administrativo. Régimen jurídico básico y control de la Administración*, 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2018.
- Villar Rojas, Francisco José. *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*. Barcelona: Praxis, 1996.
- Xiol Ríos, Juan Antonio. "La aplicación práctica de la doctrina de la pérdida de oportunidad", *XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona*, Colegio de Abogados de Barcelona, 2016.
- Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.