



Responsabilidad jurídica médica

Agustín Borja Pozo
Juan Antonio García Amado

Responsabilidad

j u r í d i c a m é d i c a

Responsabilidad jurídica médica

AGUSTÍN BORJA POZO
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
(COORDINADORES)

Responsabilidad jurídica médica

© Autores:

Agustín Borja Pozo
Docente de la Universidad Católica de Cuenca
Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, España.
Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador y
profesor invitado de grado y posgrado.

© Universidad Católica de Cuenca

© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

Primera edición: 30 de junio de 2022

ISBN: 978-9942-27-162-4

e-ISBN: 978-9942-27-161-7

DOI: <http://doi.org/10.26871/Edunica.978.9942.27.161.7>

Editor: Dr. Ebingen Villavicencio Caparó

Edición y corrección: Dra. Nube Rodas Ochoa,
Mariagusta Correa, Mtr. Manuel Felipe Álvarez Galeano

Diseño y diagramación: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Diseño de portada: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Dirección: Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova

Teléfono: 2830135

E-mail: edunica@ucacue.edu.ec



Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

CONTENIDO

CAPÍTULO I

Problemas en la interpretación del consentimiento informado en el Ecuador: conceptualización y formas de aplicación **13**

Agustín Borja Pozo. MGS

CAPÍTULO II

Problemas de autoría y participación en la actividad médica en equipo **33**

Miguel Díaz y García Conlledo

CAPÍTULO III

La prohibición del tratamiento de datos relativos a la salud de las personas y sus excepciones (análisis del art. 9 RGPD y su implementación en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 3/2018) **53**

Helena Díez García

CAPÍTULO IV

Responsabilidad médica y pérdida de oportunidad **121**

Juan Antonio García Amado

CAPÍTULO V

Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista **151**

Pilar Gutiérrez Santiago

CAPÍTULO VI

Exclusión de la responsabilidad penal en las intervenciones médicas: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad **253**

Diego-M. Luzón Peña

CAPÍTULO VII

Implicaciones bioéticas y constitucionales alrededor de la reproducción asistida: disputas y controversias sobre la donación de esperma y óvulos **265**

Diego Idrovo

CAPÍTULO VIII

La delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva hacia una unificación de régimen jurídico **281**

Marta Ordás Alonso

CAPÍTULO IX

El Estado ecuatoriano como garante del derecho a la salud y su incumplimiento en la gestión de la política pública respecto de la provisión de medicamentos de calidad **321**

Diego Ormaza

CAPÍTULO X

La ineficacia de la garantía de no repetición relacionada con la responsabilidad jurídica médica en Ecuador **345**

Camilo Pinos Jaén

CAPÍTULO XI

Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir **371**

Javier de Vicente Remesal

CAPÍTULO XII

Wrongful conception: su posible aplicación en el Derecho ecuatoriano **407**

Marcela Paz Sánchez

CAPÍTULO XIII

La Responsabilidad penal del médico especialista y del “intrusista” en procedimientos estéticos **433**

CAPÍTULO XIV

Consentimiento informado en la normativa ecuatoriana y su importancia para determinar las obligaciones de medio y de resultado en cirugía estética **459**

Ana Fabiola Zamora Vázquez

CAPÍTULO XV

Responsabilidad extracontractual de la administración pública sanitaria **475**

Marcelo Aguilera

CAPÍTULO IV

Responsabilidad médica y pérdida de oportunidad



Juan Antonio García Amado*

Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de León

1. Algunos casos, para empezar

Pensemos qué pueden tener en común casos como los siguientes, preguntándonos si hubo o no un daño que merezca ser reparado, a tenor de los requisitos o estándares de la responsabilidad jurídica por daño extracontractual.

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León, España.

a) Empecemos por un caso muy conocido y comentado en la doctrina anglosajona, el caso *Chaplin vs. Hicks*¹⁸⁵, en Inglaterra en 1911. Un empresario de teatro convoca un concurso de belleza femenina cuyo premio consiste en un contrato como

¹⁸⁵ Es el asunto con el que comienza la doctrina de la responsabilidad por pérdida de oportunidad en Inglaterra. Sobre el caso y su significado véase, de la muy abundante bibliografía: FISCHER, 2001: 608-609; KING JR, 1981: 1379, n. 88, recordando además otro caso similar de tiempos cercanos, 1917, el caso *Bell*; ANDEL, 1985: 974-975; SCOTT, 1992: 521 ss., con buen resumen de los casos de los que arranca esta doctrina de la pérdida de oportunidad en los países anglosajones; BRENNWALD, 1985: 769-770. En EEUU, hay cierto acuerdo en la doctrina en que el primer caso de pérdida de oportunidad fue *Hicks v. United States*, en 1966. Un médico erró culposamente al diagnosticar una obstrucción intestinal y existía alguna posibilidad sustancial de que dicho paciente hubiera sobrevivido si no se hubiera dado ese error del médico por negligencia. Sobre este caso, entre muchos, FÉRET 2013: 592; FRASCA 2008: 92; WOLF 1986: 442.

En los diferentes países la doctrina de la pérdida de oportunidad ha ido apareciendo en la jurisprudencia en momentos muy diferentes. Se suele decir que la idea se maneja por primera vez en ciertos pleitos del siglo XIX referidos a carreras de caballos, en casos en que por falta del transportista un caballo llegaba tarde y no podía participar en el concurso. En Francia aparece por primera vez en una sentencia de 1889, toma cuerpo en los años setenta del siglo XX y se consolida en los ochenta. También en Bélgica las primeras sentencias por pérdida de oportunidad son de fines del siglo XIX. En Holanda no empieza a aplicarse hasta una sentencia de 1997, relativa a la responsabilidad civil de un abogado. En Suiza, en cambio, no comienza a admitirse hasta entrado el siglo XXI. En Alemania no se aplica la figura, sobre todo debido a que el artículo 252 del Código Civil define de manera exhaustiva cuáles son los bienes o intereses protegidos por la responsabilidad civil, y entre ellos no aparece la pérdida de oportunidad. Sobre todo ello, LENTZ 2017: 7ss. y 21ss. También en Italia comienza a aplicarse la responsabilidad por pérdida de oportunidad hacia 1980, y en materia de responsabilidad médica la viene aplicando cuando la probabilidad de curación si no hubiera intervenido la negligencia médica estaba por encima del cincuenta por ciento (KADNER GRAZIANO 2007: 231). En cuanto a los Principios relativos a los contratos de comercio internacional, conocidos como Principios UNIDROIT, de 2004, leemos en el artículo 7.4.3 lo siguiente: “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”. Por su lado, el artículo 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos dice: “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podría razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento de cada norma”. Sobre esto último explica Medina Alcoz que “Al señalar que la pérdida de oportunidad forma parte del lucro cesante, la disposición da a entender que el daño en que consiste no es de carácter emergente (la pérdida en sí de la posibilidad) sino el daño final respecto del cual no se alcanza el grado de certeza que es preciso para repararlo íntegramente” (MEDINA ALCOZ 2007: 171).

actriz de teatro por tres años. Las cincuenta candidatas que más votos obtengan serán llamadas a las últimas pruebas, de las que saldrán las doce ganadoras que recibirán el premio en cuestión. A la primera ronda se presentan seis mil aspirantes. La señorita Chaplin había sido una de esas cincuenta más votadas, pero el empresario convocante, el señor Hicks, no la llamó para la prueba final de la que resultarían las ganadoras.

¿Podemos decir que la señorita Chaplin perdió el premio? Tal afirmación sería inexacta. Lo que perdió fue la oportunidad de conseguir un premio respecto del que sus probabilidades eran del 24%, correspondientes a que de las cincuenta finalistas solo serían seleccionadas doce.

Para comparar y empezar nuestra reflexión, sépase que el tribunal inglés falló a favor de la demandante y discrecionalmente valoró la indemnización en un dieciséis por ciento del valor del premio, cien libras.

- b) Un trabajador sufre un accidente mientras trabajaba con una máquina, del que resulta la amputación de una mano. Acuden los servicios sanitarios de emergencia y un enfermero coloca la mano amputada en un recipiente adecuado, con hielo, pero un compañero del accidentado cambia dicho recipiente por otro, en el que introduce hielo seco o sintético, ante la mirada del enfermero, que se lo permite. La mano llega al hospital congelada y no se le puede reimplantar al herido. No era seguro que dicho reimplante hubiera tenido éxito, si hubiera podido intentarse, pero había posibilidades relevantes. Esos son los hechos del caso resuelto por sentencia de Tribunal Supremo español, Sala Civil, en fecha de 10 de octubre de 1998, siendo ese el primer caso en que la jurisprudencia española aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria¹⁸⁶.
- c) Un ciudadano acude al hospital con dolor de tórax, sin que constara dolencia previa. El médico interpreta mal el electrocardiograma que se le hace, le diagnostica gastroenteritis y lo manda para su casa. Sigue sintiéndose mal y, tras unas horas en su casa, fallece por un infarto, que era su verdadera dolencia, que el médico no había sabido apreciar. No se sabe cuáles habrían sido exactamente sus probabilidades de seguir con vida y superar el infarto si el médico no hubiera errado el diagnóstico, pero no eran desdeñables. El caso fue resuelto por sentencia de 7 de marzo de 2007 del Tribunal Supremo español, Sala Civil.

¹⁸⁶ Véase LUNA YERGA, 2005: 11-12.

- d) Un ciudadano pierde un importante pleito en primera instancia. El caso es complicado, pero ese ciudadano se informa bien y ve que sí tiene posibilidades de ganar en segunda instancia, por lo que instruye a su abogado para que presente el correspondiente recurso. Pero el abogado, con grave negligencia, se olvida y deja pasar el plazo, por lo que deviene firme la sentencia primera. Lo que el ciudadano perdió no es exactamente lo que en el pleito se jugaba, sino que en verdad perdió la oportunidad de no perderlo, la oportunidad de ganar el juicio en el recurso, si bien no se sabe exactamente cuáles eran sus probabilidades de salir victorioso.

A los efectos que nos interesan, lo que estos casos tienen en común es que alguien causa al otro un daño muy peculiar, daño que no consiste en que se haya ese otro quedado sin algún bien que ciertamente tenía o que haya perdido de ganar algo que ciertamente o con toda probabilidad iba a obtener. Lo que se pierde es la “chance”, la oportunidad, la oportunidad u ocasión para conservar algo que se tiene (la vida, la salud...) o para obtener algo valioso a lo que se aspira, pero con la peculiaridad de que no había certeza, sino solamente cierto grado de probabilidad de conservar aquello que se tenía o de ganar lo que se pretendía.

Lo particular del tema se encuentra en que el daño consiste en la pérdida de un bien futuro más o menos probable, ni imposible ni seguro. Si el bien o beneficio futuro que se perdió era imposible, no se dejó de ganar nada, no hubo daño en ninguna forma; y si era prácticamente seguro, no hay pérdida de oportunidad, hay pérdida de beneficio cierto, en cuyo caso más bien tocaría indemnizar por lucro cesante. *Sin aleas no existe pérdida de oportunidad, sino pérdida de beneficio futuro a secas*¹⁸⁷. Por eso, cuando a mí me destruyen el billete de lotería cuyo número luego salió premiado, no estamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, sino de daño normal y corriente. Si de lo que se trata es de una ganancia futura, cuando hay pérdida de oportunidad no se me frustra una ganancia cierta, sino una expectativa unida a un índice de probabilidad.

Si a mí me inmovilizan para que no recoja un maletín con un millón de euros que está a punto de llevarse el mar para siempre y sin remisión, esa acción inmovilizadora me causa la pérdida de un millón de euros, en cuanto no podré tener ese dinero que con seguridad habría tenido si no me hubieran sujetado. En cambio, si al inmovilizarme me impiden salir, junto con otros diecinueve, a buscar el maletín en la playa y bajo condición de que quien lo encuentre se lo queda lícitamente, de lo que

¹⁸⁷ Por eso discrepo de Luna Yerga, quien sostiene que la peculiaridad de la pérdida de oportunidad está en relación con la causalidad y no con el daño. Vid. LUNA YERGA 2005.

a mí me privan es (supuestas iguales condiciones entre los veinte a todos los efectos relevantes) del cinco por ciento de probabilidades de dar con el maletín y apropiarme el millón de euros. Solo hay pérdida de oportunidad en el segundo caso. Y cuando hay pérdida de oportunidad, insisto, no se me causa la pérdida del millón de euros, sino la pérdida de una oportunidad incierta de hacerme con ese dinero. Si yo tengo un billete de lotería y a posta lo quemo antes del sorteo, antes del sorteo no podré decir que mi acción me ha causado a mí mismo la pérdida del premio de la lotería, sino la pérdida de la oportunidad u ocasión para jugar a la lotería: ya no juego o, al menos, ya no juego ese billete; no he renunciado propiamente al premio, sino a jugar para ver si conseguía el premio. Pero si luego resulta que sí salió ese número de mi billete como número premiado con el premio mayor, ya podré decir que he perdido ese premio, no que he perdido la oportunidad: he perdido ese premio por haberme privado a mí mismo de la opción de jugar. En este caso a toro pasado se sabe, pero en los casos de pérdida de oportunidad tampoco a toro pasado se puede saber con certeza, porque entonces ya no sería pérdida de oportunidad.

2. Un breve repaso a los requisitos o dogmas de la responsabilidad civil por daño

La responsabilidad civil por daño¹⁸⁸ puede ser contractual¹⁸⁹ o extracontractual¹⁹⁰. En el primer caso hay un vínculo contractual entre dañador y dañado y el daño se produce en el ámbito de las correspondientes obligaciones. En el segundo caso estamos ante un daño que acaece entre dos personas que no están unidas por vínculo

¹⁸⁸ En el ámbito hispanoparlante, cuando quien daña es un agente de la Administración Pública se suele hablar de responsabilidad patrimonial del Estado, pero los requisitos básicos vienen a ser los mismos que los de la responsabilidad por daño causado por un particular, aun cuando ha habido intentos legales y doctrinales de transformar la responsabilidad de la Administración por daño en responsabilidad objetiva, sin culpa. Esto es sumamente relevante al hablar de la responsabilidad civil de médicos y personal sanitario, pues cambiaría el régimen según que el daño se produjera en la medicina privada o en la pública. En la doctrina española, véase el crucial estudio de Mir Puigpelat (MIR PUIGPELAT 2002: especialmente 153ss).

¹⁸⁹ Artículo 1101 del Código Civil español: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

¹⁹⁰ Artículo 1902 del Código Civil español: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

jurídico contractual previo en el que se establezca una obligación de hacer o no hacer algo o de hacerlo de cierta manera o con determinado resultado¹⁹¹.

¹⁹¹ También esta distinción es muy relevante en materia de responsabilidad médica, ya que entre médico y paciente puede haberse sentado un contrato con obligación de resultado, como sucede en la llamada medicina satisfactiva o voluntaria (cirugía estética, ciertas cirugías oculares u odontológicas, etc.), o puede faltar ese vínculo contractual, como sucede en la medicina puramente asistencial o curativa, donde la obligación no es de resultado, sino de medios.

La diferencia está bien descrita así: “medicina que tiene un carácter meramente voluntario, es decir, que el interesado acude al médico no para la mejora de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica, como es la actividad sexual (STS

877/97). Esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención de un buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (STS 279/12). Las actuaciones encuadradas dentro de este concepto son de muy diversa índole y abarcan desde una vasectomía (STS 877/97), tratamientos dentales (STS 4583/99), tratamiento de protusión dental (STS 1193/2001) y la mejora del aspecto estético de los senos (STS 5280/03), entre otras. Como consecuencia, a quien recibe el servicio se le ha llamado paciente, mientras que el que reclama una obra adquiere la condición de cliente, ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria (STS 4687/09).

Por el contrario, cuando hay desencadenado un proceso patológico que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud, o conseguir la mejoría del enfermo, y la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible, estaremos hablando de medicina curativa, necesaria o asistencial (STS 279/12)” (ANDREU TENA, AZPARREN LUCAS, DONAT LAPORTA 2013: 163).

Conviene no perder de vista el siguiente matiz: “A pesar de todo, la diferencia entre ambas modalidades no aparece en ocasiones muy clara, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no solo físico, o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente (STS 4472/07)¹¹. Los tribunales manifiestan que las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices. Ejemplo de esto se examina en la Sentencia de 23 de octubre de 2008, manifestando que aun admitiendo que la aplicación de la técnica de la fecundación in vitro forme parte de la medicina voluntaria o satisfactiva, el evento dañoso, consistente en el fallecimiento de la paciente, no se produjo por una causa o circunstancia relacionada con la misma, sino en el desarrollo del embarazo, al que es razonable dar el tratamiento correspondiente a la medicina necesaria o curativa” (ibid., p. 163).

Muy bien trazada la distinción entre ambos tipos de medicina, con el correspondiente régimen de obligaciones y responsabilidad, en BERROCAL LANZAROT 2011: 24-25. Interesantísimas consideraciones críticas sobre esa distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva, como ligadas, respectivamente, a obligación de medios y obligación de resultado en YZQUIERDO TOLSADA 2001: 37-40. En términos más convencionales, dibujando la evolución jurisprudencial en España sobre medicina curativa y medicina voluntaria, GALÁN CORTÉS 2016: 135-172.

Una y mil veces se repite en la doctrina al uso que para que concurra responsabilidad por daño, con la consiguiente obligación de indemnizar a la víctima del daño, han de darse ineludiblemente los siguientes requisitos: daño, antijuridicidad del daño y relación causal entre la conducta del dañador que va a responder y el daño que la víctima padeció; a lo que se añade el requisito de la reparación integral de tal daño.

He venido sosteniendo en otros trabajos que tales dogmas son errados, en cuanto que puede haber imputación de responsabilidad sin que alguno de esos elementos concurra¹⁹². No me extenderé aquí sobre el particular. Baste decir que más de una vez puede acabar imputándose responsabilidad (y consiguiente obligación de indemnizar) por un daño que solo presuntamente es tal, pero no en la realidad¹⁹³, o que difícil es mantener que hay antijuridicidad en la conducta del que causa el daño cuando estamos ante responsabilidad puramente objetiva o sin culpa, responsabilidad por el daño derivado de una actividad plenamente lícita.

En cuanto a la relación de causalidad, he venido sosteniendo¹⁹⁴ que ni todo el que responde causó ni todo el que causó responde. Lo primero se aprecia siempre que se trate de la imputación de responsabilidad por omisión, ya que el no hacer no causa materialmente nada y tal responsabilidad por omisión lo es siempre por no haber hecho lo que se debía hacer¹⁹⁵, es decir, por no haber puesto en marcha (o no haberlo intentado) un curso causal alternativo que hubiera podido evitar el daño. Y hay más casos en que alguien acaba respondiendo aunque pudo no haber causado o no se probó específicamente que fuera su conducta la causante del daño, como sucede en los casos de responsabilidad de miembro indeterminado de un grupo o en

¹⁹² Por extenso, GARCÍA AMADO 2013a: 67-77.

¹⁹³ Pensemos en el caso de alguien que está casado con una persona a la que detesta y que es, esa persona, muy rica. Esa persona muere en un accidente y su cónyuge no solo se ve liberado del otro al que aborrece, sino que, además, lo hereda, a lo que se suma que puede acabar recibiendo una indemnización por el supuesto o presunto daño causado por tal accidente, incluido el daño moral por su sufrimiento.

¹⁹⁴ Adicionalmente véase GARCÍA AMADO 2011 y GARCÍA AMADO 2013b.

¹⁹⁵ Responde por omisión solamente aquel sujeto que tiene una concreta posición de garante; es decir, que está bajo una específica obligación, normativamente tipificada o definida, de actuar de determinada manera para evitar el mal típico de que se trate: el socorrista, su obligación de salvamento; el bombero, su obligación de apagar el fuego (entre otras); el médico, su deber de poner los medios para curar... Por eso, si ante el niño que se cae a la piscina estamos el socorrista y yo y ninguno de los dos, pudiendo, se lanza al agua a salvarlo, la responsabilidad civil por el daño para el niño recaerá en el socorrista, no en mí.

aquellos supuestos en los que se invierte la carga de la prueba, de modo que no es el dañado el que tiene que probar que el demandado causó, sino este el que ha de probar que no fue el causante, ya que si tal no prueba responde como causante, aun cuando puede no haberlo sido¹⁹⁶.

Que no todo el que materialmente causó responde, también es algo que resulta evidente. Si yo daño a alguien, mi madre está en la cadena causal de ese daño, ya que si ella no me hubiera concebido y alumbrado, yo no habría acabado provocando el daño en cuestión. Y así hacia atrás y hasta el infinito. Por eso la llamada teoría de la causalidad como *conditio sine qua non* (causa es todo aquello sin lo que el daño no habría acontecido), también denominada teoría de la equivalencia de condiciones, ha tenido que ser, a efectos de imputación de responsabilidad jurídica, matizada por ciertas teorías que recortan la responsabilidad entre los

¹⁹⁶ Que el demandado no pueda probar que no causó no es prueba de que haya causado, obviamente. Que yo no pueda probar que no envenené una vaca de mi vecino no equivale a demostración de que efectivamente la envenené. Cuando, dándose inversión de la carga de la prueba, alguien no prueba que no fue el causante del daño estamos ante daño presunto, ante una imputación de responsabilidad sin prueba tangible de la autoría del daño. Esto es muy relevante en materia de responsabilidad civil médica, ya que es uno de los campos en los que más frecuentemente operan mecanismos de facilitación probatoria o figuras como la del daño desproporcionado, que suponen precisamente eso, la inversión de la carga de la prueba. Véase la regla y las excepciones que, en España, establece el artículo 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Dice el apartado 1 de tal artículo que “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”, a lo que añade el apartado 2 que “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”. Además de otras excepciones concretas a esa regla general que se contienen en otros apartados de ese precepto y en diversos preceptos más del sistema jurídico español, pone el apartado 7 de dicho artículo 217 la siguiente excepción genérica, que otorga una importante facultad al juez a la hora de administrar la carga de la prueba: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Entre la abundantísima bibliografía, véase, sobre las excepciones a “la carga de la prueba de la impericia” en el Derecho español de responsabilidad médica, y en especial sobre la jurisprudencia que abrió camino al respecto, RAGEL SÁNCHEZ 2000: 236ss.; en la bibliografía española más reciente, SOLÉ FELIU 2018: 55ss; ADÁN DOMÉNECH 2018: 287ss. Sobre inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad médica, LUNA YERGA 2004: 128, 145-146; DÍAZ REGAÑÓN 2006: 117; ARCOS VIEIRA 2018.

materialmente causantes, como la teoría de la causalidad adecuada, y por los llamados factores de imputación objetiva.

En ese marco teórico, ¿por qué plantean un reto los casos de responsabilidad por pérdida de oportunidad? Pues porque lo que la conducta de alguien produjo no es la pérdida de algo que efectivamente se tenía o de algo que efectivamente se iba a ganar, sino la pérdida de la ocasión, oportunidad o mera probabilidad, mayor o menor, de mantener algo (por ejemplo, el brazo que estaba herido; la salud que se tenía...) o de ganar algo que no se tenía.

Pongamos algún nuevo ejemplo de lo uno y de lo otro. Pensemos primeramente en el siguiente supuesto. Un sujeto acude al oftalmólogo con extraños síntomas en su ojo izquierdo. Se trata de una peligrosa infección que lo dejará ciego antes de diez días si no se acierta con el tratamiento adecuado o si tal tratamiento correcto no tiene éxito. Por descuido o impericia, el oftalmólogo yerra en el diagnóstico, dice que es una infección sin importancia y apenas receta unas gotas para aliviar las molestias mientras la que piensa leve infección se cura por sí misma. De resultas, a los diez días el paciente ha perdido para siempre la visión de ese ojo, sin vuelta atrás. Ahora diferenciamos estas dos situaciones diferentes:

- a) El tratamiento oftalmológico que conforme a la *lex artis* era el debido aseguraba la curación del ojo con una certeza prácticamente del ciento por ciento. En ese caso, corresponde imputarle al médico la responsabilidad por la pérdida del ojo, pues la misma no habría ocurrido si él hubiera prescrito el tratamiento correcto de acuerdo con la *lex artis*. Repito, con tal tratamiento pertinente, que el oftalmólogo hubiera podido y debido prescribir, la visión del ojo se habría salvado. Por tanto, puestos a imputar responsabilidad a ese médico que obró impropriamente, la indemnización debe corresponder a lo que esté establecido o se estime que es el valor de un ojo, o el valor de un ojo de un paciente en esas circunstancias (edad, profesión o modo de vida, etc.).
- b) Ahora supóngase que la administración del tratamiento correcto y único posible no hubiera garantizado la curación del ojo, sino que las probabilidades de que con dicho tratamiento el ojo no hubiera perdido la vista fueran nada más que del setenta por ciento. Es decir, si el médico, en lugar de errar por negligencia o mala preparación a él mismo imputable, hubiera hecho lo que la *lex artis* demandaba, habría habido una probabilidad del setenta por ciento de curación y un treinta por ciento de que el ojo se hubiera quedado sin visión. ¿Podemos decir ahí, con propiedad, que el ojo se perdió por culpa del médico, si, aun sin su culpa y si hubiera hecho él lo apropiado, había un treinta por ciento de posibilidades de que el paciente se hubiera quedado sin

vista en ese ojo? Que, en el ejemplo, el médico procedió indebidamente y que alguna responsabilidad habrá que imputarle parece intuitivamente claro, pero ¿debería indemnizar por el valor total del ojo cuando quizá su mal no hubiera tenido arreglo aunque él, el oftalmólogo, hubiera actuado con plena concordancia con lo que la *lex artis* prescribía en ese caso? Aquí, en casos de este calibre, es donde se dice que el daño que propiamente se le debe imputar al médico no es la pérdida del ojo, sino la pérdida de oportunidad de curación del ojo, de una oportunidad, en ese caso, del setenta por ciento.

En el ejemplo anterior ha habido la pérdida de la oportunidad de conservar algo que se tenía, la visión de un ojo. Ahora busquemos un caso en que se aprecie la pérdida de la oportunidad de obtener algo que no se tenía. Nos sirve el supuesto que sigue.

Una persona tiene una malformación congénita en uno de sus ojos, que le provoca una pérdida de visión por ese ojo del cincuenta por ciento. Es posible aplicar cirugía una vez que se llega al pleno desarrollo corporal, en la edad adulta, pero las posibilidades de éxito de dicha cirugía son del setenta por ciento. El éxito de la misma implica que ese ojo tendrá plena visión, y en caso contrario, si la suerte no acompaña, tras la cirugía que no resultó el ojo seguirá como estaba, nada más que con una visión reducida al cincuenta por ciento. Ese sujeto se opera del ojo y la operación fracasa, pero se prueba que el cirujano ocular vulneró lo que para el caso la *lex artis* indicaba, cometió algún error fatal. Si hubiera obrado como debía, no era seguro que el ojo hubiera alcanzado plena visión, las probabilidades eran del setenta por ciento nada más. Pero, dada la culpa del cirujano, ¿se le imputa responsabilidad civil porque el ojo no alcanzó la visión completa o porque se perdió la oportunidad (la probabilidad del 0,7) de que el ojo hubiera podido tener la visión completa?

Suena más correcto lo segundo, porque lo primero cabría mejor si las probabilidades de éxito, en caso de haberse llevado a cabo correctamente la cirugía, hubieran sido del cien por cien. En otras palabras, parece que algo chirría cuando es la misma la responsabilidad e indemnización que se aplica cuando el ojo habría recuperado con certeza la visión si se hubiera operado bien, que si nada más que había un porcentaje de posibilidad de éxito si se hubiera operado como se debía. En el primer caso no se tenía visión de ese ojo, por lo que ni la alternativa de quedar igual ni la de recuperar la vista total suponían empeorar respecto de cómo antes de la operación se estaba¹⁹⁷. Era una ganancia o mejoría lo que se planteaba, y la diferencia que nos

¹⁹⁷ Esto tiene importancia respecto de la noción de daño que se maneje y según que se emplee una noción comparativa histórica o comparativa contrafáctica del daño. Al respecto, véase, por

importa está en si esa ganancia era segura, en caso de haberse hecho las cosas bien, o si era meramente probable y cuánto de probable.

3. Responsabilidad por pérdida de oportunidad: noción y condiciones

Hay responsabilidad por pérdida de oportunidad cuando un sujeto padece un daño que: a) no es seguro que hubiera acontecido igualmente si la persona a la que se imputa responsabilidad se hubiera conducido sin culpa; b) no es seguro que hubiera podido evitarse si la persona a la que se imputa responsabilidad se hubiera conducido sin culpa¹⁹⁸.

Todo daño es una pérdida, sea una pérdida de algo bueno que se tenía, sea de algo bueno que no se tenía, pero que se iba a tener. Pero aquí lo que se pierde es la oportunidad, entendida como probabilidad relevante de evitación de esa pérdida de lo que se tenía o probabilidad relevante de consecución de esa ganancia a la que se aspiraba, y teniendo en cuenta que al decir probabilidad aludimos a que la pérdida o ganancia en cuestión no eran ni seguras ni imposibles. Es lo que en el apartado anterior hemos visto al hilo de los ejemplos sobre los ojos y su tratamiento.

Desgranemos las condiciones que conforman esta variante de la responsabilidad civil por daño.

extenso, GARCÍA AMADO 2018. Para la teoría de la comparación histórica, hay daño cuando, tomando como referencia un momento temporal T, alguien está después de T peor de lo que estaba antes de T. En cambio, para la teoría de la comparación contrafáctica hay daño cuando alguien está peor a partir de T de lo que habría estado a partir de T si no hubiera acaecido la conducta del dañador. En el ejemplo que estamos comentando apreciamos que solo funciona la teoría de la comparación contrafáctica a la hora de afirmar que ha existido un daño, pues el sujeto se quedó como estaba, su vista no pasó a estar peor, sino igual, después de la operación mal ejecutada.

¹⁹⁸ En la que seguramente es, con mucho, la obra mejor y más completa en español sobre la responsabilidad por pérdida de oportunidad, Medina Alcoz la caracteriza así: “La doctrina de la pérdida de oportunidad garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura” (MEDINA ALCOZ 2007: 87). Medina Alcoz pone el eje de esta figura de la pérdida de oportunidad en el elemento causal, mientras que aquí subrayaremos que su especificidad está más bien en el tipo de daño.

3.1 Lo que se causa realmente y lo que se causa de modo eventual o indirecto

Hay un crucial elemento que no es de certeza, sino de eventualidad, de incertidumbre, de mera expectativa no segura. Contará como cierto que el oftalmólogo erró el diagnóstico o no aplicó las técnicas apropiadas en el quirófano, que el abogado no presentó en plazo el recurso y que por eso fue inadmitido, que el enfermero permitió que se cambiara el recipiente con hielo en el que se llevaba al hospital la mano amputada del trabajador, etc., pero no hay certeza sobre si el ojo se habría curado o habría mejorado su visión si el tratamiento o la cirugía hubiesen sido los correctos, sobre si el pleito se habría ganado en vía de recurso o sobre si el reimplante de la mano habría salido bien si se hubiera podido intentar en el hospital.

Por tanto, hay una certeza en cuanto a que una conducta del llamado a responder fue inadecuada, pero todo un debate sobre lo que esa conducta causó o produjo. No se puede decir que el ojo se hubiera curado de la grave infección que lleva a la ceguera si el tratamiento hubiera sido el correcto, pero sí se puede afirmar que se perdió la expectativa o probabilidad (no seguridad) relevante que había de evitar esa pérdida de la visión de ese ojo. No cabe afirmar que la malformación congénita del ojo se hubiera solucionado, dando pie a alcanzar la visión plena con ese ojo, si el cirujano se hubiera conducido en la operación en conformidad con lo que la *lex artis* prescribía, mas sí cabe sentenciar que se vino abajo la probabilidad no irrelevante de que ese efecto positivo hubiera ocurrido. No sería justo aseverar que el pleito se habría ganado si el abogado hubiera presentado el recurso a tiempo, pero sí que se habría podido ganar con alguna probabilidad digna de mención si lo hubiera hecho. Y no tendría mucho sentido insistir en que el trabajador que se quedó sin mano la habría tenido reimplantada con éxito asegurado si la mano hubiera sido transportada al hospital en las condiciones apropiadas, pero sí que se hubiera podido intentar ese reimplante con alguna posibilidad reseñable de que el resultado fuera positivo. Igual que cuando, en el fútbol, un árbitro no sanciona un claro penalti de un equipo no es del todo correcto que digamos que el otro equipo perdió un gol seguro, sino nada más que la alta probabilidad de meterlo.

Lo que la conducta del agente causó fue nada más que lo que causó; en nuestros ejemplos, la conducta del primer oftalmólogo fue la causa de que no se aplicara el único tratamiento que podría haber sido efectivo (no que habría sido con certeza efectivo) para cortar la fatal infección; la conducta del cirujano oftalmológico fue la causa de que no se llegara a desplegar el azar o la suerte de la que dependían que se superara la limitación de la visión que de la malformación congénita se derivaba; la conducta omisiva del abogado que no presenta a tiempo los papeles del recurso

judicial hace que no pueda verse el caso en una nueva instancia en la que se habría podido ganar o perder; la conducta del enfermero que permitió que se cambiaran la caja y las condiciones en que la mano amputada se transportaba al hospital fue la causa de que la mano llegara en mal estado y no pudiera intentarse la operación que tenía alguna probabilidad importante de conseguir el reimplante exitoso. Y el árbitro que no pita el penalti causa que no pueda lanzarse el penalti que tenía alta probabilidad de convertirse en gol, pero no evita el gol seguro, pues seguridad de meterlo no había ni hay nunca en esos casos.

Respecto del daño final, la causalidad de la conducta del responsable es puramente eventual. No se causó ese daño final, sino que se causó algo previo y distinto que cerró las vías a la evitación meramente probable, pero no segura, de ese daño final. No se produjo una pérdida de lo que se tenía, por obra de la conducta del responsable, sino que esta dio lugar a que se perdiera una cierta probabilidad relevante de evitar esa pérdida. No se dio una pérdida de mejora o ganancia futura porque directamente el responsable hubiera impedido esa pérdida o mejora, sino porque su conducta hizo que se cerrara la mera probabilidad relevante de que esa mejora o ganancia ocurriera. Hay responsabilidad por pérdida de oportunidad porque se causa una pérdida de oportunidad, que es la pérdida de una probabilidad no despreciable. Si el árbitro no señala el penalti, no le quita a ese equipo un gol, sino la probabilidad de hacer algo (lanzar el penalti) con lo que probablemente (no con seguridad) habría conseguido ese gol.

3.2. El agente responsable no puede ser causante directo del daño último, sino solo de la pérdida de oportunidad.

Está llamado a responder por pérdida de oportunidad el que causa esta misma y no otra cosa.

Usemos de nuevo nuestro ejemplo del oftalmólogo al que llega un paciente con una grave infección ocular que lo puede dejar ciego en unos días y mantengamos que el tratamiento pertinente y único efectivo fuera el de administrar a tal paciente un determinado antibiótico, con una probabilidad de resultado satisfactorio del setenta por ciento. Ahora imaginemos que ese médico se confunde, le receta un antibiótico distinto al que, para colmo, el paciente es alérgico, y que tal alergia la causa a dicho paciente la muerte. En ese caso no habrá responsabilidad por la pérdida de oportunidad de mantener la vista de los ojos infectados, sino responsabilidad por el efecto directo de la conducta del médico, por la muerte del paciente. Lo mismo si, supongamos, el tratamiento que el oftalmólogo prescribió equivocadamente es

uno que, por la razón que sea y que el médico hubiera debido en ese caso conocer, le provoca la ceguera independientemente de aquella infección que lo aquejaba. La responsabilidad aquí no sería por la pérdida de oportunidad de conservar la vista con el tratamiento adecuado, sino por haber causado la ceguera directamente con un tratamiento indebido.

Pongamos que un ciudadano ha quedado finalista en un concurso televisivo cuyo premio es de un millón de dólares¹⁹⁹. A esa final han pasado dos, él y otra persona. Quién sea el ganador del premio se va a dirimir en directo en un día y hora marcados y sin posibilidad de cambio de fecha o aplazamiento de hora, y así está claramente estipulado en las bases del concurso. Nuestro concursante, que vive en una ciudad a cien kilómetros de esos estudios televisivos, contrata un taxi para que lo lleve con margen de horas suficientes, pero el taxista, que va borracho, provoca un accidente, de resultas del cual queda herido nuestro concursante. Al margen de lo que tenga que responder el taxista por las heridas, la pregunta es si debe indemnizar porque su cliente perdió el premio, cuando sus posibilidades de ganarlo eran en verdad del cincuenta por ciento, 0,5. Con arreglo a la doctrina de la pérdida de oportunidad, de lo que se le ha de hacer responsable es de que haya perdido esa posibilidad de ganarlo, no de que haya perdido el premio mismo.

3.3. Las posibilidades de evitación del daño final o de obtención de la ganancia deseada no han de ser desdeñables

Supongamos estas dos situaciones diferentes:

- (i) X compra un billete de lotería para un sorteo del que salen a la venta y efectivamente se venden cien mil números. El billete de X corresponde al número 16.321 y así se sabe y se prueba, porque, por ejemplo, X le había hecho una foto a su billete o veinte testigos fiables lo habían visto. Z le roba a X tal billete y lo destruye antes del sorteo. Las condiciones para cobrar el premio son muy estrictas y solo se puede si se presenta el billete original, no sirve copia o reproducción de ningún tipo. Finalmente, ese fue el número que resultó agraciado, el 16.321, y lo que X perdió fue el importe del premio que le hubiera correspondido, doscientos mil dólares. La responsabilidad civil²⁰⁰

¹⁹⁹ Explica bien Medina Alcoz cómo el de los juegos de azar es un campo apropiado para explicar lo que es la pérdida de oportunidad y cómo la doctrina anglosajona suele ilustrar la noción con ejemplos de ese tipo (MEDINA ALCOZ 2007: 64-65).

²⁰⁰ Evidentemente, esto es al margen de la responsabilidad penal que a Z corresponda como autor de un delito contra la propiedad.

de Z, en esas condiciones, debería ser por la pérdida del premio íntegro, no por pérdida de oportunidad, y ello porque no había incerteza o mera probabilidad, sino seguridad completa.

- (ii) En el segundo supuesto, X compró el billete y Z se lo quitó y lo destruyó²⁰¹, pero nadie sabe o puede recordar cuál era el número o resulta imposible probarlo en el correspondiente proceso judicial. Los números vendidos eran cien mil y el premio ascendía a doscientos mil dólares. Al no saberse cuál era el número de X, ¿qué es lo que podemos decir que X perdió? En realidad, una probabilidad de 1 entre cien mil (0,00001) de ganar ese premio. No tendría sentido hacer que Z indemnice a X por importe de doscientos mil dólares, porque en tal caso caeríamos en un absurdo tal, que todo el portador de un billete de lotería estaría deseando que se lo robasen y lo destruyesen los ladrones, ya que, si estos fueran solventes, la víctima del robo aseguraría que obtiene el importe del premio aunque no sepa el número al que jugaba y si al final habría ganado en el sorteo algo o nada.

Y también parece absurdo decretar que juegue ahí la responsabilidad por pérdida de oportunidad, ya que, como veremos más adelante, la indemnización que razonablemente correspondería sería la resultante de multiplicar el premio en juego (200.000 dólares) por el índice de probabilidad de ganarlo (0,00001), con lo que resultaría que la indemnización apropiada sería de dos dólares. En verdad, en un caso así tendría muchísimo más sentido hacer que la indemnización fuera por el importe pagado por el billete, importe que probablemente sería superior a esos dos dólares en que con sentido se puede evaluar la oportunidad perdida de conseguir el premio.

¿Dónde está el matiz? En el requisito de que, para que opere la responsabilidad por pérdida de oportunidad, la probabilidad de no perder el bien que se tenía o de ganar el que no se tenía ha de ser relevante, no ha de ser desdeñable o extremadamente escasa.

Ahora añadamos una tercera situación (iii). Aquí se trata de un sorteo al que, del modo que sea, solo pueden concurrir veinte personas, siendo el premio de doscientos mil dólares. Póngase que en todo lo demás las circunstancias son iguales, que Z es el causante de que X pierda su papeleta y que no sepamos cuántas eran las posibilidades de X de lograr el premio de los doscientos mil dólares²⁰². Aquí la probabilidad

²⁰¹ Un ejemplo bastante similar lo usa THÉVENOZ 2002: 239.

²⁰² Por ejemplo, porque los veinte tenían una papeleta con un signo distinto y el premio se decide metiendo en un bombo todas las papeletas y sacando una de ellas al azar.

de ganar era de 1/20 (0,05) y difícilmente se podrá decir que fuera desdeñable, por lo que sí se cumpliría esa condición para que procediera aplicar la responsabilidad por pérdida de oportunidad.

La traslación de todo esto al ámbito de la responsabilidad médica²⁰³ no parece difícil. Si un cirujano opera con negligencia a un paciente ingresado de urgencia y cuyas probabilidades de sobrevivir, aun cuando la operación se ejecutara de modo absolutamente acorde con la *lex artis*, son prácticamente nulas, no tendrá demasiado sentido hacer a ese cirujano indemnizar por esa muerte, aun cuando procediera con negligencia²⁰⁴. En cambio, si la probabilidad de que el paciente se salvara si era correctamente operado eran de una entre diez, sí resultará razonable exigir la responsabilidad civil de ese médico, y entonces cobrará todo su sentido la siguiente pregunta: ¿debe indemnizar por el valor de esa vida o debe indemnizar por lo que se tase como valor de esa vida multiplicado por 0,1? Fijémonos de nuevo en que si optamos por la primera alternativa, los herederos de un enfermo o herido cuya probabilidad de supervivencia a una intervención urgente sean del diez por ciento estarán siempre deseando que el tratamiento o cirugía en cuestión lo ejecute un médico negligente, pues de ese modo se asegurarían una indemnización por el valor completo de la vida de ese que muy probablemente iba a morir de todos modos, mientras que si quien lo opera es un médico que respeta la *lex artis*, se quedan a dos velas.

Evidentemente, cuál sea la frontera entre probabilidad relevante y probabilidad irrelevante o desdeñable es algo que quedará siempre a la discrecionalidad judicial, igual que de la discrecionalidad judicial depende las más de las veces²⁰⁵ la valoración de daños no directamente económicos, como son los daños derivados de la actividad médica y sanitaria. En algunos estados, y en especial en la jurisprudencia inglesa, para que se decrete indemnización por pérdida de oportunidad en la actividad médica se viene exigiendo que la probabilidad de éxito del tratamiento u operación en cuestión sea de más del cincuenta por ciento.

²⁰³ En los estados de Estados Unidos que aplican la idea de responsabilidad por pérdida de oportunidad se usa muy principalmente en el área de la responsabilidad por mala práctica médica (FÉROT 2013: 592).

²⁰⁴ Una vez más, con independencia de las disquisiciones que quepan por el lado de su posible responsabilidad penal.

²⁰⁵ Salvo cuando se aplica un baremo legal, como el existente en España en materia de daños personales en accidentes de tráfico.

3.4. ¿Se requiere la acción culposa del llamado a responder?

Este es asunto complicado del que no podré ocuparme aquí con detenimiento. Evidentemente, cuando la pérdida de oportunidad resulta de una conducta del llamado a responder, no hay duda de que concurren todos los elementos para imputar dicha responsabilidad. Así sucedía en todos los ejemplos que hasta aquí hemos manejado.

La cuestión estriba en si también hay responsabilidad por pérdida de oportunidad en aquellos ámbitos en que rigen parámetros de responsabilidad objetiva, es decir, de responsabilidad sin culpa, como pueda ser, en el derecho español o europeo, el de la responsabilidad civil por productos defectuosos o el del transporte aéreo, entre otros. Es decir, si un accidente aéreo sin culpa de nadie hace que X se lesione y no pueda concurrir a ese sorteo final para un premio, sorteo al que estaban convocados diez candidatos, la compañía aérea responderá, con responsabilidad objetiva, por la lesión, pero habría que preguntarse si también por la pérdida de oportunidad.

En cualquier caso, creo que la cuestión no tiene excesiva relevancia práctica, y más en el ámbito de la responsabilidad médica. Bien se sabe que en el campo de la medicina privada la responsabilidad será siempre por culpa. En el de la medicina pública ha habido intentos de aplicar esquemas de responsabilidad objetiva, a partir de regulaciones como la española, que dice que la Administración responderá por el daño causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos²⁰⁶. Se entendió durante un tiempo que eso significaba que en la medicina pública se respondía por el daño tanto cuando el médico había actuado negligentemente (funcionamiento anormal del servicio público) como si lo había hecho con plena diligencia y total respeto a la *lex artis*, pero pronto se vio que eso conducía a consecuencias totalmente inconvenientes y hasta absurdas, pues suponía que cualquier paciente que, por ejemplo, se sometiese a una cirugía con fines curativos en un hospital público tendría derecho a ser indemnizado si la operación no daba el resultado óptimo y aun cuando la falta de éxito no se debiera al mal actuar del médico y el personal sanitario, sino al puro azar o a que las probabilidades objetivas de éxito no eran del cien por cien.

²⁰⁶ De conformidad con el artículo 32.1 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, “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”. Lo mismo, salvo el último inciso (“o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”) se decía en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El caso más determinante y comentado en la doctrina española es el que resolvió la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 14 de junio de 1991. Describo el asunto con las palabras de uno de los más destacados críticos de esa decisión, Fernando Pantaleón (Pantaleón, 1994 pp. 240-241):

[...] doña María Teresa T. C. ingresó en una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que la intervino optó por reducir primero el aneurisma del lado derecho, y al no ser posible obliterar su cuello con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida proximal al aneurisma con el mismo clip. Unos días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquiofacial izquierda que le ha dejado graves secuelas. La falta de riego sanguíneo al cerebro que la produjo —al no suministrar la otra carótida, contra lo sensatamente previsible, un mayor flujo de sangre— fue precipitada por una estenosis en la carótida izquierda, probablemente relacionada con una inyección sub-intimal necesaria para la práctica de las angiografías previas a la intervención; por lo que, aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues ex ante no había motivo para pensar que los riesgos para la paciente eran mayores por ocuparse primero del aneurisma del lado derecho), a posteriori podía afirmarse que hubiera sido mejor opción resolver en primer lugar el aneurisma de la carótida izquierda. Se reclamó al INSALUD que reconociera el derecho de doña María Teresa a la mejor rehabilitación posible, le pagase durante el resto de su vida el salario correspondiente a una empleada del servicio doméstico en jornada de ocho horas e indemnizase los gastos y daños físicos y morales en la suma de 19.212.700 pesetas.

El Tribunal Supremo sentenció en contra de la Administración, pese a la total ausencia de culpa, y falló lo siguiente:

[...] la Sala, valorando objetiva y adecuadamente las circunstancias personales de la recurrente, mujer casada, de cuarenta y un años en la actualidad, con tres hijos y sufriendo las limitaciones funcionales que se describen en los últimos certificados obrantes en las actuaciones, entiende que debe reconocerse el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la Administración, en este caso por el Insalud, con 10.000.000 de pesetas más el pago de 1.212.700 pesetas en concepto de gastos acreditados, siendo oportuno también reconocer el derecho de la recurrente a ser atendida en un centro

de rehabilitación integral en los términos que interesa en el suplico de la demanda; no debiéndose, por el contrario, admitir las restantes peticiones que en este acto la Sala rechaza por no ser exigibles a la Administración en base a razones de congruencia y proporcionalidad con la responsabilidad que aquí se ha declarado.

Y fundamenta así el Tribunal su sorprendente decisión:

[...] como en la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1991 hemos explicado —precisamente con ocasión de otro recurso de apelación en que el Instituto Nacional de la Salud insistía en la correcta actuación de los facultativos, concretamente encargados de prestar el servicio público que corre a su cargo— alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que [...] tiene carácter objetivo tal, que hace muy difícil en la práctica —y, a la vez, innecesaria— la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público en el más lato sentido de la expresión, con desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza.

La crítica del mismo Fernando Pantaleón, destacadísimo civilista, marcó la pauta incluso entre los administrativistas²⁰⁷ y pronto comenzó la jurisprudencia de lo contencioso un giro en estas materias, giro que llevó a exigir, para que concurriera responsabilidad de la Administración, algún elemento de culpa o “anormalidad” en el actuar médico, pues, de no ser así, habría evidente discriminación entre la medicina privada y la pública, en detrimento de la pública²⁰⁸, y la Administración se erigiría

²⁰⁷ Un rápido eco favorable tuvo, por ejemplo, en GARRIDO FALLA 1997: 321-322.

²⁰⁸ Como el mismo Pantaleón decía, “[q]ue la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el desiderátum de los enemigos de la medicina pública” (PANTALEÓN 1997: 244)

en una especie de aseguradora universal que acabaría indemnizando por cualquier intervención médica no exitosa²⁰⁹ y se llevaría así a la ruina del sistema público²¹⁰.

Como concluye muy significativamente Mir Puigpelat, la responsabilidad objetiva de la Administración pública, abarcadora del daño derivado del funcionamiento “normal” de la Administración pública es un puro “mito jurídico”. En sus propias palabras:

[...] una semejante responsabilidad objetiva global de la Administración, además de no ser deseable de *lege ferenda* (como he tratado de demostrar en otro lugar y comparten ya muchos administrativistas), no puede decirse que exista tampoco en la praxis jurisprudencial, constituyendo un ejemplo llamativo de mito jurídico. Los tribunales del orden contencioso-administrativo, en efecto, pese a afirmar con rotundidad el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, en la práctica solo condenan a la Administración, en la inmensa mayoría de los casos, cuando consigue acreditarse que ésta ha incurrido en funcionamiento anormal. Ello es especialmente cierto en el caso de la responsabilidad de la Administración sanitaria, donde solo se la condena cuando pueda afirmarse que la actuación médica ha vulnerado la *lex artis*, el estándar de diligencia manejado también por la jurisdicción civil en relación con la asistencia sanitaria prestada en centros privados. (Mir Puigpelat, 2016, pp. 101-102)

Así pues, a día de hoy, y más allá de la inercia de algunos mitos doctrinales, parece requisito poco menos que pacífico el de que siempre que se impute responsabilidad por daño derivado de la actuación médica ha de concurrir algún elemento culpabilístico, tratándose de medicina privada o pública, por lo que otro tanto cabría apuntar para la concurrencia de responsabilidad por pérdida de oportunidad en ese ámbito. Ello es cuestión independiente del hecho de que el estándar de culpa se halle en cierto modo objetivado en torno a la *lex artis*. Es decir, concurre un estándar objetivo de culpa, pero ello no significa que no se aplique el requisito de culpa, sino que hay un parámetro más o menos objetivo para determinar su concurrencia.

²⁰⁹ Cfr. PANTALEÓN 1997: 251-252.

²¹⁰ Sobre esto, en términos generales, son contundentes y poco menos que definitivos los argumentos de MIR PUIGPELAT 2002: 228ss.

3.5. *La peculiaridad está en el tipo de daño.*

Ya en el apartado a) he resaltado algo en lo que conviene insistir ahora con mayor claridad. La doctrina dominante en materia de responsabilidad por pérdida de oportunidad suele indicar que lo que aquí hay de particular es que no se da una relación causal propiamente dicha entre el daño finalmente acontecido y la conducta del responsable, ya que el daño se podría haber producido igualmente, aunque la conducta en cuestión no hubiera tenido lugar. Si aquel cirujano del ejemplo anterior no hubiera realizado de manera defectuosa la operación del ojo con la malformación congénita, había un treinta por ciento de probabilidades de que este no hubiera recuperado la plena visión igualmente; o si el otro oftalmólogo no hubiera errado con el diagnóstico y hubiera recetado el antibiótico apropiado, seguía existiendo una probabilidad relevante de que la infección no se hubiera curado y el paciente se hubiera quedado sin visión.

Al margen de los graves problemas que plantea afirmar que hay causalidad entre el daño acontecido y la omisión de la conducta debida por el agente, creo que esa doctrina dominante no ajusta bien su calificación, ya que olvida que lo más peculiar de la responsabilidad por pérdida de oportunidad está en el tipo de daño, no en lo especial o distintivo de la relación causal²¹¹. En esos ejemplos del paciente oftalmológico, el daño por el que se responde en concepto de pérdida de oportunidad no consiste en que el paciente perdió la visión, en un caso, o no la recuperó, en el otro, sino que perdió la oportunidad o, en otras palabras, perdió una expectativa real y significativa, la de mantener la vista de su ojo o la de recuperarla²¹². Y respecto

²¹¹ Así pues, me estoy pronunciando en favor de la visión de la responsabilidad por pérdida de oportunidad como propia de un tipo de daño, consistente precisamente en perder una oportunidad que había y que no se pudo llegar a poner en juego, frente a la concepción de la pérdida de oportunidad como aligeramiento del requisito causal en la responsabilidad o como responsabilidad proporcional (Cfr. SCHEBESTA, H. 2013: 277).

²¹² En ese sentido, THÉVENOZ 2002: 241; KADNER GRAZIANO, TH. 2007: 229, 247. También, en la doctrina española, y con inspiración en autores argentinos (Trigo Represas, Zavala de González), Gallardo Castillo: “En los supuestos de pérdida de oportunidad (...) el daño es la chance, la oportunidad misma, entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. Por 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) (...) Por ello, el daño no es la lesión finalmente producida sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar el resultado pretendido” (GALLARDO CASTILLO 2015: 39).

No estoy, pues, de acuerdo con los autores que, como Asensi Pallarés, ven en la figura de la pérdida de oportunidad un relajamiento de la sacrosanta exigencia de nexos causal pleno y demostrado entre la conducta del agente y el daño o una facilitación de la prueba del nexo causal (ASENSI

de esa pérdida si opera con normalidad la relación de causalidad, opera según las pautas de cualquier otro tipo de daño. Es la acción indebida de ese oftalmólogo la que, en uno u otro caso, suprime la posibilidad de que el ojo se curase o se recuperase de su defecto congénito. Igual que cuando se trata de la responsabilidad del abogado por no haber presentado a tiempo el recurso judicial el daño no consiste en que el pleito se perdió, sino en que desapareció una posibilidad relevante de ganarlo, posibilidad relevante que no era certeza. Y ahí sí que funcionan los porqués causales según las claves propias o figuradas de la responsabilidad civil: el pleito no se pudo ganar porque el abogado no presentó el recurso, aun cuando habría podido perderse, aunque se hubiera presentado. En eso consiste el daño específico de la pérdida de oportunidad, en que una expectativa cierta se esfuma debido al obrar culposo del agente. Y lo que hay que probar a efectos de sentar esta responsabilidad es que había una posibilidad de evitar una pérdida o de lograr una ganancia y que dicha posibilidad se frustró inexorablemente debido a la conducta del agente (Gallardo Castillo, 2015, p. 40); por ejemplo, la conducta del médico que, infringiendo la *lex artis*, no aplicó el tratamiento que podía haber curado, sino otro que hizo definitivamente inviable la curación.

Una última consideración. Si consideramos que el daño que cuenta es la pérdida de oportunidad en sí, y no el daño posterior o daño final, nos hallamos en buena situación para aplicar responsabilidad por pérdida de oportunidad en supuestos en los que puede ser discutible si lo que al final aconteció puede o no calificarse como daño, pero donde es evidente que, debido a la mala praxis de alguien o a su obligación de un deber ligado a la *lex artis*, se perdió la oportunidad de evitar algo que el sujeto no quería (Koehler, 2003, p. 2014). Por esta vía cabe intentar convertir en un daño autónomo, de pérdida de oportunidad, la falta de consentimiento informado en ciertos casos en que al final no hubo daño para el paciente, pero este hubiera querido poder decidir de otro modo si hubiera tenido la información que se le debía²¹³.

PALLARÉS 2013: 233-234). El error de ese enfoque está en relacionar la conducta del agente con lo que vengo llamando el daño final, y no con el daño que consiste justamente en anular la expectativa de evitación del daño final. Discrepo también de la tesis de Medina Alcoz, magníficamente construida, pues una y otra vez pone el énfasis en la causalidad entre comportamiento del agente y daño final, y no en la relación entre tal conducta y la mera pérdida de oportunidad (véase, sintéticamente, MEDINA ALCOZ, 2009).

²¹³ No puedo aquí extenderme sobre este interesante tema. A modo de introducción a la cuestión, véase NAVARRO SIMÓN 2018. En la doctrina española más acreditada, y apuntando en ese sentido o similar, ASÚA GONZÁLEZ 2013: 159-160. Muy documentadamente, con gran aporte de

4. El cálculo de la indemnización en los casos de responsabilidad por pérdida de oportunidad

Con anterioridad ya se hicieron unas cuantas indicaciones al respecto, pero este es el momento para detenerse algo más en tal punto. Si el daño consistiera en lo que vengo denominando daño final (la pérdida de la visión del ojo, la no recuperación de la vista, el perder definitivamente el pleito, el quedarse sin el premio en el sorteo o concurso, etc., etc.) tendría pleno sentido afirmar que la indemnización ha de corresponderse lo más exactamente posible con el valor de tal daño: habría que indemnizar por lo que se estima que vale la visión plena de un ojo, por lo que se jugaba en el pleito, por el valor del premio en juego... Pero ya he indicado varias veces que en eso hay desmesura cuando, como era el caso, no era seguro, sino solo probable en algún grado, que el ojo se curase, que la operación ocular alcanzara el resultado mejor, que el tribunal de segunda o ulterior instancia diera la razón al recurrente, que el premio sorteado se ganase.

Si yo soy una de las diez personas entre las cuales se va a sortear un premio de cien mil dólares y si alguien destruye mi papeleta, una de las diez que se iban a meter en el bombo para el sorteo, y si, como consecuencia de ello, se obliga al que me hizo la fechoría a indemnizarme con los cien mil dólares, sucederá que todo el que vaya a tomar parte en un sorteo así estará deseando que le ocurra lo mismo, que alguien esconda o rompa su boleto, y tanto más cuanto menores sean las probabilidades de ganar el sorteo; es decir, más aun si el sorteo va a ser entre veinte y la probabilidad de éxito es, por tanto, de 0,05 que si va a ser entre diez y la probabilidad es de 0,1. Pues, como parece obvio, se estaría cambiando una mera expectativa de éxito por un éxito cierto: se habrían conseguido los cien mil dólares al margen del aleas del sorteo.

Igual vale para los asuntos de responsabilidad médica. Imagine el lector en cuánto pondría precio, a día de hoy, a su pierna izquierda y suponga que ese es el precio en que los jueces tasan la indemnización por la pérdida de una pierna, debida a la culpa o negligencia de otro (el conductor de un auto, un cazador, un cirujano...). Si le preguntamos si está dispuesto a quedarse sin esa pierna por ese precio que le parece el justo, seguramente nos va a decir que no, y con razón. Pero supóngase que le planteamos el caso de este otro modo: usted padece una grave enfermedad en su pierna izquierda y ha de someterse a una delicada cirugía para tratar de atajar el mal. Si la operación sale bien, recupera la plena funcionalidad de la pierna, pero si

doctrina y jurisprudencia hasta nuestros días, véase la extraordinaria obra de CADENAS OSUNA 2018: 354-366.

resulta mal, habrán de amputársela. Usted pregunta cuál es la probabilidad de lo uno y de lo otro y los médicos están de acuerdo en que las probabilidades están al cincuenta por ciento. Entonces usted sabe también lo siguiente: si el médico que le opera se conduce de acuerdo con la *lex artis*, de modo completamente profesional y diligente, usted tiene un cincuenta por ciento de probabilidad de quedarse sin la pierna y sin indemnización ninguna por ello. En cambio, si el médico actúa negligentemente y se considera que se le debe indemnizar por el valor total de la pierna en caso de que la pierda, usted tiene asegurado que o bien recupera la pierna si, pese a todo, la operación sale bien, o bien tendrá la indemnización por su valor total. Y aquí está la pregunta: ¿preferiría que lo operara un médico respetuoso con la *lex artis* o un médico al que se le pueda probar que no obró con pleno respeto a la *lex artis*? Creo que al menos el *homo oeconomicus* de la teoría económica estándar contestaría que prefiere, en un caso así, el médico insuficientemente diligente. Y eso parece una perversión del sistema de responsabilidad civil derivado de un inapropiado cálculo de la indemnización.

¿Cuál sería la forma más razonable de hacer el cálculo? Pues el que sistemáticamente viene indicando la mayor parte de la doctrina que desarrolla la noción de responsabilidad por pérdida de oportunidad. Se trata de tomar en cuenta las probabilidades concurrentes de evitar el daño, de manera que se ha de multiplicar el valor de lo que estuviera en juego (el valor de una pierna, en nuestro último ejemplo, o, en los otros ejemplos que venimos usando, el valor de la visión plena de un ojo, el valor de lo que en el pleito estuviera en juego, el valor del premio que se sorteaba...) por el índice de probabilidad que concurra. En el caso de la pierna, si hemos dicho que las probabilidades de éxito de la cirugía eran del cincuenta por ciento, y si asumiéramos que una pierna vale cien mil dólares, la operación sería así: $100.000 \times 0,5 = 50.000$. Lo procedente sería una indemnización de cincuenta mil dólares en concepto de pérdida de oportunidad. Si, en el ejemplo del sorteo, lo que entre diez se rifara fuera un premio de 100.000 dólares, la indemnización apropiada, en concepto de pérdida de oportunidad, sería de 10.000 dólares a cargo de quien culposamente le impidió concurrir, cantidad resultante de multiplicar los 100.000 dólares del premio en juego por el diez por ciento (0,1) de la probabilidad de ganar; y si fueran veinte los concurrentes en iguales condiciones, la operación sería $100.000 \times 0,05 = 5.000$ dólares²¹⁴.

²¹⁴ Para los problemas o complicaciones del cálculo cuando la probabilidad total es dependiente de un conjunto de factores diversos, cada uno con su margen de probabilidad específico, véase sobre todo FISCHER 2001: 614ss.

Es bien evidente que siempre hay un problema referido a la tasación o atribución de valor monetario a bienes carentes de un valor económico directo (como el dinero mismo) o fácilmente tasable en el mercado, como puedan ser una casa o una finca. Un ojo o una pierna no tienen tal valor, a no ser que exista, a efectos de responsabilidad civil, un baremo que se aplique de manera inmediata o por analogía, como en España sucede con el baremo en materia de responsabilidad civil por accidentes provocados por la circulación de vehículos de motor, de conformidad, actualmente, con el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor²¹⁵, baremo actualizado por la Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Pero esa no es una dificultad que se suscite específicamente para el caso de la responsabilidad por pérdida de oportunidad y su cálculo de indemnizaciones, sino un problema general que afecta del mismo modo a la responsabilidad por daño ordinario.

Por otro lado, en muchos casos, y en particular los de responsabilidad médica, puede resultar complicado establecer la probabilidad de resultado favorable de un determinado tratamiento o de cierta cirugía, por ejemplo, pero siempre será posible echar mano del juicio de expertos independientes y, sobre todo, de estadísticas (Thévenoz, 2002, p. 241; Koch, 2010, pp. 632-635).

Así pues, se trata en tales casos de pérdida de oportunidad de calcular la indemnización en cuestión a partir del valor del bien que ha sufrido un daño, pero teniendo en cuenta el índice de probabilidad de que el daño se hubiera evitado o hubiera ocurrido igualmente, aunque no mediara la acción culposa del agente. Se trata de una alternativa que parece considerablemente más equitativa que la de considerar que no ha lugar a la imputación de responsabilidad y consiguiente indemnización, ya que no es seguro que el daño no hubiera acontecido igual²¹⁶, o que la de indemnizar por el valor completo del bien sobre el que ha recaído el daño final. Lo primero lleva a privilegiar al agente y lo segundo provoca una ventaja excesiva para el dañado.

²¹⁵ Modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación.

²¹⁶ Es la que se conoce como teoría del todo o nada: o se prueba plenamente que la acción del agente causó el daño, que de otro modo no hubiera ocurrido, y entonces se indemniza, o no se prueba tal relación causal determinante, y entonces no se indemniza. Muy útiles y ponderadas consideraciones al respecto, sobre la noción de “causalidad indeterminada” y sobre cómo a partir del año 2000 va entrando en crisis ese planteamiento de todo o nada, en PORAT, A., STEIN, A. 2003.

Bibliografía

- Adán Doménech, F. (2018). La carga de la prueba “versus” la facilidad y disponibilidad probatoria en los procesos de responsabilidad médica. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje= Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, 30(2), 287-306.
- Andel, P. L. (1984). Medical Malpractice: The Right to Recover for the Loss of a Chance of Survival. *Pepp. L. Rev.*, 12, 973.
- Andreu Tena, E. A., Lucas, A. A., & Laporta, E. D. (2013). Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. *Revista española de medicina legal*, 39(4), 162-167.
- Arcos Vieira, M. L. (2018). *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual*. Aranzadi.
- Asensi Pallarés, E., & Cid-Luna Clares, I. (2013). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica.
- Asua González, C. I. (2013). Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.
- Berrocal Lanzarot, A. I. B. (2011). A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, (16), 23-42.
- Brennwald, S. F. (1985). Proving causation in loss of a chance cases: A proportional approach. *Cath. UL Rev.*, 34, 747.
- Cadenas Osuna, D. C. (2018). *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* (Vol. 15). Boletín Oficial del Estado.
- Díaz Regañón, C. (2006). Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares.
- Férot, A. (2013). The theory of loss of chance: Between reticence and acceptance. *FIU L. Rev.*, 8, 591.
- Fischer, D. A. (2001). Tort recovery for loss of a chance. *Wake Forest L. Rev.*, 36, 605.
- Frasca, R. (2008). Loss of chance rules and the valuation of loss of chance damages. *J. Legal Econ.*, 15, 91.

- Galán Cortés, J. C. (2016). Responsabilidad civil médica, 5ª. *Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters*.
- Gallardo Castillo, M. J. (2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (45), 35-66.
- García Amado, J. A. (2011). Responsabilidad jurídica. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, pp. 125-132.
- _____ (2013a). Sobre algunos mitos del derecho de daños: Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. *In Derecho de daños* (pp. 65-142). Aranzadi Thomson Reuters.
- _____ (2013b). Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. *La filosofía de la responsabilidad civil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia*, 253-279.
- _____ (2018). El daño en la responsabilidad civil. En: Papayannis, D.M., Pereira Fredes, E. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Marcial Pons, pp. 271-296.
- Garrido Falla, F. (1997). La responsabilidad patrimonial del Estado: ¿ hasta dónde debe indemnizar?. *In Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (pp. 303-322). Ministerio de Justicia.
- Thomas, K. G. (2006). La «perte d'une chance» en droit privé européen: «tout ou rien» ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine. *Christine Chappuis/Bénédict Winiger (éds), Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile*.
- King Jr, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *Yale Lj*, 90, 1353.
- Koch, S. R. (2010). Whose loss is it anyway-effects of the lost-chance doctrine on civil litigation and medical malpractice insurance. *NCL Rev.*, 88, 595.
- Koehler, J. J. (2003). Which chance was lost? The psychology of damage awards under the loss of chance doctrine. *Psychology and Economics. The Psychology of Economic Decisions. Vol. 2: Reason and Choices*, Oxford University Press, pp. 211-224.
- Lentz, J. 2017: Controverses autor de la notion de perte d'une chance envisagée autant que dommage. <https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/4986/4/TFE%20Lentz%20Perte%20d%27une%20chance.pdf>

- Luna Yerga, L. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria: culpa y causalidad*. Thomson Civitas.
- _____ (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 288, pp. 1-18.
- Alcoz, L. M. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson-Civitas.
- _____ (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 30, pp. 30-74.
- Mir Puigpelat, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Civitas.
- (2016). La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y su capacidad de prevención de errores médicos. *Revista Foro FICP*, abril 2016, pp. 97-106 <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/12/Foro-FICP-2016-1.pdf>
- Navarro Simón, E. M. (2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 8, pp. 313-327.
- Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. *Documentación Administrativa.*, 237-238.
- Porat, A., & Stein, A. (2003). Indeterminate causation and apportionment of damages: an essay on Holtby, Allen, and Fairchild. *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 667-702.
- Ragel Sánchez, L. F. R. (2000). Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (18), 227-253.
- Schebesta, H. (2013). *Towards an EU law of damages: damages claims for violations of EU public procurement law before national and European judges* (Doctoral dissertation). <https://core.ac.uk/download/pdf/45683765.pdf>.

- Scott, W. (1992). Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases. *The Modern Law Review*, 55(4), 521-525.
- Solé Feliu, J. (2018). Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria/Difficulties of proof in medical malpractice: tools making the burden of proof easier. *Revista de Derecho Civil*, 5(1), 55-97.
- Wolf, J. D. (1986). Playing the Percentages: A Re-Examination of Recovery for Loss of Chance. *Santa Clara L. Rev.*, 26, 429.
- Thévenoz, L. (2002). La perte d'une chance et sa réparation. *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, 237-276.
- Yzquierdo Tolsada, M. Y. (2001). La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo.: Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *DS: Derecho y salud*, 9(1), 35-50.