

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LOS
SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

AUTOR

Chiara Ragonesi Esparza

DIRECTOR

María Luisa Arcos Vieira

Pamplona

[1 de junio de 2015]

Resumen

La pérdida de oportunidad es un expediente frecuentemente utilizado por la jurisprudencia española en el ámbito sanitario y de las profesiones jurídicas, con el propósito de solucionar el problema que supone acreditar la relación de causalidad entre la actividad de un sujeto y el daño producido. Para ello, se configura un daño autónomo consistente en la desaparición de una oportunidad. A pesar de que se trata de una doctrina muy utilizada por la jurisprudencia y que es avalada por buena parte de la doctrina, presenta algunos aspectos dudosos; principalmente los requisitos que ha de reunir la oportunidad para que su desaparición de lugar a una indemnización y la configuración de un daño de estas características. Con el presente trabajo, se pretende profundizar en ellos mediante un estudio de la jurisprudencia y doctrina más autorizada en la materia.

Palabras clave

Responsabilidad civil profesional, nexo causal, oportunidad, probabilidades, daño.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
I. INTRODUCCIÓN	9
II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD	10
1. La relación de causalidad en la responsabilidad civil.....	10
2. La pérdida de oportunidad como respuesta ante la incertidumbre causal.....	14
2.1. Presupuestos necesarios para su aplicación.....	17
a. Acción u omisión negligente.....	17
b. Incertidumbre causal respecto al perjuicio final.....	18
c. El perjuicio y el cálculo de probabilidades.	19
2.2. La pérdida de oportunidad y el lucro cesante.....	23
III. EL DAÑO INDEMNIZABLE	25
1. La determinación del daño	25
2. Carácter patrimonial o extrapatrimonial de la pérdida de oportunidad y cuantificación.....	26
2.1. El daño en los supuestos de frustración de una acción judicial	26
2.2. El daño por pérdida de oportunidad de curación	30
IV. RECAPITULACIÓN	32
V. BIBLIOGRAFÍA.....	35
VI. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	37

ABREVIATURAS

CC.	Código Civil.
Cit.	Citada.
Coord.	Coordinador.
Ed.	Edición.
Núm.	Número.
Ob. Cit.	Obra citada.
Págs./pág.	Paginas/página.
RJ	Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi).
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
V.	Véase.
Vol.	Volumen.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordan dos grandes cuestiones; una relativa a la relación que existe entre el nexo causal y la pérdida de oportunidad y otra, centrada en los aspectos relativos al daño indemnizable por este último concepto. Ambos, la relación de causalidad y el daño indemnizable constituyen requisitos imprescindibles para el nacimiento de la responsabilidad civil derivada de los arts. 1101 y 1902 del CC.

Las dificultades de probar con certeza la relación de causalidad entre la actuación de un sujeto y el daño producido, han llevado a que los tribunales admitan expedientes de facilitación probatoria a fin de lograr el resarcimiento del daño, que en otro caso, no sería posible por no quedar acreditada la relación de causalidad en términos de absoluta certeza. La teoría de la pérdida de oportunidad, sin ser estrictamente un expediente de facilitación probatoria, responde a la misma necesidad de indemnizar daños cuando la relación de causalidad no se puede demostrar; para ello, se configura la oportunidad como un bien cuya desaparición provoca un daño indemnizable. De este modo, la relación de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño por pérdida de oportunidad, es más fácil de acreditar.

Como se analizará a lo largo del trabajo, para que el daño por la pérdida de una oportunidad pueda ser indemnizada han de cumplirse una serie de requisitos que permitan distinguir las simples esperanzas de obtener un beneficio, de la pérdida efectiva de una oportunidad que se presentaba como posible y seria, es decir, se analizarán las características que ha de reunir la oportunidad para que su desaparición dé lugar a la existencia de un daño y por lo tanto, a una indemnización.

Dada la proximidad conceptual de la pérdida de oportunidad con el lucro cesante, es conveniente también realizar una distinción entre ambos conceptos.

Por último, también será necesario realizar un análisis de las características de este daño para valorar qué bienes o derechos se ven conculcados cuando existe una pérdida de oportunidad y qué criterios emplea la jurisprudencia para cuantificar este daño.

En el presente trabajo se han analizado únicamente los supuestos de pérdida de oportunidad por frustración de una acción judicial y por pérdida de oportunidad de curación, ya que son los supuestos que con mayor frecuencia aparecen en la jurisprudencia más reciente y los que mejor ilustran las características que ha de reunir un supuesto de pérdida de oportunidad para ser indemnizable.

II. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. La relación de causalidad en la responsabilidad civil.

La existencia de una relación de causalidad o nexo causal entre la actividad de un sujeto (activa u omisiva) y el resultado dañoso ha constituido tradicionalmente una exigencia ineludible para el nacimiento de la responsabilidad civil, es decir, un requisito imprescindible para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria.

Esta relación de causalidad constituye una cuestión de hecho o *quaestio facti* en la que es preciso determinar si la conducta del sujeto es un antecedente físico o material

del daño producido¹ y para ello se emplearán criterios de carácter científico o técnico ajenos, por tanto, al ámbito jurídico.

Esta demostración de que una determinada conducta es, en el plano material o físico, causa del daño acontecido constituye el primer requisito para la imputación causal ya que si el nexo causal no queda acreditado ninguna reclamación podrá exigirse al agente. Por el contrario, si el nexo causal sí queda acreditado será preciso llevar a cabo un segundo examen, esta vez conforme a criterios jurídicos, para determinar si la causa material es generadora de responsabilidad civil en términos de imputación objetiva².

La distinción entre causalidad física y jurídica ha sido expuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como en la STS de 30/11/2011³ en la que se establece que para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, que integra una *quaestio iuris* y que obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado⁴.

En nuestro sistema de responsabilidad civil, se entiende que concurre el nexo causal cuando representado el curso de los acontecimientos y suprimido mentalmente el hecho ilícito, el daño no se habría producido. Se trata del método de la *conditio sine qua non* según el cual son causa del daño todas aquellas condiciones que, eliminadas mentalmente, provocarían que el resultado no se hubiera producido. Esta teoría resulta útil para eliminar a quienes ninguna relación tienen con el daño, sin embargo, resulta patente que todo daño es resultado de una pluralidad de sucesos y acontecimientos y según la teoría de la *conditio sine qua non*, todos los acontecimientos anteriores al

¹ REGLERO CAMPOS, L.F. Y MEDINA ALCOZ, L. “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 775.

² ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 34.

³ (Sala de lo Civil) núm. 905/2011 (RJ 2012/3518).

⁴ Entre las más recientes, la STS (Sala de lo Civil) núm. 649/2014 de 13/01/2015 (ROJ 181/2015) ha reiterado que además de apreciarse la existencia de una causalidad física debe ser procedente añadir a la misma una causalidad jurídica.

evento dañoso cuya eliminación mental provocaría la evitación del daño, son causa de éste. Además, presupone el conocimiento previo acerca de la existencia o no de la relación causal de modo que únicamente sirve para explicar lo que ya se conocía. Ello revela la ineficacia de la teoría de cara a seleccionar la verdadera causa física del daño⁵.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que el nexo causal entre la conducta del agente y el daño cuya indemnización se reclama ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades⁶. Ello en coherencia con el principio de indivisibilidad de la causa y la teoría del todo o nada, según la cual la indemnización por daños solo procede cuando existe certeza en la prueba del nexo causal.

Sin embargo, dicha exigencia de certeza es cuestionada por cierta jurisprudencia⁷ ya que alcanzar *ex post* un conocimiento exacto de cómo ocurrieron los hechos se manifiesta como una tarea en muchos casos complicada debido a la multitud de factores que intervienen en la producción de un daño, a lo que hay que añadir que es la víctima quien tiene que demostrar que la conducta es causa del evento dañoso.

La dificultad de acreditar con certeza la relación de causalidad aumenta en los supuestos de responsabilidad sanitaria dada la multiplicidad de causas y complejidad técnica de los supuestos. Por ello, en muchas ocasiones los tribunales han aplicado expedientes de facilitación probatoria como el de la probabilidad cualificada, la doctrina de la mayor facilidad probatoria o la del daño desproporcionado, como ocurre en el caso de la STS de 18/06/2013⁸, en la que se establece que “no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada”.

Será cada ordenamiento jurídico el encargado de fijar el nivel de probabilidad exigido para tener por cierta la relación de causalidad. En el derecho anglosajón, el

⁵ ARCOS VIEIRA, M.L. Ob. cit., pág. 29.

⁶ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) núm. 88/2014 de 19/02/2014 (ROJ 549/2014), STS (Sala de lo Civil) núm. 333/2012 de 18/05/2012 (ROJ 3070/2012).

⁷ STS (Sala de lo Civil) de 25/09/1999 (RJ 1999/7275), STS (Sala de lo Civil) de 27/05/2003 (ROJ 3602/2003) en las que se establece que “no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud”.

⁸(Sala de lo Civil) núm. 403/2013 (RJ 2013\4376).

problema de la causalidad se afronta mediante la regla de la preponderancia positiva de la prueba, es decir, bastará con que el juzgador esté más convencido de que la conducta causó el daño que de lo contrario⁹. En los sistemas europeos, incluido el español, el umbral de certeza se sitúa entre el 80 y el 100%¹⁰.

Como se observa, los problemas relacionados con la causalidad material se dan en los supuestos en los que existe incertidumbre, esto es, supuestos en los que la relación de causalidad no queda ni acreditada con la certeza exigida ni totalmente excluida. De acuerdo con la teoría del todo o nada, si queda acreditado el nexo causal se concederá una indemnización por la totalidad del daño sufrido, y si no queda acreditado a ninguna indemnización se tendrá derecho. Sin embargo, ante la incertidumbre causal, los tribunales han adoptado diversas posturas.

En algunos supuestos se han desestimado pretensiones indemnizatorias por falta de certeza en la prueba del nexo causal como ocurre en la STS de 4/10/2007¹¹ y en la STS de 7/06/2002¹² según la cual “establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas (...) no puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto”.

En otras ocasiones, como hemos visto, se recurre a expedientes como el del daño desproporcionado o el de probabilidad cualificada a fin de que el perjudicado pueda obtener una indemnización que en otro caso no correspondería por no poder demostrar con certeza la relación causa-efecto entre la conducta y el daño.

⁹ LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria; culpa y causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 407, así lo recoge también MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 283. Se trata de la regla *more likely than not*.

¹⁰ LUNA YERGA, A. Ob. cit., pág. 405 lo identifica con el 100% mientras que MEDINA ALCOZ, L. Ob. cit., pág. 285 con un 80%.

¹¹ (Sala de lo Civil) núm. 1065/2007 (RJ 2007\535).

¹² (Sala de lo Civil) núm. 581/2002 (RJ 2002\521).

Por último, cuando el daño no depende sólo de la conducta del agente, sino también de otros factores indeterminados o aleatorios, el nexo de causalidad no aparece establecido satisfactoriamente en los términos exigidos en nuestro sistema de responsabilidad (teoría del todo o nada) lo cual obligaría a desestimar la reclamación; sin embargo, existen razones que hacen aconsejable otorgar la reparación en estos casos derivados de los principios que informan el sistema de responsabilidad civil¹³.

La hipótesis de pérdida de oportunidad se plantea justamente en aquellas situaciones de incertidumbre causal en las que no se puede demostrar que el comportamiento ilícito ha provocado directamente el daño, pero sí se tiene la certeza de que ha disminuido las probabilidades que tenía el perjudicado de alcanzar una ventaja o de no sufrir un daño.

En estas situaciones, los tribunales españoles recurren frecuentemente a la doctrina de la pérdida de oportunidad que permite conceder indemnizaciones acomodadas a la contribución causal que ha tenido el agente en la producción de un daño. En el siguiente epígrafe se intentará abordar esta cuestión como una posible respuesta indemnizatoria ante la incertidumbre causal.

2. La pérdida de oportunidad como respuesta ante la incertidumbre causal.

La pérdida de oportunidad es una teoría de creación jurisprudencial de origen francés y anglosajón (Inglaterra, Estados Unidos y Canadá) que surge entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX en materia de incumplimiento contractual con el fin de poder indemnizar a quien por culpa del deudor incumplidor pierde la opción de ganar un concurso o certamen¹⁴.

Francia es el país donde la doctrina de la *perte d'une chance* ha alcanzado un mayor desarrollo y consolidación, ya que es de aplicación a un buen número de situaciones: competiciones deportivas, hípicas, concursos públicos, responsabilidad civil médica, responsabilidad de abogados.

¹³ XIOL RÍOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1, 2010, pág. 11.

¹⁴ MEDINA ALCOZ, L. Ob. cit., pág. 130.

Existen otros países en los que la recepción ha sido ampliamente aceptada como Italia o Bélgica, en los que goza de un amplio abanico de supuestos de aplicación. Otros países como Alemania o Austria no admiten la resarcibilidad de la *chance* y otros como Estados Unidos solo la admiten en supuestos de responsabilidad en el ámbito sanitario¹⁵.

En España, es una teoría ampliamente aceptada y en auge a la que los tribunales tanto de la jurisdicción civil como de la contencioso-administrativa, acuden frecuentemente en supuestos de negligencia tanto de profesionales sanitarios como jurídicos (abogados y procuradores)¹⁶. La recepción de esta doctrina ha tenido lugar, fundamentalmente a través de la jurisprudencia de Juzgados y Audiencias Provinciales primero, y posteriormente de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, aunque también ha contribuido a su expansión y análisis la doctrina científica.

En el orden jurisdiccional civil encontramos, desde finales de los años ochenta, numerosos pleitos contra abogados y procuradores que han supuesto una situación propicia para la aplicación de la pérdida de oportunidad. De entre las negligencias profesionales indemnizables, las más frecuentes son aquellas en las que el abogado deja transcurrir el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual de su cliente, las que dan lugar a que caduque un recurso o la no información acerca de las posibilidades del mismo. También en el orden civil han sido numerosos los pronunciamientos en los que se aplica la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario.

La primera vez que el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) aplicó la doctrina de la *chance* en el ámbito sanitario fue en la conocida STS de 10/10/1998¹⁷. En los hechos probados se acreditó que la demandada no había sido todo lo diligente que debía en el transporte de la mano amputada al trabajador, pero a pesar de esto, establece el TS, no se le puede imputar la responsabilidad por el fracaso del reimplante de la mano, ya que éste depende de muchos otros factores, por ello a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de

¹⁵ V. ampliamente MEDINA ALCOZ, L. ob. cit. págs.130-139

¹⁶ REGLERO CAMPOS, L.F. Y MEDINA ALCOZ, L. ob. cit., pág. 839.

¹⁷ (RJ 1998/8371).

reimplante de la mano del trabajador, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Es llamativo de esta resolución que la indemnización concedida, 1.500.000 pesetas, no obedece a ningún criterio específico de valoración. Con anterioridad, la doctrina de la *chance* ya había sido empleada en el ámbito sanitario por las Audiencias Provinciales como la SAP de Madrid de 5/05/1998¹⁸ en la que se estableció que la “no realización de esas pruebas (...), o al menos la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos omitida (*sic*), determinó que la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y en consecuencia le privó de la posibilidad de decidir lo que estimara más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos”¹⁹.

En el orden contencioso administrativo, las decisiones más frecuentes en las que se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad son aquellas en las que se producen errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, así como las derivadas de la ausencia de consentimiento informado. Desde que la Audiencia Nacional admitiera por primera vez la resarcibilidad de la oportunidad de curación²⁰, diversos Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo manejan la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito contencioso-administrativo²¹.

Puede afirmarse que la respuesta jurisprudencial a esta figura ha sido de franca receptividad²² dado el amplísimo volumen de sentencias que se han dictado tanto en el orden jurisdiccional civil, en relación con la responsabilidad civil sanitaria y de abogados y procuradores como en el contencioso-administrativo en el caso de la responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria.

¹⁸ (AC 1998\7198).

¹⁹ Esta sentencia se enmarca dentro de la línea jurisprudencial de las AP y posteriormente del TS acerca de las negligencias médicas relativas a la ausencia o retraso en el diagnóstico prenatal en las que se emplea la doctrina de la *chance*.

²⁰ SAN de 13/11/2002 (JUR 2003\25811).

²¹ Entre las más recientes la STSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Contencioso) núm. 294/2015 de 28/04/2015 (ROJ 381/2015), STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 24/02/2015 (ROJ 746/2015), STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso) núm. 954/2013 de 8/11/2013 (ROJ 1327/2013).

²² ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 31, 2008, pág.1.

En ambos supuestos, se observa que los perjudicados han perdido unas probabilidades, una oportunidad de obtener un beneficio; en un caso, de obtener una sentencia favorable y en otro, la posibilidad de haber actuado frente a esa enfermedad mal diagnosticada o diagnosticada de forma tardía y por lo tanto haber logrado la curación o supervivencia.

A pesar de su amplia aceptación, la doctrina de la pérdida de oportunidad no es pacífica ni está exenta de debate y además la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de la Sala 1ª como de la Sala 3ª, dista de ser uniforme y rigurosa en la aplicación de la misma.

2.1. Presupuestos necesarios para su aplicación.

La pérdida de oportunidad supone, como consecuencia de la actuación de un sujeto, la desaparición de unas probabilidades de obtener un evento favorable. Esta teoría permite conceder una indemnización basada en las expectativas perdidas de obtener el beneficio. Por ello, la indemnización por pérdida de oportunidad será siempre inferior a la que correspondería si se indemnizara el perjuicio final acontecido.

a. Acción u omisión negligente

La pérdida de oportunidad se aplica fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria y de las profesiones jurídicas (abogados y procuradores). La responsabilidad sanitaria es una responsabilidad subjetiva, es decir, el nacimiento de la responsabilidad civil requiere que haya existido una acción u omisión negligente en la actuación del médico (infracción de la *lex artis*) tanto si nos encontramos en una relación contractual o extracontractual y además, consiste en una obligación de medios y no de resultado²³.

Lo mismo sucede en el caso de la responsabilidad civil del abogado; por lo tanto, la actuación negligente no es, estrictamente, un presupuesto para la aplicación de la pérdida de oportunidad, sin embargo, en la medida en que se requiere para estas dos

²³ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, L.F. Y BUSTO LAGO, J.M (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 358-364.

actividades profesionales, será un requisito imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad del profesional

b. Incertidumbre causal respecto al perjuicio final.

Como se ha apreciado, la pérdida de oportunidad es de aplicación en supuestos de incertidumbre causal entre la actuación negligente y el daño final producido. Por lo tanto, se trata de supuestos en los que no puede establecerse si una conducta ha provocado el daño en términos de causalidad, pero se admite que, si el agente hubiera empleado la diligencia debida, habría existido por lo menos alguna probabilidad²⁴ de que el beneficio se hubiera obtenido. Dicho de otro modo, existía una oportunidad y frustrada ésta se impide la obtención del beneficio final, pero no se sabe si el resultado hubiera sido el mismo en otro caso²⁵.

De este modo, debemos afirmar que quedan fuera del ámbito de aplicación de la teoría los supuestos en los que la relación de causalidad se da por cierta, es decir, casos en los que es seguro (o muy altamente probable) que el agente con su actuación causara el daño y por lo tanto se debe conceder una indemnización total. Pero tampoco es de aplicación a los supuestos en los que existen nulas posibilidades de obtener el beneficio.

Se puede afirmar que se ha perdido una oportunidad cuando se contaba con una posibilidad seria y fundada de haber obtenido un beneficio y como consecuencia de la conducta del agente han desaparecido probabilidades de obtenerlo.

Es preciso afirmar que la incertidumbre causal existe con respecto al perjuicio final²⁶ ya que la secuencia causal entre la conducta negligente y la pérdida de expectativas sí puede establecerse con certeza. No se pone en duda que si el abogado deja transcurrir el plazo de la acción de responsabilidad extracontractual de su cliente,

²⁴ Más adelante se analizara la entidad que han de tener esas expectativas a efectos indemnizatorios aunque conviene adelantar que no es indemnizable cualquier expectativa, sino que han de tener un mínimo de fundamento, la oportunidad o *chance* perdida ha de ser fundada, real y seria de obtener un beneficio útil.

²⁵ ARCOS VIEIRA, M.L. “La ‘pérdida de oportunidad’ como daño indemnizable” en *Estudos de direito do consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 7, 2005, pág. 169.

²⁶ V. gr. las lesiones, el fallecimiento, la pérdida de la indemnización del pleito no iniciado, etc.

éste pierde una oportunidad de que se analice su pretensión, pero no se puede afirmar que la negligencia del abogado sea la única causa de la pérdida del pleito, no se sabe si se hubiera perdido igualmente o se hubiera ganado de no mediar la actuación negligente.

En realidad, esta figura supone configurar la pérdida de expectativas como un daño indemnizable autónomo. Lo que implica, como indica ARCOS VIEIRA, solucionar el problema de la relación de causalidad a costa de complicar el de la determinación y posterior valoración del daño²⁷.

La segunda exigencia para poder indemnizar la pérdida de una oportunidad reside en analizar la entidad que debía tener la *posibilidad* de obtener el beneficio antes de que se hubiera producido el hecho ilícito, a fin de que la pérdida probabilidades de obtenerlo sea considerada un perjuicio resarcible.

c. El perjuicio y el cálculo de probabilidades.

De acuerdo con una teoría ontológica o autonomista, la pérdida de una oportunidad supone el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final. La oportunidad favorable de obtener un beneficio con la que contaba el perjudicado constituye un daño indemnizable autónomo²⁸.

Este criterio ha sido acogido en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad sanitaria, estableciendo que en los casos de pérdida de oportunidad “el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera (...). En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, (...) no se indemniza por el fallecimiento sino por la pérdida de oportunidad sufrida”²⁹.

²⁷ ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexa causal...*, cit. pág. 55.

²⁸ MEDINA ALCOZ, L. ob. cit. pág. 349.

²⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3/12/2012 (ROJ 8508/2012), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27/09/2011 (RJ 2012\939).

En la STS de 2/01/2012 el Tribunal afirma que el retraso en el diagnóstico determinó que no se aplicara el tratamiento correcto pero ello no supone sin más la indemnización de todo el daño acontecido, pues no se sabe si de haber sido diagnosticado con más rapidez el resultado se hubiera producido igualmente. Sin embargo, sí hubiera tenido más posibilidades de obtener un éxito, por lo que ha existido una privación de expectativas³⁰.

Efectivamente, como afirma ASÚA GONZÁLEZ, en la jurisprudencia sanitaria se ha adoptado una perspectiva autonomista, entendiendo que el daño a indemnizar no es el derivado de la lesión de la salud o la vida (fallecimiento o lesiones) sino la pérdida de una oportunidad de curación al no proporcionarse el tratamiento médico adecuado³¹.

Ahora bien, la jurisprudencia en materia de responsabilidad sanitaria no ha establecido con claridad qué requisitos debe cumplir la pérdida de *probabilidades* de obtener un beneficio para ser indemnizable, es decir no se sabe si cualquier disminución en las probabilidades de curación tiene relevancia indemnizatoria. En la reciente STSJ de Madrid de 18/12/2014³² se establece que “procede considerar la existencia de una cierta pérdida de oportunidad por cuanto es dable que se pudiera haber realizado un diagnóstico anterior del carácter clínico de aquella neumonía” y concede una indemnización por daño moral fijada en el 10% de la cantidad que correspondería según el baremo para la valoración de daños en accidentes de circulación. De acuerdo con la STSJ de Galicia de 4/03/2015³³ “existe pérdida de oportunidad de vida o de curación en aquellos casos en que la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación (...)”.

Numerosas sentencias tanto del TS como de los TSJ han establecido que la privación de expectativas, se concreta en que “basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla

³⁰ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2/01/2012 (ROJ 3/2012).

³¹ ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “La pérdida de oportunidad...”, cit. pág. 38.

³² (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 894/2014 (JUR 2015\4098).

³³ (Sala de lo Contencioso- Administrativo) núm. 144/2015 (ROJ 1269/2015).

en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad(...)"³⁴.

Tampoco se especifica con rigor qué probabilidad de obtener el beneficio debía tener previamente el perjudicado para que la disminución de probabilidades de obtenerlo de lugar a una indemnización; el Tribunal Supremo se limita a establecer que “la información acerca de las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada pérdida de oportunidad por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no”³⁵. De ello se entiende que, por un lado, la posibilidad de curación tenía que existir, aunque fuera mínima o remota, con anterioridad al hecho ilícito, si no no procedería la indemnización; y por otro, que la mayor o menor probabilidad de obtener el beneficio deberá ser tenida en cuenta a la hora de fijar la indemnización.

Con respecto a la responsabilidad civil de abogados y procuradores, el Tribunal Supremo sí ha seguido un criterio más concreto para determinar cuándo la pérdida de oportunidad tiene relevancia indemnizatoria. Para los supuestos en los que el abogado deja transcurrir el plazo de la acción de su cliente, ha establecido que “el daño por pérdida de oportunidad no puede dar lugar a una indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado; tal y como afirma la reciente STS de 24/04/2015³⁶ la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas”³⁷. De ello se desprende que es necesario que la acción que se iba a ejercitar contase con una razonable certidumbre de que podía prosperar. Esto significa que el perjudicado debía contar con una *posibilidad* seria y fundada de que su pretensión fuera estimada, pues en caso contrario se entiende que no se ha producido ningún perjuicio, ya que no había ninguna oportunidad y por tanto, ninguna oportunidad se ha perdido.

³⁴ Por todas, STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso) núm. 505/2015 de 13/03/2015 (ROJ 1152/2015), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27/11/2012 (ROJ 7878/2012), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23/01/2012 (ROJ 268/2012).

³⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19/06/2012 (ROJ 4530/2012).

³⁶ (Sala de lo Civil) núm. 229/2015 (ROJ 1695/2015).

³⁷ En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil) de 22/04/2013 (RJ 2013/3690), STS (Sala de lo Civil) núm. 437/2012 de 28/06/2012 (ROJ 5762/2012).

En la STS de 23/10/2008³⁸ se establece que “la pretensión de resarcimiento de los recurrentes carecía de posibilidades de éxito, por lo que falta el requisito de la razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada”. En este caso, el Supremo confirma el pronunciamiento de la AP al establecer que aunque la parte se hubiera personado oportunamente para ejercitar sus derechos, no por ello hubiera obtenido éxito en el resultado de su pretensión, de modo que no condena al procurador demandado por no apreciar la existencia de un daño indemnizable. La misma línea se sigue en la STS de 19/11/2013³⁹ en la que se establece que cuando el juicio sobre las posibilidades de éxito de la acción frustrada arroja un resultado negativo procederá el rechazo de la indemnización por no existir un daño indemnizable.

Por lo tanto, solo a partir de la constatación de que la posibilidad perdida era efectiva y seria se entenderá probada la existencia de un perjuicio merecedor de resarcimiento⁴⁰. Ello hace distinguir la oportunidad de otras situaciones no indemnizables (simples posibilidades, esperanzas).

Para valorar la viabilidad de la acción frustrada en el caso de abogados y procuradores debe llevarse a cabo lo que se ha denominado “un juicio sobre el juicio” es decir, un cálculo prospectivo con la finalidad de determinar si la acción frustrada era o no viable⁴¹. Si la pretensión era viable, se puede considerar que la conducta del abogado ha provocado la pérdida de unas probabilidades de éxito, y en caso contrario no nacerá ninguna responsabilidad para el letrado ya que se entiende que no existía previamente ninguna posibilidad que pudiese ser frustrada con su conducta y por lo tanto no existe daño resarcible.

³⁸ (Sala de lo Civil) núm. 967/2008 (RJ 2008/5792).

³⁹ (Sala de lo Civil) núm. 739/2013 (ROJ 5513/2013).

⁴⁰ SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi Editorial, 2ª ed., Elcano, 2001, pág. 245.

⁴¹ Que no debe confundirse con los criterios de valoración del daño. La valoración del daño constituye un paso posterior, primero es preciso acreditar la existencia de una posibilidad de éxito. Es decir, no se debe confundir la realización de un “juicio dentro del juicio” a fin de determinar si la acción era viable para apreciar la existencia de un daño indemnizable con la realización de un cálculo prospectivo para determinar las probabilidades de éxito y poder fijar una indemnización.

En el primer caso, se soluciona nuevamente el problema de la relación de causalidad entre la conducta negligente y el perjuicio sufrido (pérdida de expectativas una vez constatado mediante el juicio de prosperabilidad que éstas existían) pero se complica el de la determinación y valoración de un daño así concebido.

2.2. *La pérdida de oportunidad y el lucro cesante.*

La proximidad conceptual entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidad conlleva que sea necesario realizar un análisis acerca de las diferencias existentes entre uno y otro concepto.

El lucro cesante es una manifestación concreta del daño patrimonial que consiste en la ganancia que el perjudicado ha dejado de obtener o en la pérdida de ingresos sufrida, consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo⁴². Es decir, como explica DE ÁNGEL, “la estimación del lucro cesante consiste en una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente de tal o cual medida”⁴³.

La diferencia fundamental entre ambos conceptos reside en que el lucro cesante implica la pérdida de unos ingresos que se esperaba obtener (con razonable verosimilitud), mientras la pérdida de oportunidad implica sólo la desaparición de la expectativa de ganancia, es decir, lo que se destruye es la probabilidad de que el perjudicado obtuviese una ganancia (que era posible obtener). La pérdida de oportunidad se distingue del lucro cesante en la medida en que constituye un daño cierto en cuanto a la pérdida en sí de la probabilidad de ganancia mientras que el lucro cesante plantea el problema de determinar la realidad y el alcance de las ganancias dejadas de obtener.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo confunde ambos conceptos concediendo indemnizaciones por pérdida de oportunidad por la totalidad del daño sufrido. Como se ha visto, la reparación por este concepto no puede alcanzar la totalidad

⁴² VICENTE DOMINGO, E. *El lucro cesante*, Reus, Madrid, 2014, pág. 8.

⁴³ Autor citado por VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 349.

del daño ya que en ese caso no estaríamos ante la pérdida de una oportunidad sino ante la pérdida de la ventaja final.

Esto ocurre en la reciente STS de 20/05/2014⁴⁴ en la que los actores formulan reclamación de responsabilidad civil contra su abogado por actuación negligente en la defensa de sus intereses en la obtención de las indemnizaciones que les hubieran podido corresponder por el fallecimiento de sus respectivos familiares en el siniestro del camping de Biescas en 1996. El Tribunal entendió que la acción inicial de reclamación por el siniestro habría prosperado *con toda seguridad* de haberse presentado a tiempo, ya que otros perjudicados que así lo hicieron obtuvieron sentencia favorable a la reclamación pretendida, de modo que concede a los demandantes la indemnización que hubiera correspondido de haberse formulado a tiempo la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, el Tribunal Supremo concede la misma cantidad que la reclamada en la demanda por coincidir con la que habrían obtenido con toda seguridad de haber formulado a tiempo la solicitud.

Es discutible que para este supuesto se haya aplicado la pérdida de oportunidad, ya que, realmente, la negligencia del abogado no provocó una disminución de probabilidades de éxito de la acción frustrada, sino que impidió con certeza la llegada de unos ingresos al patrimonio de los perjudicados, lo cual puede considerarse que se acerca más al lucro cesante. La consideración de un supuesto como una pérdida de oportunidad o como lucro cesante depende de la seguridad con la que esas cantidades que se esperaba obtener llegaran al patrimonio del sujeto⁴⁵. Si las cantidades pretendidas iban a llegar con certeza al patrimonio del sujeto⁴⁶ de no haber mediado la negligencia del abogado el supuesto no es de pérdida de oportunidad y deberá indemnizarse la totalidad del perjuicio producido (y no únicamente la pérdida de unas expectativas de obtenerlo). Por el contrario, si tal certeza no existía y siempre que la pretensión fuera inicialmente viable, la indemnización consistirá en la frustración de unas expectativas

⁴⁴ (Sala de lo Civil) núm. 283/2014 (ROJ 2116/2014).

⁴⁵ ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexos causal...*, cit. pág. 57

⁴⁶ Esta dificultad es la que ha llevado al TS a desestimar numerosas pretensiones indemnizatorias por lucro cesante.

de ganancia y por lo tanto, en una cantidad inferior a la que inicialmente pudiera haber correspondido.

En la sentencia antes comentada, el Tribunal Supremo utilizó la figura de la pérdida de oportunidad, sin embargo, dada la seguridad con la que los perjudicados hubieran obtenido la indemnización (*con toda seguridad*) hubiera sido más riguroso aplicar la figura del lucro cesante para finalmente haber concedido la totalidad de la cantidad inicialmente pretendida.

Una vez determinados los presupuestos necesarios para la configuración de un daño indemnizable por pérdida de oportunidad, se debe abordar el problema de la determinación y posterior valoración de un daño de estas características.

Conviene adelantar, por un lado, que la doctrina y la jurisprudencia no parecen alcanzar criterios claros para determinar el carácter patrimonial o extrapatrimonial de la pérdida de oportunidad, y por otro, que los criterios de valoración del daño serán diferentes según se considere un daño de una u otra categoría.

III. EL DAÑO INDEMNIZABLE

1. La determinación del daño

Como se ha afirmado en el apartado anterior, la pérdida de oportunidad constituye un daño indemnizable autónomo, es decir, un perjuicio distinto del que representa la desaparición de la ventaja final. Este daño consiste en la frustración de expectativas, en la pérdida de una oportunidad de obtener un evento favorable. En definitiva, supone otorgar un valor económico a esa oportunidad perdida.

El perjuicio así concebido es un daño cierto en cuanto a la pérdida en sí que cumple, por consiguiente, el requisito de la certeza del daño; no parece necesario cuestionar la realidad del daño que constituye la desaparición de una oportunidad que proporcionaba probabilidades serias de ganancia⁴⁷. No se cuestiona que el cliente ha perdido una oportunidad de ganancia cuando su abogado no presenta a tiempo una

⁴⁷ Así lo reconoce la mayor parte de la doctrina; ARCOS VIEIRA, M.L. “La ‘pérdida de oportunidad’”..., cit. pág. 156; CRESPO MORA, M.C. *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 378; VICENTE DOMINGO, E. “El daño”..., cit. pág. 332, SERRA RODRÍGUEZ, A. ob. cit. pág. 236.

demanda, provocando que la acción prescriba. Tampoco cuando un paciente ve disminuidas sus probabilidades de curación como consecuencia de la actuación negligente del médico⁴⁸. En estos casos, mencionados por ser los más frecuentes, no se cuestiona que los perjudicados han sufrido un daño cierto y real al ver minoradas sus probabilidades de obtener el beneficio inicialmente previsto y posible (la estimación de la demanda o la curación, respectivamente). El problema se presenta a la hora de configurar este daño y de identificar la cuantía de la indemnización que corresponda por este concepto.

2. Carácter patrimonial o extrapatrimonial de la pérdida de oportunidad y cuantificación.

Una vez admitida la resarcibilidad de la oportunidad perdida se debe analizar el carácter patrimonial o extrapatrimonial del perjuicio.

La doctrina italiana, que ha desarrollado ampliamente la teoría que nos ocupa, entiende que la pérdida de una oportunidad de obtener un resultado favorable puede constituir tanto un daño de carácter patrimonial como no patrimonial, en atención al derecho que haya sido lesionado⁴⁹. En el mismo sentido, en la doctrina española se ha señalado que una manera de determinar el carácter moral o patrimonial del daño producido consiste en atender a la naturaleza del bien jurídico lesionado⁵⁰.

2.1. El daño en los supuestos de frustración de una acción judicial

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que “cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de

⁴⁸ En ambos casos ha de verificarse, como se ha explicado en los apartados anteriores, que el perjudicado contaba con una posibilidad previa de obtener el beneficio.

⁴⁹ CHINDEMI, D. *Il danno da perdita di chance*, Giuffrè editore, Milano, 2007, pág. 31.

⁵⁰ CRESPO MORA, M. C. Ob. cit. pág. 386; LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” en *Practica de Derecho de Daños*, núm. 110, 2012.

contenido económico”⁵¹. De este modo, si la ventaja que se esperaba obtener consistía en una cantidad de dinero, la pérdida de la oportunidad de obtenerla deberá ser considerada también como un perjuicio patrimonial. Esto sucede fundamentalmente en los supuestos de responsabilidad civil de abogados y procuradores.

En la doctrina italiana, la pérdida de oportunidad de obtener un pronunciamiento favorable en un juicio también es considerada una entidad patrimonial *a se stante* susceptible de ser valorada autónomamente⁵².

Para fijar la indemnización por pérdida de oportunidad en estos términos, será preciso llevar a cabo un análisis de las probabilidades de buen éxito de la acción, es decir, “un juicio dentro del juicio”⁵³.

En este sentido, la indemnización por pérdida de oportunidad se fijará en atención a la mayor o menor probabilidad de obtener el beneficio esperado. La cuantía de la indemnización deberá acercarse o alejarse del valor de la pretensión inicial según la probabilidad de éxito de ésta, atendiendo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la acción⁵⁴.

Un ejemplo lo proporciona la STS de 5/06/2013⁵⁵ cuyos hechos fueron los siguientes: la negligencia del abogado al dejar transcurrir el plazo de ejercicio de la acción de retracto privó al cliente ahora demandante de la posibilidad de adquirir la propiedad de la vivienda que ocupaba como arrendataria desde 1995. La sentencia de la Audiencia Provincial⁵⁶ constató la existencia de una actuación negligente en el abogado y entendió que la acción de retracto era perfectamente viable realizando un examen prospectivo de las circunstancias existentes entendiendo que se cumplían todos los

⁵¹ Entre otras; STS (Sala de lo Civil) núm. 229/2015 de 24/04/2015 (ROJ 1695/2015), STS (Sala de lo Civil) núm. 373/2013 de 5/06/2013 (RJ 2013/4971), STS (Sala de lo Civil) núm.739/2013 de 19/11/2013 (ROJ 5513/2013), STS (Sala de lo Civil) núm. 437/2012 de 28/06/2012 (ROJ 5762/2012).

⁵² FACCI, G. *La responsabilità civile del professionista*, Cedam, Padova, 2006, pág. 898.

⁵³ Así lo establece la jurisprudencia mayoritaria; por todas STS (Sala de lo Civil) de 22/04/2013 (RJ 2013/3690) y buena parte de la doctrina; CRESPO MORA, M. C. Ob. cit. pág. 395; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “La responsabilidad civil del abogado” en *Indret*, núm. 1, 2008, pág. 40. VICENTE DOMINGO, E. “El daño”..., cit. pág. 335.

⁵⁴ PARRA LUCÁN, M. A. Y REGLERO CAMPOS, L.F. “La responsabilidad civil de los profesionales del derecho” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 491.

⁵⁵ (Sala de lo Civil) núm. 373/2013 (RJ 2013/4971).

⁵⁶ SAP de Granada núm. 437/2009 de 23/10/2009 (JUR 2011/99592).

requisitos para que la acción prosperase. Por otra parte, la Audiencia calificaba el daño como patrimonial concediendo una indemnización, atendiendo al grado de prosperabilidad de la acción y al principio de proporcionalidad entre la importancia del daño y la cuantía de la indemnización, valorada en 50.000 euros.

El Supremo ratificó los pronunciamientos de la Audiencia, pero finalmente otorgó una indemnización de 100.099,54 euros correspondiente al 50% de la cantidad solicitada por la demandante en primera instancia (200.199,08 euros) estableciendo que “no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de éxito de la acción si hubiera sido entablada a tiempo”.

La indemnización concedida por este concepto tendrá como límite superior la cantidad que se iba a reclamar en el pleito no iniciado, es el decir, el valor del beneficio que se esperaba obtener, ya que como se explicó anteriormente, si ambas cantidades se equiparan no estaríamos ante la pérdida de una oportunidad sino ante la pérdida de la ventaja en sí misma. El límite inferior, estaría constituido por el umbral de seriedad, es decir, la probabilidad mínima para que pueda considerarse la pérdida de la oportunidad como un perjuicio resarcible, es decir, para poder apreciar la existencia de una posibilidad.

La fijación de la indemnización dentro de este abanico corresponde a los tribunales de instancia y solo es susceptible de ser revisada en casación por el Tribunal Supremo en los casos de error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para determinación del *quantum*⁵⁷.

La determinación de la cuantía de la indemnización de acuerdo con el criterio del análisis de probabilidades de éxito suele ser utilizado junto con otro criterio, que es el de la cuantía de la pretensión inicial. Es decir, la indemnización será el resultado de aplicar el porcentaje de prosperabilidad de la pretensión a la cantidad solicitada en el proceso no iniciado como consecuencia de la negligencia del abogado⁵⁸. Igualmente, el

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil) de 22/04/2013 (RJ 3690/2013) y citadas.

⁵⁸ CRESPO MORA, M. C. ob. cit. pág. 396.

TSJ de Navarra ha establecido que “lo decisivo para fijar el quantum indemnizatorio ha de ser la valoración de la pérdida de oportunidad en atención a la cantidad reclamada y a la posibilidad de que prosperase la pretensión de fondo”⁵⁹.

En otros casos, francamente minoritarios en la actualidad, el Tribunal Supremo rechaza la realización de un “juicio dentro de juicio” para apreciar la existencia de un perjuicio patrimonial y concede una indemnización por daño moral “al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta del Procurador, del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelacion y, en su caso, por el Tribunal Supremo”⁶⁰. Es decir, entiende que al margen de las probabilidades de prosperar que tenga una acción, debe compensarse el daño moral cuya valoración es más libre por parte del tribunal⁶¹.

La jurisprudencia más actual en materia de responsabilidad civil de abogados, se ha esforzado en diferenciar la indemnización por perdida de oportunidad de aquella que correspondería por la compensación de un daño moral. Al respecto establece que “no puede confundirse la valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral con el deber de hacer un cálculo prospectivo de oportunidades del buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial por pérdida de oportunidades”⁶². De esto se desprende que no se debe identificar la pérdida de oportunidad con un daño moral; sin embargo, se establece que en los supuestos en los que no se alcance el umbral mínimo para considerar resarcible la oportunidad frustrada y por tanto proceda el rechazo de la indemnización por el daño material, se podrá acordar, o al menos, “tal decisión no excluirá la indemnización del daño moral que se demuestre existente y pueda vincularse causalmente con la negligencia del abogado”⁶³.

⁵⁹ STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) núm. 25/2002 de 2/11/2002 (ROJ 1312/2002).

⁶⁰ STS (Sala de lo Civil) núm. 981/1997 de 11/11/1997 (RJ 1997/7871).

⁶¹ Esta jurisprudencia también fue acogida por la STS (Sala de lo Civil) núm. 543/2003 de 29/05/2003 (RJ 2003/3914) y STS (Sala de lo Civil) núm. 18/2005 de 28/01/2005 (RJ 2005/1830).

⁶² Entre otras la STS (Sala de lo Civil) núm. 772/2011 de 27/10/2011 (ROJ 6854/2011).

⁶³ STS (Sala de lo Civil) núm. 739/2013 de 19/11/2013 (ROJ 5513/2013). En el mismo sentido, REGLERO CAMPOS, L.F. Y MEDINA ALCOZ, L. ob. cit., pág. 848 y SERRA RODRÍGUEZ, A. ob. cit. pág. 244, afirman que un abogado, siempre que olvida recurrir una sentencia desfavorable para su cliente produce un daño moral, que debe indemnizarse con independencia de la mayor o menor probabilidad de victoria en el proceso; junto a esta compensación por el daño moral podrá acumularse la indemnización por el daño material cuando se cumplan los requisitos.

A modo de conclusión, se puede afirmar que en los supuestos de responsabilidad de abogados y procuradores, la pérdida de oportunidad es un daño de carácter patrimonial que deberá ser cuantificado por los tribunales de instancia de acuerdo con la mayor o menor probabilidad de prosperar que tenía la acción que se ha visto frustrada y la entidad económica de ésta última.

2.2. El daño por pérdida de oportunidad de curación

Diferente es el tratamiento jurisprudencial que se otorga a los supuestos en los que la oportunidad perdida se refiere a bienes de naturaleza extrapatrimonial (vida, salud, integridad física) y que se han suscitado en el ámbito de los servicios sanitarios.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que “en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”⁶⁴.

Como ya se mencionó más arriba, el daño en estos supuestos se identifica con la pérdida o disminución de expectativas de curación y no con el daño físico finalmente acontecido. En este sentido, la jurisprudencia más reciente como la STSJ de Madrid de 10/3/2015⁶⁵, que recoge anteriores pronunciamientos del TS, establece que “la pérdida de oportunidad es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral”. En estas circunstancias, la compensación del daño moral no responde a criterios objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria⁶⁶.

A la hora de valorar este daño, el Tribunal Supremo ha establecido que deben tenerse en consideración dos elementos de difícil concreción; en primer lugar, el grado

⁶⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24/11/ 2009 (RJ 2009\8082), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27/09/2011 (RJ 2012\939), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2/01/2012 (RJ 2012/2).

⁶⁵ (Sala de lo Contencioso) núm. 181/2015 (ROJ 2125/2015).

⁶⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) núm. 205/2015 de 13/03/2015 (ROJ 3287/2015).

de probabilidad de que la actuación médica (omitida o equivocada) hubiera producido el efecto beneficioso y en segundo lugar, el grado, entidad o alcance de este último⁶⁷.

Asimismo, el Alto Tribunal ha establecido que la pérdida de oportunidad se concreta en que es suficiente con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, para que proceda la indemnización en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de esa actuación negligente (diagnóstico tardío o erróneo). Por otro lado, “la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en esta doctrina de modo que la suma de la indemnización deberá atemperarse a su mayor existencia o no. Esto significa, por ejemplo, que si el tribunal entiende que existen pocas probabilidades de curación, este factor deberá ser tenido en cuenta”⁶⁸.

Tampoco se puede desconocer la relevancia, a efectos de fijar la indemnización, de las especiales circunstancias del paciente y sus antecedentes personales, los cuales llevarán a reducir la cuantía de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente⁶⁹.

En realidad, los pronunciamientos relativos a la pérdida de oportunidad de curación en el ámbito sanitario suponen, aunque no lo expresen claramente, la realización de un examen prospectivo de probabilidades a fin de poder determinar la cuantía de la indemnización.

En definitiva, en los supuestos de pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario el daño indemnizable es de carácter moral, como consecuencia de la desaparición de unas probabilidades de que los hechos hubieran acontecido de otra manera, es decir, que con la actuación médica se hubiera podido alcanzar un resultado más favorable al perjudicado.

⁶⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14/10/2014 (ROJ 4198/2014), STS (Sala lo Contencioso-Administrativo) de 22/05/2012 (RJ 2012/6930), STS (Sala lo Contencioso-Administrativo) de 19/10/2011 (RJ 2012/1298).

⁶⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27/11/2012 (ROJ 7878/2012), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19/06/2012 (ROJ 4530/2012).

⁶⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 27/09/2011(5922/2011), STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24/11/2009 (RJ 2009/8082).

Los daños morales son aquellos que recaen en bienes o en derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto. Tal y como establece VICENTE DOMINGO, predomina la idea de daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o resultados tanto si suponen una agresión directa a bienes materiales como si el ataque afecta a la esfera extrapatrimonial o de la personalidad⁷⁰.

Como se ha mencionado antes, la jurisprudencia ha establecido que la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral⁷¹ y que el daño no es el material finalmente ocurrido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En consecuencia, el daño moral por pérdida de oportunidad se identifica con el sufrimiento o la incertidumbre sufrida por el paciente al no haber contado con todos los medios a su disposición para no haber sufrido un daño o haber alcanzado la curación⁷².

Como consecuencia de las características de este daño moral y la imposibilidad de cuantificarlo de acuerdo con criterios objetivos, la indemnización en estos supuestos se fijará prudencialmente a tanto alzado por los tribunales de instancia, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, así como las probabilidades de haber obtenido un resultado diferente de haberse llevado a cabo una actuación diligente.

IV. RECAPITULACIÓN

La jurisprudencia y la doctrina de los últimos años ha contribuido a esclarecer algunas cuestiones dudosas que planteaba la doctrina de la pérdida de oportunidad. Así, por ejemplo, el TS ha corroborado el requisito de la necesaria existencia de una

⁷⁰ VICENTE DOMINGO, E. “El daño”..., cit. pág. 350.

⁷¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) núm. 181/2015 de 10/03/2015 (ROJ 2125/2015), STS (Sala de lo Contencioso) de 24/11/2009 (ROJ 7527/2009).

⁷² STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso) núm. 685/2015 de 17/04/2015 (ROJ 1668/2015) y entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso) de 3/12/2012 (ROJ 8109/2012).

posibilidad seria de obtener el beneficio para que pueda existir una pérdida de oportunidad; ha confirmado lo que ya venía diciendo la doctrina al entender que la pérdida de oportunidad de vencer en un pleito constituye un daño patrimonial si la acción frustrada tenía ese mismo carácter, y un daño moral en caso de pérdida de oportunidad de curación. También ha reiterado que deben tenerse en cuenta las probabilidades existentes de obtener el beneficio a la hora de determinar la existencia de una oportunidad así como para obtener la cuantía de la indemnización.

Sin embargo, no se puede desconocer que la existencia de probabilidades constituye un elemento muy difícil de establecer con criterios objetivos, de modo que en definitiva, la existencia de las mismas de cara a constatar una oportunidad y a valorar el daño depende del criterio del juzgador, y por lo tanto, conlleva que ante supuestos similares se puedan adoptar soluciones diferentes. Ahora bien, la probabilidad es un elemento inherente a la pérdida de oportunidad de modo que su aplicación, que permite conceder indemnizaciones que en otro caso no corresponderían, conlleva asumir ese margen de inseguridad.

Por otro lado, en la jurisprudencia parece que existe cierto consenso en relación a los requisitos que deben concurrir como se ha analizado en el presente trabajo, sin embargo, no queda tan claro cuáles son los criterios que permiten apreciar la concurrencia de los mismos; es decir, no se puede llegar a saber con criterios ciertos la probabilidad que se va a requerir para estimar la demanda y considerar que existe un daño resarcible, ni tampoco cuál será la cuantía de la indemnización que proceda.

V. BIBLIOGRAFIA

- ARCOS VIEIRA, M.L. “La ‘pérdida de oportunidad’ como daño indemnizable” en *Estudos de direito do consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 7, 2005.
- ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I. “Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 31, 2008.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I. “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CHINDEMI, D. *Il danno da perdita di chance*, Giuffrè editore, Milano, 2007.
- CRESPO MORA, M.C. *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “La responsabilidad civil del abogado” en *Indret*, núm. 1, 2008.
- FACCI, G. *La responsabilità civile del professionista*, Cedam, Padova, 2006.

- LLAMAS POMBO, E. “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad” en *Practica de Derecho de Daños*, núm. 110, 2012.
- LUNA YERGA, A. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria; culpa y causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- PARRA LUCÁN, M. A. Y REGLERO CAMPOS, L.F. “La responsabilidad civil de los profesionales del derecho” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- REGLERO CAMPOS, L.F. Y MEDINA ALCOZ, L. “El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi Editorial, 2ª ed., Elcano, 2001.
- VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. I, 5ª Ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- VICENTE DOMINGO, E. *El lucro cesante*, Reus, Madrid, 2014.
- XIOL RÍOS, J.A. “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1, 2010, págs. 9-38.

VI. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

1. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

- STS núm. 229/2015 de 24/04/2015 (ROJ 1695/2015)
- STS núm. 649/2014 de 13/01/2015 (ROJ 181/2015)
- STS núm. 283/2014 de 20/05/2014 (ROJ 2116/2014)
- STS núm. 88/2014 de 19/02/2014 (ROJ 549/2014)
- STS núm. 739/2013 de 19/11/2013 (ROJ 5513/2013)
- STS núm. 403/2013 de 18/06/2013 (RJ 2013/4376)
- STS núm. 373/2013 de 5/06/2013 (RJ 2013/4971)
- STS de 22/04/2013 (RJ 2013/3690)
- STS núm. 437/2012 de 28/06/2012 (ROJ 5762/2012)
- STS núm. 333/2012 de 18/05/2012 (ROJ 3070/2012)
- STS núm. 905/2011 de 30/11/2011 (RJ 2012/3518)
- STS núm. 772/2011 de 27/10/2011 (ROJ 6854/2011)
- STS núm. 967/2008 de 23/10/2008 (RJ 2008/5792)
- STS núm. 1065/2007 de 4/10/2007 (RJ 2007/535)
- STS núm. 18/2005 de 28/01/2005 (RJ 2005/1830)
- STS núm. 543/2003 de 29/05/2003 (RJ 2003/3914)
- STS de 27/05/2003 (ROJ 3602/2003)

- STS núm. 581/2002 de 7/06/2002 (RJ 2002/521)
- STS de 25/09/1999 (RJ 1999/7275)
- STS de 10/10/1998 (RJ 1998/8371)
- STS núm. 981/1997 de 11/11/1997 (RJ 1997/7871)

2. Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

- STS de 24/02/2015 (ROJ 746/2015)
- STS de 14/10/2014 (ROJ 4198/2014)
- STS de 3/12/2012 (ROJ 8109/2012)
- STS de 27/11/2012 (ROJ 7878/2012)
- STS de 19/6/2012 (ROJ 4530/2012)
- STS de 22/05/2012 (RJ 2012/6930)
- STS de 23/1/2012 (ROJ 268/2012)
- STS de 2/1/2012 (RJ 2/2012)
- STS de 19/10/2011 (RJ 2012/1298)
- STS de 27/9/2011 (RJ 2012/939)
- STS de 24/11/2009 (RJ 2009\8082)

3. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional

- SAP de Granada núm. 437/2009 de 23/10/2009 (JUR 2011/99592)

- SAN de 13/11/2002 (JUR 2003/25811)
- SAP de Madrid de 5/5/1998 (AC 1998/7198)

4. Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Contencioso) núm. 294/2015 de 28/04/2015 (ROJ 381/2015).
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso) núm. 685/2015 de 17/04/2015 (ROJ 1668/2015).
- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) núm. 181/2015 de 10/03/2015 (ROJ 2125/2015)
- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) núm. 205/2015 de 13/03/2015 (ROJ 3287/2015)
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso) núm. 505/2015 de 13/3/2015 (ROJ 1152/2015)
- STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso) núm. 144/2015 de 4/3/2015 (RJ 1269/2015)
- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso) núm. 894/2014 de 18/12/2014 (JUR 2015/4098)
- STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso) núm. 954/2013 de 8/11/2013 (ROJ 1327/2013)
- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) núm. 25/2002 de 2/11/2002 (ROJ 1312/2002)

