

DAÑOS MÉDICOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Por Aquilino Yáñez de Andrés
Abogado

I

La Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, hace tiempo que ha acogido la posibilidad de establecer responsabilidad sanitaria en los supuestos de pérdida de oportunidad.

Dicha Sala considera estos casos como un supuesto intermedio diferente de la omisión de la “lex artis ad hoc” que requería la asistencia sanitaria prestada, configurándola como una figura alternativa que permite una respuesta indemnizatoria cuando la quiebra de dicho principio no se ha producido pero, pese a ello, concurre un daño antijurídico como consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario (S. 13-01-15).

Se considera que concurre este supuesto intermedio o alternativo de responsabilidad y consiguiente indemnización cuando exista la posibilidad de haber efectuado otro diagnóstico y, especialmente, cuando el mismo no se produce o se retrasa por la falta de realización de pruebas como resonancias magnéticas u otras, que pudieran haberlo facilitado, resaltando el derecho de los ciudadanos “de que, al menos van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee” (S. 3-11-10).

En nuestra opinión, sin embargo, se trata más bien de una infracción de la “lex artis”, pues una de las manifestaciones más claras de la falta de diligencia profesional, en cualquier ámbito, es el retraso culpable en el cumplimiento de las propias obligaciones, y en la medicina asistencial, estas incluyen la prescripción y práctica temporánea de las pruebas que posibilitan un correcto diagnóstico, en orden a la mejor atención posible del paciente.

Cuando estas pruebas no se prescriben, o no se realizan, generalmente el diagnóstico falla y la enfermedad avanza. Se trata de una falta de diligencia inequívoca, de un retraso culposo sancionado como tal en el art. 1101 del Código Civil, que sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a “los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad...”.

II

A la hora de fijar la pertinente indemnización de daños y perjuicios en los casos de pérdida de oportunidad, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha considerado necesario “valorar el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso, así como el grado, entidad o alcance de este mismo” (S. 6-04-15).

Con cierta similitud, en los casos de frustración de acciones judiciales, la Sala Primera del Tribunal Supremo (Ss. 28-6 y 27-10-12), consagra “el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito“, que va desde la indemnización total del daño, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la evitación del mismo, hasta la negación de toda indemnización cuando -la prueba omitida- fuese manifiestamente infundada y nunca hubiera podido evitar el daño, en condiciones de normal previsibilidad.

III

En el caso contemplado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso de 6 de febrero de 2018, nº 169/18, se enjuició el supuesto de una persona a la cual no se le detectó la grave enfermedad que padecía por no haberse practicado al inicio una prueba de resonancia magnética que la hubiera detectado y con la que se habrían podido tomar medidas que evitasen la evolución de la enfermedad, hasta llegar a la situación de gran invalidez en la que quedó prostrado, por el paso del tiempo, el paciente.

Se consideró en esta sentencia que existía una “alta probabilidad” de que el resultado de gran invalidez no hubiese llegado a producirse, de haberse practicado dicha prueba en su momento y haberse realizado un diagnóstico acorde a la misma, de tal modo que, previsiblemente, se habría evitado el resultado lesivo o al menos su extremo resultado.

La Sala, casando la sentencia recurrida, estimó el recurso y fijó una indemnización de 500.000 euros, por pérdida de oportunidad, lo que consideramos un gran avance en esta materia.

IV

Sin embargo, en nuestra opinión, dadas las circunstancias concurrentes y la grave falta de diligencia en que incurrieron los servicios sanitarios, omitiendo la prescripción y práctica de la prueba adecuada para efectuar un correcto diagnóstico, no debería considerarse la actuación de los mismos

conforme a la “lex artis ad hoc”, sino manifiestamente incumplidora de los deberes profesionales correspondientes y, por ello, la indemnización a establecer en este caso, quizás debiera identificarse “prospectivamente” con la reparación de todo el daño causado, esto es, una cifra notablemente superior a la establecida y, como referencia, tomando en consideración los precedentes y baremos al efecto, fijar la indemnización en torno a la suma total reclamada en la demanda, estimada en 1.314.393,40 €.

Esta es la línea que sigue la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, donde está consagrada como primera obligación del médico, la de “realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias atendido el estado de la ciencia médica en ese momento” (Ss. 27-05,03, 10-12-10).
