

## Oportunidades perdidas

La doctrina de la pérdida de oportunidad en  
la responsabilidad civil médico-sanitaria

Álvaro Luna Yerga

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

288

### ***Abstract***

*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. Este trabajo estudia la doctrina de la pérdida de oportunidad y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria.*

### ***Sumario***

1. **Condiciones preexistentes y problemas de prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria**
2. **Reparación de la pérdida de oportunidad**
3. **¿Han de indemnizarse las oportunidades perdidas? Una justificación desde el análisis económico del derecho**
4. **Límites en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad**
5. **¿Cuánto vale la oportunidad perdida?**
6. **La doctrina de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia española sobre responsabilidad civil médico-sanitaria**
  - 6.1. **La STS, 1ª, 10.10.1998**
  - 6.2. **Facilitación de la carga de la prueba e indemnización del daño final en supuestos de pérdida de oportunidad**
  - 6.3. ***Wrongful birth* y pérdida de oportunidad**
7. **Conclusiones**
8. **Tabla de Sentencias citadas**
  - 8.1. **España**
  - 8.2. **Estados Unidos de América**
  - 8.3. **Reino Unido**
9. **Bibliografía**

## *1. Condiciones preexistentes y problemas de prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria*

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.

En estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos y que oscila, con carácter general, entre el 50% para asuntos civiles ordinarios en los ordenamientos jurídicos del *Common Law* (*Preponderance of Evidence*) y el 100% o porcentajes cercanos en los ordenamientos jurídicos del derecho continental<sup>1</sup>.

Frente al problema de la incerteza causal (*Uncertainty over Causation*), los Tribunales han seguido tres aproximaciones diferentes:

1. Tradicionalmente han adoptado un criterio de todo o nada (*All-or-Nothing Approach*), conforme al cual, o bien no existe relación de causalidad y, por tanto, no cabe imponer responsabilidad o, si concurre, la responsabilidad iguala los totales perjuicios sufridos por la víctima.
2. No obstante, en ocasiones facilitan la carga de la prueba reteniendo, mayormente, las características de una aproximación de todo o nada. Así, en algunas jurisdicciones norteamericanas bastaría con acreditar que la negligencia médica incrementó el riesgo del paciente de sufrir un daño (*Increased Risk of Harm*)<sup>2</sup> o que destruyó una posibilidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable (*Substantial Possibility of Achieving a More Favorable Outcome*)<sup>3</sup>. Parecidamente, en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Supremo recurre a una suerte de presunción judicial y afirma, en ocasiones, que «no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud»<sup>4</sup>.
3. Recientemente, acuden a la doctrina de la pérdida de oportunidad (*Loss of Chance Doctrine, Perte de Chance*).

---

<sup>1</sup> Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 63-70 y “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret* 4/2003, WP nº 165, pp. 2-4.

<sup>2</sup> *Hamil v. Bashline* 392 A.2d 1280 (Pa. 1978).

<sup>3</sup> *Thompson v. Sun City Community Hospital, Inc.* 688 P.2d 605 (Az. 1984).

<sup>4</sup> Entre otras, STS, 1ª, 27.5.2003 (A. 3929). *Vid* 6.2.

## 2. Reparación de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial<sup>5</sup> cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil médico-sanitaria<sup>6</sup> es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. KING, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (*Valuation*)<sup>7</sup>. En este trabajo la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (*Probabilistic Causation*), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente.

Así, imaginemos un caso en que el facultativo no diagnostica que el paciente sufre un cáncer sino cuando ya ha devenido inoperable y que, aún detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir. Según la postura tradicional del *Common Law*, conforme a la cual el demandante debe demostrar que con un diagnóstico a tiempo la supervivencia del paciente era más probable que su muerte, con bastante seguridad no se daría compensación alguna, pues dada la reducida expectativa de supervivencia aún con un diagnóstico temprano no se satisfecería el umbral de certeza del 51%. En estos casos, además, la preponderancia de la prueba apunta en sentido contrario, dado que existe una elevada probabilidad (70%) de que la muerte del paciente se deba al cáncer que padecía.

En el ordenamiento jurídico español, en que el umbral de certeza se halla establecido en algún lugar cercano al 100%, la mayor dificultad de la prueba de la relación de causalidad, a salvo los supuestos en que sea posible su acreditación mediante presunción judicial (art. 386 LEC), no hace sino corroborar las conclusiones apuntadas en este trabajo.

Sin embargo, una aproximación más racional permitiría al demandante una compensación por la pérdida de oportunidad. Si bien en la mayoría de casos no será posible demostrar que la negligencia médica fue la causa de la muerte o del empeoramiento de la salud del paciente, sí será posible acreditar que dicha negligencia le privó de una oportunidad de curarse igual al 30%<sup>8</sup>. Con ello se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria

---

<sup>5</sup> Si bien los mayores desarrollos provienen recientemente del derecho de daños, la doctrina se originó en el derecho de contratos. *Vid. Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K. B. 786, que concedió a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de oportunidad de optar a uno de los doce premios como consecuencia de no serle notificado por el demandado el día en que se celebraba la final.

<sup>6</sup> *Vid. Hicks v. United States* 368 F.2d 626 (4 Cir. 1966), que resuelve un caso en que un paciente falleció a consecuencia de una obstrucción intestinal, erróneamente diagnosticada como gastroenteritis.

<sup>7</sup> Joseph H. KING, Jr., *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale Law Journal 1353 (1981).

<sup>8</sup> Robert A. REISIG, Jr., *The Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: an Overview*, 13 American Journal of Trial Advocacy 1163, 1169 (1990).

que permite presumir que el facultativo, con su acción u omisión, causó un daño abstracto (la oportunidad perdida, *Lost Chance*) del que debe responder. De este modo, no se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño sino, por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño. Se dice así que esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado, no negligente, y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción (ya que, en toda hipótesis, la certidumbre que puede afectar a la oportunidad en el plano estadístico muda en incertidumbre en el plano individual)<sup>9</sup>.

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso.

Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio<sup>10</sup> que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de relación de causalidad<sup>11</sup>. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad<sup>12</sup>.

### ***3. ¿Han de indemnizarse las oportunidades perdidas? Una justificación desde el análisis económico del derecho***

Históricamente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se explica por la dificultad de la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria y por la injusticia que supone negar toda clase de reparación en casos como los descritos<sup>13</sup>. Además, se afirma, parece verosímil que exista algún tipo de contribución causal en la producción del daño, de ahí que se defienda la

---

<sup>9</sup> Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, Sirey, 1977, pp. 122.

<sup>10</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", en *Derecho Sanitario*, vol. 9, nº 1, enero-junio 2001, pp. 35-50, p. 45 y *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 214.

<sup>11</sup> *Vid.*, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, "§ 26: Factual Cause", *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 2, March 25, 2002.

<sup>12</sup> David W. ROBERTSON, *The Common Sense of Cause in Fact*, 75 *Texas Law Review* 1765, 1785 (1997).

<sup>13</sup> Margaret T. MANGAN, *The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay for Human Life*, 42 *South Dakota Law Review* 279, 285 (1997).

necesidad de imponer alguna clase de responsabilidad a la parte demandada, cuanto menos en los casos en que la oportunidad perdida fuera significativa, para prevenir la repetición de comportamientos similares en el futuro. Buena parte de los defensores de esta doctrina consideran, con independencia de lo anterior, que con ella se redefine el daño y que la oportunidad de evitar un perjuicio, en tanto que puede ser valorada económicamente, debe ser en sí misma protegida (*Chance Has Value Theory*)<sup>14</sup>.

Sin embargo, esta doctrina no es pacífica. Así, entre otras consideraciones, se ha argumentado que contradice radicalmente los principios que rigen el ordenamiento jurídico español y, en particular, la obligación de reparación íntegra del daño del art. 1902 CC, que lleva a rechazar cualquier principio de responsabilidad parcial. También, que es un hecho completamente arbitrario pretender aislar como un daño intermedio la pérdida de oportunidad, dado que lo que en realidad se pretende es regular la reparación del perjuicio final<sup>15</sup>. A la postre, se afirma que esta doctrina abre la puerta a la indemnización sistemática en la responsabilidad civil médico-sanitaria, en que por definición cualquier error médico implica pérdida de oportunidades de curación o supervivencia para los pacientes, salvo que el facultativo pruebe que el daño se debe a una circunstancia ajena a su actuación, lo que no consiste sino en una inversión encubierta de la carga de la prueba<sup>16</sup>.

Más fundadas parecen las críticas que desde una perspectiva económica apunta un sector de la doctrina del *Common Law*, que sostiene que la preponderancia positiva de la prueba -y, por extensión, cualquier regla de umbral de probabilidad, como señaladamente la que rige en el ordenamiento jurídico español- conduce a un índice esperado de error muy inferior al que comporta la doctrina de la pérdida de oportunidad, en que el porcentaje de error asciende al 100% de los casos resueltos. Así, tomando como base *Fennell v. Southern Maryland Hospital*<sup>17</sup>, que rechazó aplicar la doctrina en un supuesto de pérdida de oportunidades de supervivencia, imaginemos un grupo de 99 enfermos de cáncer y que cada uno de ellos tiene una esperanza de supervivencia del 33%. Imaginemos también que todos ellos recibieron un tratamiento médico negligente y que los 99 pacientes murieron. Conforme al estándar tradicional de prueba del *Common Law* -lo mismo sucedería bajo el estándar de prueba de los países del *Civil Law*- se hubiera negado una indemnización en los 99 casos, pues cada paciente tenía menos de un 50% de posibilidades de sobrevivir. Estadísticamente, por tanto, si los 99 hubieran recibido el tratamiento adecuado, 33 se habrían salvado y 66 habrían fallecido, de tal modo que la regla tradicional habría producido 33 errores denegando una compensación en los 99 casos<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Stephen F. BRENNWALD, *Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach*, 34 *Catholic University Law Review* 747, 752-753 (1985).

<sup>15</sup> Joaquín ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 343-345.

<sup>16</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 45 y *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>17</sup> *Fennell v. Southern Maryland Hospital* [Md. 1990] 580 A. 2d 206.

<sup>18</sup> Vincent R. JOHNSON y Alan GUNN, *Studies in American Tort Law*, Durham, Carolina Academic Press, 1999, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 370-371.

Por el contrario, el principio de la pérdida de oportunidad habría indemnizado a los 99 pacientes, pero cada uno de ellos habría recibido sólo 1/3 parte de la indemnización esperada por el fallecimiento. De nuevo, estadísticamente, 33 pacientes se habrían salvado, por lo que estos pacientes que, con los cuidados apropiados, habrían sobrevivido, son infracomensados, mientras que los otros 66 pacientes que, en cualquier caso, habrían fallecido, reciben una sobrecompensación de 1/3. El principio de la pérdida de oportunidad, por tanto, habría producido errores en los 99 casos.

No obstante, la crítica conforme a la cual la regla tradicional de prueba del *Common Law* en derecho de daños produce menos errores que el principio de la pérdida de oportunidad no puede ser aceptada en estos términos, pues tan solo computa la indemnización esperada y efectivamente recibida por los demandantes. Más allá de la función resarcitoria, cabe poner el acento en el cumplimiento de la función preventiva del derecho de daños. En efecto, conforme a la regla tradicional los demandados no serían condenados a pagar por su negligencia, de modo tal que se produciría un fenómeno claro de infraprevención. Por el contrario, bajo el principio de la pérdida de oportunidad los demandados satisfacen, en términos globales, una cantidad económica ajustada a los daños causados: siguiendo el ejemplo, compensar con 1/3 en los 99 casos es tanto como compensar con el 100% en sólo 33 de ellos.

#### ***4. Límites en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad***

Más allá de las críticas a la doctrina de la pérdida de oportunidad y particularmente en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, es necesario establecer unos límites que contengan su ámbito de aplicación y eviten la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba. Algunos de los criterios, ya mencionados, que sustentan la doctrina, tales como la dificultad de prueba, la injusticia a que conduce la aplicación estricta de las reglas sobre carga probatoria o la función preventiva del derecho de daños, contienen parcialmente su ámbito de aplicación, pero se muestran incapaces de diseñar una regla general sobre la pérdida de oportunidad<sup>19</sup> que resuelva el problema de la causalidad en los casos siguientes:

1. **Causalidad probabilística.** No existe acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario ha de extenderse su aplicación a todos los casos, incluso a aquéllos en que la probabilidad sea superior al estándar de persuasión y, por tanto, conforme a las reglas tradicionales sobre prueba permitiera la indemnización por los totales perjuicios sufridos por la víctima. Lo anterior no supone sino la sustitución de la doctrina tradicional por una regla de causalidad proporcional, conforme a la cual el agente siempre será considerado causante del daño en función de la probabilidad estadística de su causación y condenado a pagar una

---

<sup>19</sup> David A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 36 Wake Forest Law Review 605, 650 (2001).

indemnización acorde a dicha probabilidad<sup>20</sup>. Sin entrar en la discusión sobre la preferencia por unas u otras reglas de responsabilidad, que escapa con mucho del objeto de este trabajo, un sector de la doctrina ha recurrido al criterio de las consideraciones sobre la regla de derecho aplicable a cada caso (*Case-Specific Policy Considerations*) apuntado por Wex S. MALONE<sup>21</sup> como instrumento para contener la expansión de la doctrina. Así, cuál sea el propósito de la norma vulnerada en cada caso ha de conducir al juzgador a aplicar o no dicha doctrina en orden a garantizar su cumplimiento<sup>22</sup>.

2. **Probabilidades estadísticas muy reducidas.** En segundo lugar, se ha planteado si debe imponerse un porcentaje a partir del cual sea posible obtener la reparación por las oportunidades perdidas. Con carácter general se asume en la jurisprudencia que la doctrina de la pérdida de oportunidad permite la indemnización de cualesquiera probabilidades estadísticas, incluso aunque éstas sean muy reducidas<sup>23</sup>. Como sugiere KING, tan cuestionable es indemnizar con el 100% a quien sólo tenía un 95% de probabilidades de supervivencia como indemnizar estas probabilidades estadísticas reducidas<sup>24</sup>. No obstante, en estos casos el requisito causal se diluye y la indemnización de oportunidades muy reducidas lleva a condenar al médico por el mero incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente, acaso insignificante, lo que contradice los principios de la responsabilidad civil médico-sanitaria.
3. **Reducción estadística de probabilidades de curación o de supervivencia.** La tercera cuestión a valorar es si la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta de aplicación en los casos de mera reducción estadística de probabilidades de curación o de supervivencia en que el paciente no sufre daño alguno. Si se entiende que la oportunidad perdida tiene un valor por sí misma, entonces su indemnizabilidad sería independiente de que el paciente efectivamente hubiera sufrido algún tipo de daño. Sin embargo, con el beneficio de la retrospectión (*Hindsight Bias*), ahora sabemos que la oportunidad estadística perdida carecía de valor, en tanto que el paciente no requirió de ella para evitar el resultado adverso. En realidad, puede afirmarse que ni tan siquiera se trataba de una verdadera oportunidad: el paciente no puede alegar que perdió una oportunidad si de poder ser ésta repuesta el resultado no sería más favorable que el definitivamente alcanzado<sup>25</sup>, por lo que no debería recibir compensación alguna.

---

<sup>20</sup> Saul LEVMORE, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 *Journal of Legal Studies*, 691, 718 (1990).

<sup>21</sup> Wex S. MALONE, *Ruminations on Cause-In-Fact*, 9 *Stanford Law Review* 60 (1956).

<sup>22</sup> David A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, *op. cit.*, pp. 650-656.

<sup>23</sup> *Vid. Murrey v. United States* 73 F.3d 1448 (7 Cir. 1996), en que el Tribunal indemnizó la pérdida de un 5% de probabilidades de supervivencia.

<sup>24</sup> Joseph H. KING, Jr., *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, *op. cit.*, p. 1387.

<sup>25</sup> Glenn COOPER, *Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort*, 6 *Auckland University Law Review* 39, 47-48 (1988).

4. *Proportional Risk Recovery*. Estrechamente ligada a la cuestión anterior, se ha planteado si deben indemnizarse las oportunidades perdidas de curación o de supervivencia cuando el daño final todavía no se ha producido y es incierto si se producirá en el futuro, lo que se conoce como *Proportional Risk Recovery*. En tales casos se indemniza, no la causación de un daño médico-sanitario, sino la exposición a un riesgo como consecuencia de la conducta médica negligente<sup>26</sup>. Esta exposición comporta así un daño económico, en tanto que la mera exposición a ese riesgo supone una disminución del valor de la vida<sup>27</sup> - en teoría, por ejemplo, el precio de un seguro de vida para este paciente sería superior una vez reducidas sus probabilidades de curación o supervivencia-. No obstante, la aplicación de esta doctrina supone indemnizar a pacientes que jamás sufrirán daño alguno, lo que conduce a la sobrecompensación. Para superar buena parte de las críticas a la *Proportional Risk Recovery Rule* se argumenta que el paciente puede contratar un seguro de vida, de tal modo que sólo aquellos que en el futuro sufran algún daño recibirán alguna clase de compensación por parte de la compañía aseguradora<sup>28</sup>. Sin embargo, la extensión de la doctrina de la pérdida de oportunidad a estos casos merece el mismo reproche que sugieren los casos de mera pérdida estadística de probabilidades: en tanto que no se produzca el daño no puede saberse si la oportunidad perdida tiene realmente o no valor<sup>29</sup>.

## 5. ¿Cuánto vale la oportunidad perdida?

El cálculo de la indemnización en los supuestos de pérdida de oportunidad añade a la tradicional dificultad de la valoración de los daños en el ámbito médico-sanitario el problema de cuantificar meras probabilidades estadísticas de curación o supervivencia, lo que supone aventurar qué hubiera sucedido de no haber incurrido el facultativo demandado en negligencia. La imposibilidad de establecer un nexo causal entre la negligencia médica y el perjuicio final supone que el responsable de una pérdida de oportunidad de curación o supervivencia no pueda ser condenado a la reparación de los totales perjuicios sufridos por el paciente (esto es, la muerte, el daño corporal, etc.) sino sólo por el valor de las expectativas de supervivencia o curación destruidas (**Compensación proporcional, *Proportional Compensation***)<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Vid. *Claudet v. Weyrich* 662 So.2d 131 (La.App. 4 Cir., 1995), en que el Tribunal indemnizó a un paciente de cáncer por la pérdida de un 33% de probabilidades de supervivencia por el retraso en el diagnóstico, pese a que en el momento de la decisión aquél contaba aún con un 42% de probabilidades de supervivencia.

<sup>27</sup> David ROSENBERG, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 *Harvard Law Review* 851, 886-887 (1984); David A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, *op. cit.*, p. 633.

<sup>28</sup> David A. FISCHER, *Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox*, 46 *Vanderbilt Law Review* 1201, 1224-1226 (1993).

<sup>29</sup> Cuestión distinta es la indemnización en aquellos casos en que se haya producido un daño y se entienda que las consecuencias futuras no son sino una parte del daño presente. Vid. Joseph H. KING, Jr., *Reduction of Likelihood. Reformulation and other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, 28 *University of Memphis Law Review* 492, 510 (1998).

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 492-493.

Así, en la práctica, Jueces y Magistrados evaluarán la totalidad de perjuicios sufridos por la víctima y fijarán la indemnización en función de una fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad. Volviendo de nuevo al caso en que el facultativo no diagnostica a tiempo que el paciente sufre un cáncer sino cuando éste ya es inoperable y que, aún detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir, la indemnización consistirá en el 30% de aquella que hubiera correspondido en caso de haberse podido imputar al médico la muerte del paciente<sup>31</sup>.

En ocasiones la negligencia médica no comporta la destrucción total de oportunidades sino, tan sólo, su reducción en un determinado porcentaje. Imaginemos, así, que el diagnóstico del cáncer que sufría el paciente se hubiera producido en un momento en el que éste todavía era operable, si bien que con una probabilidad de éxito del 10%, y el paciente fallece. La doctrina de la pérdida de oportunidad permitiría, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, esto es, un 20%.

El cálculo de la indemnización es aún más complejo en los casos en que dependa de eventos futuros, lo que arriba hemos denominado *Proportional Risk Recovery*. Así, pensemos en un caso en que el demandante atribuya al médico demandado la pérdida de la oportunidad de evitar el desarrollo futuro de una ceguera. Caso de admitirse la aplicación de la pérdida de oportunidad en estos supuestos, apunta KING<sup>32</sup>, caben dos posibilidades de cálculo de la indemnización:

- a) En primer lugar, cabe considerar la posible ceguera como un evento único (*Single Outcome Approach*), en cuyo caso la indemnización consistiría en la indemnización de un porcentaje del valor de la ceguera atribuible a la oportunidad perdida.

En el ejemplo, si suponemos que la edad más probable en que el paciente demandante sufriría la ceguera son 50 años y que, en tal caso, dicha ceguera revestiría un valor económico de 100.000 €, la indemnización por la pérdida de oportunidad atribuible a la negligencia del facultativo, si suponemos que la probabilidad de que ocurra en cualquier momento es del 30%, sería de 30.000 €.

- b) En segundo lugar, un modo más preciso de cálculo de la indemnización considera la posibilidad de que la ceguera se produzca en diferentes momentos de la vida del paciente. En tal caso, la indemnización valoraría todos los resultados adversos posibles, de modo que se correspondería con la suma de los daños para cada uno de ellos moderados por la probabilidad de su ocurrencia (*Expected Value Approach*).

En el ejemplo, si suponemos que existe un 25% de probabilidades de que la ceguera suceda a la edad de 50 años y que ello causaría unos daños de 100.000 €; del 4% a 40 años para unos daños de 200.000 €; del 1% a 30 años para unos daños de 300.000 €; y un 70% de que la ceguera nunca tenga lugar, la indemnización por la pérdida de la oportunidad sería de 36.000 € [(25% · 100.000) + (4% · 200.000) + (1% · 300.000) + (70% · 0)].

---

<sup>31</sup> Por todas, *vid. Wenland v. Sparks* 574 N.W.2d 327 (Ia. 1998), que resuelve un caso en que una enferma de cáncer falleció por una parada cardiorespiratoria sin que el facultativo demandado intentara la reanimación.

<sup>32</sup> Joseph H. KING, Jr., *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, *op. cit.*, p. 1383.

No obstante, la jurisprudencia comparada ha seguido, en ocasiones, sistemas de cálculo diversos:

1. **Compensación íntegra (*Full Compensation*)**. Algunos Tribunales norteamericanos han optado por la reparación de los totales perjuicios causados en casos de pérdida de oportunidad. El razonamiento en estos casos, apunta Dan D. DOBBS<sup>33</sup>, sería como sigue:
  - a) La negligencia del facultativo demandado incrementó el riesgo de muerte;
  - b) El incremento de riesgo junto con el riesgo derivado de la enfermedad o lesión preexistente lleva a la causación de un daño único e indivisible;
  - c) Por consiguiente, si la negligencia del médico demandado constituyó un factor sustancial en la producción del daño, debe ser considerado responsable por los totales perjuicios causados salvo que pueda demostrar una base para su reparto.
  
2. **Compensación discrecional (*Discretionary Valuation*)**. Las oportunidades perdidas son valoradas en ocasiones de un modo más subjetivo incluso aunque exista prueba que cuantifique la probabilidad estadística de un modo preciso. Así, algunas jurisdicciones de los Estados Unidos se han pronunciado a favor de la valoración del daño conforme a la libre apreciación de la prueba por el juzgador de hecho<sup>34</sup>.

## 6. *La doctrina de la pérdida de oportunidades de curación en la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médico-sanitaria*

La evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médico-sanitaria iniciada a mediados de la década pasada, que condujo a la flexibilización de la carga de la prueba de la culpa, ha alcanzado también a la prueba del nexo causal, que Jueces y Magistrados aligeran ahora mediante diferentes principios e instrumentos procesales de facilitación probatoria<sup>35</sup>, entre los que despunta la doctrina de la pérdida de oportunidad. Aún es pronto para valorar la recepción de esta doctrina en el ámbito médico-sanitario en nuestro ordenamiento jurídico por la ausencia de jurisprudencia al respecto en la Sala Primera del Tribunal Supremo y los escasos pronunciamientos en las Audiencias Provinciales.

La cuestión es diferente en la jurisdicción contencioso-administrativa, donde la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido ampliamente aceptada por la Audiencia Nacional, que ha recurrido a ella, entre otras, en las SSAN 4.11.2003 -paciente fallece como consecuencia de una insuficiencia cardíaca diagnosticada tardíamente-; 5.11.2003 -paciente fallece a consecuencia de cáncer de pulmón diagnosticado tardíamente-; 19.11.2003 -paciente con cefalea fallece a consecuencia de una hemorragia cerebral que podía haber sido detectada con un fondo de ojo-.

<sup>33</sup> Dan D. DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn., West Group, 2000, pp. 435-436. *Vid. Hamil v. Bashline* 392 A.2d 1280 (1978).

<sup>34</sup> *Vid. Smith v. State*, 676 So.2d 543 (La. 1996), que resuelve un caso en que el paciente falleció a consecuencia de un cáncer de pulmón que fue diagnosticado cuando ya no era operable.

<sup>35</sup> Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad, op. cit., passim*.

No obstante, la creciente flexibilización probatoria del nexo causal por el Tribunal Supremo en casos susceptibles de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el incremento de las demandas sobre responsabilidad civil médico-sanitaria y de su alegación en los pedimentos, así como la creciente aceptación de la doctrina en los sistemas legales de nuestro entorno apuntan hacia un aumento futuro de su protagonismo.

### 6.1. La STS, 1ª 10.10.1998

La doctrina de la pérdida de oportunidad fue aplicada expresamente por primera y única vez en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria en la STS, 1ª, 10.10.1998 (A. 8371). En el caso, el actor, trabajador de la empresa "Frigo, SA", sufrió la amputación de la mano derecha cuando se puso en marcha accidentalmente la máquina que desatascaba en aquel momento. La ATS codemandada le procuró la primera asistencia médica en la empresa y dio instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, un compañero de trabajo del actor consideró oportuno cambiar la caja por otra de corcho blanco de las utilizadas para tartas heladas en la que introdujo hielo seco o sintético, lo que hizo sin comunicarlo a la ATS, que advirtió el cambio de caja pero no la abrió por considerarlo más idóneo. El segmento amputado llegó al Centro Sanitario en avanzado estado de congelación, lo que determinó que el reimplante no tuviera éxito porque el miembro no reunía ya las condiciones idóneas. El actor demandó a "Frigo, SA", a la doctora de la empresa –que no se hallaba en el lugar en el momento de los hechos- y a la ATS y reclamó una indemnización de 120.202,42 €, que fue desestimada por el Juzgado y la Audiencia. El Tribunal Supremo, sin embargo, revocó parcialmente la sentencia de la Audiencia y condenó a la ATS a pagar 9.015 €.

En efecto, la actuación de la ATS no fue todo lo diligente que las circunstancias imponían, ya que debió comprobar que la caja contenía hielo natural y no sintético, pero no se le puede imputar la responsabilidad por el fracaso del reimplante, pues incluso en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. No obstante, el Tribunal Supremo le imputa la pérdida de oportunidad que supuso para el actor el que la operación de reimplante de la mano no pudiera efectuarse en dichas condiciones de normalidad:

«Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada doña Nuria M. G. no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas» (FD. 2º).

En la Sentencia, sin embargo, no se contiene mención alguna a la probabilidad estadística de éxito de la operación de reimplante, ni tampoco se explicitan las bases de cálculo de la indemnización,

lo que impide conocer el razonamiento del Tribunal Supremo en orden a la cuantificación de la oportunidad perdida y dificulta la formación de una jurisprudencia uniforme al respecto. La ausencia de criterios claros sobre la aplicación de esta doctrina puede ocultar su empleo por razones de justicia material, lo que provocaría una distorsión del sistema de responsabilidad civil.

En un caso anterior, el resuelto por la STS, 1ª, 6.7.1990 (A. 5780), el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la indemnizabilidad de oportunidades perdidas. En el caso, un paciente de 71 años fue remitido de urgencia al hospital demandado con un cuadro de bronquitis aguda y dolor precordial con radiación a cuello y brazo. Sin embargo, la ATS que lo recibió en el hospital no entendió o no descifró en su totalidad el volante de ingreso y, creyendo que se trataba simplemente de un enfermo bronquítico y ante la instrucción de no admitir más enfermos por falta de camas ordenó su traslado a otro hospital, en el que ingresó cadáver. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por falta de prueba del nexo causal entre la negligencia de la ATS y la muerte del paciente. El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó el recurso de casación interpuesto por la viuda e hijos del fallecido, que alegaban que se había privado al paciente «del derecho a la asistencia médica que en definitiva no es otra cosa que la negación al derecho a tener unas posibilidades, aunque sean remotas o indeterminadas, de supervivencia ante una patología concreta» (FD. 2º) y condenó al hospital a pagar 18.030 € a la viuda y 6.010 € a cada uno de sus cuatro hijos. No obstante, el Tribunal Supremo no indemnizó las oportunidades perdidas sino el daño moral de los familiares, que considera una indemnización compensatoria por la vía de sustitución (FD. 4º).

## **6.2. Facilitación de la carga de la prueba e indemnización del daño final en supuestos de pérdida de oportunidad**

En ocasiones la indemnización concedida por el Tribunal Supremo abarca los totales perjuicios sufridos por la víctima cuando el daño se reducía estrictamente a la pérdida de posibilidades de curación. En estos casos el Tribunal Supremo flexibiliza la prueba del nexo causal y afirma que «no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud». Si bien estos casos han sido identificados en ocasiones como supuestos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo cierto es que el Tribunal Supremo no sólo no se pronuncia expresamente al respecto sino que, antes bien, considera acreditada -o acaso presumida- la relación de causalidad entre la negligencia médica y el perjuicio final. Sin embargo, como se defiende en este trabajo, lo correcto hubiera sido indemnizar exclusivamente por el valor de las oportunidades perdidas.

Así se observa, por ejemplo, en la STS, 1ª, 25.9.1999 (A. 7275). En el caso, el marido y padre de los actores había sufrido una contusión en la región lumbar derecha en un accidente laboral, por lo que fue atendido de urgencias en el Hospital Arnau de Vilanova y, posteriormente, en la «Mutua de Accidentes de Trabajo Asepeyo» y en el dispensario de su empresa, donde se observó la existencia de equimosis en la cara interna del muslo y estado de malestar general, dolor, sudoración fría y sequedad de boca. El paciente fue remitido al Hospital Arnau, donde el médico del servicio de urgencias no ordenó su ingreso en la UCI, aunque apreció que se estaba produciendo un shock de origen infeccioso, que no se produjo hasta las 9 h. del día siguiente, cuando ya presentaba un cuadro grave de shock persistente, con lesiones equimótico-necróticas. El paciente falleció 30 días después a consecuencia del shock séptico que desencadenó un fallo multiorgánico. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por los actores contra el médico de la Mutua, al médico del servicio de urgencias del Hospital Arnau, a la Cía. «Winterthur», la «Mutua Patronal Asepeyo» y el Instituto Catalán de la Salud (ICS) en reclamación de 240.404,84 €, con el recargo del 20% en cuanto a «Winterthur». La Audiencia Provincial, por el

contrario, estimó parcialmente la demanda y condenó al médico del servicio de urgencias, a «Winterthur» y al ICS a pagar 108.182,18 €, condena que fue confirmada por el Tribunal Supremo con base en la negligencia omisiva del facultativo, que demoró en 12 horas el ingreso del paciente en la UCI. En la Sentencia no queda claro si la indemnización cubre los totales perjuicios causados, esto es, la muerte del paciente, o meramente la pérdida de oportunidades de curación, mas parece que nos hallamos ante el primer supuesto. En efecto, valorar la pérdida de un 10% de probabilidades de sobrevivir en 108.182,18 € cuando la cantidad demandada ascendía a 240.404,48 € parece excesivo, salvo que se conceda un mayor valor económico a ese último 10% de probabilidades de sobrevivir frente al otro 90%, lo que no se justifica.

En el caso resuelto por la STS, 1ª, 27.5.2003 (A. 3929), el marido de la actora había sido erróneamente diagnosticado en un hospital público de un cólico nefrítico y posible pielonefritis derecha, lo que determinó que fuera remitido al servicio de urología. El paciente, que en realidad padecía un aneurisma de aorta del que se hallaba en lista de espera para ser intervenido, como se indicaba en el historial clínico y puso de manifiesto su médico de cabecera en el parte de hospitalización, falleció a consecuencia de dicha enfermedad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial, por el contrario, revocó la Sentencia del Juzgado y condenó a la doctora demandada y al Servicio Andaluz de Salud a pagar 90.151,82 €, condena que fue convalidada en casación. Como en el caso anterior, parece que la indemnización cubre la reparación de los totales perjuicios causados, esto es, la muerte del paciente, lo que supone que el error de diagnóstico privó al paciente del 100% de probabilidades de curación al determinar un tratamiento inadecuado de su enfermedad. No obstante, la propia Sentencia considera acreditado que la única solución era la intervención urgente de su dolencia, intervención quirúrgica declarada de alto riesgo cuya mortalidad podía alcanzar el 50%.

### 6.3. Wrongful Birth y pérdida de oportunidad

Por último, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los supuestos de *wrongful birth*, esto es, aquéllos en que un feto nace con alguna malformación congénita que no fue detectada durante la gestación o comunicada a los progenitores, merece un comentario aparte. En estos casos, un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, en tanto que entiende que la negligencia médica habría privado a los progenitores de la posibilidad de decidir no llevar el embarazo a término<sup>36</sup>.

De entre los casos resueltos por el Tribunal Supremo ninguno se ha pronunciado al respecto. Sin embargo, en dos casos de nota resueltos por sendas Audiencias Provinciales<sup>37</sup>, SSAP Cádiz (Sección 1ª) de 17 septiembre 2002 (AC 1929) y León (Sección 2ª) de 15 septiembre 1998 (AC 1504), parece admitirse la aplicabilidad de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la determinación del nexos causal, si bien las respectivas demandas fueron desestimadas al no haberse acreditado la negligencia de los ginecólogos demandados.

---

<sup>36</sup> Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley* nº 4562, 1998, pp. 1-8 y Julio César GALÁN CORTÉS, "La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia", en *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. XII, nº 84-85, 1998, pp. 10-14.

<sup>37</sup> Aunque no se menciona expresamente, parece que la doctrina de la pérdida de oportunidad subyace en el fallo de la SAP Madrid (Sección 18ª), 5.5.1998 (AC. 7198), que resuelve otro caso de *wrongful birth*. La audiencia revocó el fallo desestimatorio de instancia y condenó al médico demandado a pagar 30.050,61 € por no haber retirado a la gestante una medicación contra el asma, que provocó las malformaciones del feto, así como por no haber realizado un seguimiento adecuado del embarazo.

En el caso resuelto por la SAP León, la hija de los actores nació con síndrome de Down, por lo que reclamaron al ginecólogo que siguió el embarazo y a “Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, SA” (Asisa) una indemnización, que fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación, pues el ginecólogo demandado no había sido negligente. Como *obiter dictum*, la Audiencia Provincial precisa que el daño resarcible consistiría en la pérdida de oportunidad que supone no haber dado a los actores la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down o abortar.

En el caso resuelto por la SAP Cádiz, el hijo de los actores nació con una enfermedad genética extremadamente rara, por lo que demandaron al ginecólogo que realizó el seguimiento del embarazo, a “Unión Médica Gaditana SA de Seguros” y a “José María Pascual, SA”, sociedad propietaria del Hospital donde se realizó dicho seguimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a los demandados a pagar, solidariamente, 142.200,05 € por los daños físicos sufridos por el menor y 84.142 € a cada progenitor en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial, sin embargo, estimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados y revocó la Sentencia del Juzgado, pues consideró que la actuación del ginecólogo demandado había sido ajustada a la *lex artis*.

Sin embargo, no está claro que la doctrina de la pérdida de oportunidad resulte de aplicación en estos casos. Como han expuesto Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU<sup>38</sup>, la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando la posibilidad del mismo aparezca como suficientemente seria, entendido «evento favorable para la víctima» todo aquél que sea aleatorio, casual o producto del azar. Quedaría descartado así que la materialización del evento pudiera depender en ningún caso de la voluntad de la víctima, lo que conduce a estos autores a descartar la aplicabilidad de esta doctrina en los supuestos de *wrongful birth*, puesto que la facultad de interrumpir el embarazo depende de la voluntad de la madre que, como perjudicada, estaría facultada para ejercitar la demanda.

La STS, 1ª, 18.12.2003 (A. 9302) podría suponer un avance en la recepción de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, precisamente en los supuestos de *wrongful birth*<sup>39</sup>.

En el caso, el hijo de los actores presentó al nacer graves malformaciones que no habían sido detectadas en las sucesivas ecografías a que había sido sometida su madre debido a la negligencia manifiesta de los facultativos que la atendieron. Los padres del menor, en su nombre y en el de su hijo, demandaron a los ginecólogos y ecografistas que siguieron el embarazo, al Hospital Universitario Materno Infantil Valle de Hebrón, al ICS y a Winterthur, en reclamación de una indemnización de 901.518 €. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar 30.050 €. La Audiencia Provincial revocó la Sentencia del Juzgado y absolvió a los demandados. El Tribunal Supremo, por su parte, absolvió al ginecólogo y condenó a los ecografistas a pagar diversas indemnizaciones por un valor total de 360.607 €, cantidad de la que habían de responder solidariamente las tres entidades codemandadas. En la Sentencia, ponencia del Magistrado Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, se tienen en cuenta para fijar la indemnización «la repercusión del hecho en sus vidas [de los actores] dada la entidad del evento producido, además del daño moral» y, se indica expresamente, las «expectativas de que se han visto privados los actores» (FD. 3º), que cabe entender vienen referidas a la pérdida de la oportunidad de interrumpir el embarazo.

<sup>38</sup> Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *op. cit.*, pp. 1114-1115.

<sup>39</sup> Esta Sentencia fue comentada en InDret por Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”, *InDret 2/2004*, WP nº 217.

## 7. Conclusiones

En este trabajo se considera la doctrina de la pérdida de oportunidad como un instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquellos procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria en que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño sufrido por el paciente. En tales casos, cuando existe una probabilidad significativa de que el daño no se hubiera producido de haberse dado la conducta debida, esta doctrina permite considerar que aquella negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que han de ser indemnizadas. Así, la indemnización se corresponderá con la fracción de la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima atribuible a las oportunidades de curación o supervivencia destruidas por la negligencia médica.

No obstante, es necesario contener el ámbito de aplicación de esta doctrina para evitar que su aplicación suponga la sustitución sistemática y arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y su prueba. Así, cabe negar la reparación de la mera reducción estadística de probabilidades, así como la pérdida de oportunidad cuando la producción del daño dependa de eventos futuros. Asimismo, cuando la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza habrán de indemnizarse los totales perjuicios sufridos por el paciente y no la mera pérdida de oportunidad. Por último, ha de negarse especialmente la indemnización de probabilidades estadísticas muy reducidas, por cuanto la disolución del elemento causal conduce a condenas basadas exclusivamente en el incremento del riesgo de sufrir un daño para el paciente.

## 8. Tabla de Sentencias citadas

### 8.1. España

#### *Tribunal Supremo*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>A.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
1ª, 6.7.1990	5780	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Inés Z. L. e hijos c. Santo Hospital Civil de Basurto y Sra. G. T.
1ª, 10.10.1998	8371	Antonio Gullón Ballesteros	José Manuel T. A. c. "Frigo, S.A.", Francisca B. C. y Nuria M. G.
1ª, 25.09.1999	7275	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	María R. del O., Fernando P. R. y Ana María P. R. c. Román S., José V. O., Cía. "Winterthur", "Mutua Patronal Asepeyo" e ICS
1ª, 27.05.2003	3929	Alfonso Villagómez Rodil	Gema c. Constanza, Carlos Francisco y SAS
1ª, 18.12.2003	9302	Jesús Fernández Corbal	Tomás N. G. y María Dolores G. M. c. Hospital Materno Infantil Valle de Hebrón, ICS, Winterthur y otros

*Audiencia Nacional*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Marginal</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
Contencioso-administrativa, 4.11.2003		Tomás García Gonzalo	
Contencioso-administrativa, 5.11.2003		Tomás García Gonzalo	
Contencioso-administrativa, 19.11.2003		Tomás García Gonzalo	

*Audiencias Provinciales*

<b>Audiencia, Sección y Fecha</b>	<b>Marginal</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
Madrid, Sección 18ª, 5.5.1998	AC 7198	Jesús Rueda López	Antonio F. L. c. Javier N. C. y "Sanitas, SA"
León, Secc. 2ª, 15.09.1998	AC 1504	Luis Adolfo Mallo	José V. P. y Elisa R. M., c. Elías C. A. y "Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, SA" (Asisa)
Cádiz, Secc. 1ª, 17.9.2002	AC 1929	Lorenzo del Río Fernández	Juan A. E. y Milagros R. R. c. Francisco P. R. y otros

**8.2. Estados Unidos de América**

<b>Caso</b>	<b>Referencia</b>
<i>Hicks v. United States</i>	368 F.2d 626 (4 Cir. 1966)
<i>Hamil v. Bashline</i>	392 A.2d 1280 (Pa. 1978)
<i>Thompson v. Sun City Community Hospital, Inc.</i>	688 P.2d 605 (Az. 1984)
<i>Fennell v. Southern Maryland Hospital</i>	580 A. 2d 206 (Md. 1990)
<i>Claudet v. Weyrich</i>	662 So.2d 131 (La.App. 4 Cir. 1995)
<i>Murrey v. United States</i>	73 F.3d 1448 (7 Cir. 1996)
<i>Smith v. State</i>	676 So.2d 543 (La. 1996)
<i>Wenland v. Sparks</i>	574 N.W.2d 327 (Ia. 1998)

**8.3. Reino Unido**

<b>Caso</b>	<b>Referencia</b>
<i>Chaplin v. Hicks</i>	[1911] 2 K. B. 786

**9. Bibliografía**

Joaquín ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1985.

Stephen F. BRENNWALD, *Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach*, 34 Catholic University Law Review 747 (1985).

Glenn COOPER, *Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort*, 6 Auckland University Law Review 39 (1988).

Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley* nº 4562, 1998, pp. 1-8.

- Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn., West Group, 2000.
- David A. FISCHER, *Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox*, 46 *Vanderbilt Law Review* 1201 (1993).
- David A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 36 *Wake Forest Law Review* 605 (2001).
- Julio César GALÁN CORTÉS, "La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia", en *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. XII, nº 84-85, 1998, pp. 10-14.
- Vincent R. JOHNSON y Alan GUNN, *Studies in American Tort Law*, Durham, Carolina Academic Press, 1999, 2<sup>nd</sup> ed.
- Joseph H. KING, Jr., *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 *Yale Law Journal* 1353 (1981).
- Joseph H. KING, Jr., *Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, 28 *University of Memphis Law Review* 492 (1998).
- Saul LEVMORE, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 *Journal of Legal Studies* 691 (1990).
- Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- Álvaro LUNA YERGA, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", *InDret 4/2003*, WP nº 165.
- Wex S. MALONE, *Ruminations on Cause-In-Fact*, 9 *Stanford Law Review* 60 (1956).
- Margaret T. MANGAN, *The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay for Human Life*, 42 *South Dakota Law Review* 279 (1997).
- Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 60, octubre/diciembre 2002, pp. 1097-1121.
- Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, "Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003", *InDret 2/2004*, WP nº 217.
- Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, Sirey, 1977.
- Robert A. REISIG, Jr., *The Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: an Overview*, 13 *American Journal of Trial Advocacy* 1163 (1990).
- David W. ROBERTSON, *The Common Sense of Cause in Fact*, 75 *Texas Law Review* 1765 (1997).
- David ROSENBERG, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 *Harvard Law Review* 851 (1984).
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, "§ 26: Factual Cause", *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 2, March 25, 2002.
- Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", en *Derecho Sanitario*, vol. 9, nº 1, enero-junio 2001, pp. 35-50.