



Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades

Luis Medina Alcoz

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid



¿Qué son las ficciones? Un modo de innovar, literalmente "guardando las formas", sin que lo parezca. Un modo de rectificar el derecho existente, pero sin decirlo, haciendo correr y haciendo como si lo oyera uno mismo que se aplican las normas que de antiguo vienen dadas.

Emilio Gómez Orbaneja, 'Ficciones y conceptos formales en el Derecho', Moneda y Crédito, nº 128, 1974

RESUMEN

La teoría general de la causalidad en la responsabilidad contractual (y extracontractual) obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y niega el nexo causal y la responsabilidad. Es el principio del "todo o nada".

La teoría de la pérdida de oportunidad o "chance" altera este planteamiento, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna la liberación del agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le condene a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.



Este estudio analiza el proceso de formación y consolidación, el ámbito de aplicación, el contenido y el fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad así como su relación con otras doctrinas causales. Y concluye que la regla de indemnización proporcional que establece puede captarse, no como una incómoda anomalía o excepción cuya asimilación requiere de forzosísimas explicaciones (p. ej., la “chance” es una cosa en sí misma cuya pérdida produce un daño emergente de carácter económico o personal), sino como manifestación de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio del “todo o nada”.

SUMARIO

- 1. La formación de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 2. La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico.**
- 3. Aproximación a los supuestos de pérdida de oportunidad.**
- 4. El ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 5. El contenido de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 6. El fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
- 7. Uso y abuso de la teoría de la pérdida de oportunidad.**
 - 7.1. La negación de probabilismo.
 - 7.2. La reparación parcial de daños ciertos y la reparación total de daños inciertos.
 - 7.3. La inaplicación de criterios precisos de valoración del daño y de la probabilidad causal.
- 8. La teoría de la pérdida de oportunidad y su relación con otras teorías causales.**
 - 8.1. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de facilitación probatoria.
 - 8.2. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de responsabilidad sin causa probada.
 - 8.3. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la equivalencia de las condiciones.
 - 8.4. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la imputación objetiva.
- 9. Hacia una nueva teoría general de la causalidad.**

1. La formación de la teoría de la pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad o “chance” es una técnica a la que se acude en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual) de los particulares (y de la Administración) para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. A través de ella pretende evitarse la drástica solución a que conduce el modelo causal tradicional: el todo o nada.

La teoría general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso,

cuando ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) dañoso. Frente a este planteamiento, la teoría de la *chance* distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le



obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.

Después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual, la teoría de la pérdida de oportunidad ha circulado *horizontalmente*, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y *verticalmente*, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo

(Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil –EGTL–) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE¹ y jurisprudencia comunitaria²; sentencias en materia de derechos humanos³; art. 7.4.3 Principios UNIDROIT⁴; art. 163 Parte General del Código Europeo

¹ “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo Considerando, que señala: “cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en el asunto *Farrugia*, T-230/94, que indemniza la pérdida de la posibilidad de obtener una beca de investigación.

³ Pueden reseñarse, en tal sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddie*; 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*; 19 de diciembre de 1990, resolutoria del caso *Delta*; 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos *Tinnelly y McElduff*; y 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto *Gruais y Busquet*. De la Corte Interamericana, puede citarse la Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*, que maneja en *obiter dictum* el concepto de “chance cierta”.

⁴ “Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. El perjuicio cuyo importe no puede determinarse con un grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal”.



de Contratos⁵; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil⁶).

El concepto ha sido tradicionalmente ajeno a la cultura jurídica española, que no la recoge en sus textos generales de responsabilidad (el Código Civil y la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Sin embargo, la teoría ha penetrado el sistema español a partir de finales de los años ochenta del siglo pasado de la mano de los Tribunales, que la han tomado de los ordenamientos francés e italiano; del Consejo de Estado, que la ha conocido gracias a la jurisprudencia estrasburguesa; y del legislador, que, por influjo de la Directiva 92/13, ha consagrado el derecho a indemnización del licitador que hubiera contado con “posibilidades reales” de resultar adjudicatario de haberse tramitado limpiamente el procedi-

miento de contratación (art. 112 Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁷, que reitera el contenido del artículo 63 de la derogada Ley 48/1998; y art. 213 de Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos⁸). La implantación de la doctrina de la *chance* en España viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación.

En este proceso, la doctrina científica ha desempeñado un papel crucial. La oportunidad perdida es una técnica de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en el *Droit Civil* como en el *Common Law*,

⁵ “Daño patrimonial resarcible. 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) Tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia que puede considerarse —con certeza razonable— ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. (...)”.

⁶ “Causas inciertas en la esfera de la víctima. La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera”. Este artículo viene acompañado de un comentario del Director del Proyecto, el profesor holandés Jaap SPIER, que aclara que su tenor tiene que ver con causas potenciales pertenecientes a la esfera de la víctima; y se basa, en parte, en el concepto de pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*) (“General introduction”, en AAVV, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, Horn, 2005, pp. 12-18). Advierte, además, que el Grupo ha preferido no expresar un punto de vista en cuanto a si, conforme al artículo 3:106, cabe aplicar la doctrina de la *chance* porque, aunque la mayoría de sus miembros se ha mostrado cautelosamente favorable, no se ha logrado consenso en este punto. No obstante, dice SPIER, no puede desconocerse que los Principios se basan parcialmente en una responsabilidad proporcional, que, en determinados casos, es vista, no como la solución ideal, pero sí como la mejor de las posibles. A mi juicio, es posible que en la elaboración del precepto y la decisión del Grupo de no pronunciarse en torno a si cabe aplicar con base en él la teoría de la *chance* haya pesado la posición de Francesco Donato BUSNELLI, uno de los nueve miembros de la Comisión que redactó el borrador sobre el que se ha aprobado el texto definitivo. Este profesor sostuvo hace tiempo que la *perdita di chance* no es resarcible (*Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. Paris, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52); y es de los pocos autores italianos que, en la actualidad, sigue adscrito a tal postura (“Lesione di interessi legittimi: dal 'muro di sbarramento' alla 'rete di contenimento'” *Danno Resp.*, núm. 3/1997, pp. 269-272; “Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il 'muro' degli interessi legittimi”, *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 335-354). Es uno de los más fervientes críticos de la figura y la jurisprudencia italiana que la invoca. Según él, la oportunidad es una invención “*made in France*” que es, en unos casos, puramente inútil y, en otros, distorsionante y, en todo caso, de fisionomía indescifrable, llegando así a la conclusión de que la *chance*, caracterizada por sus contornos ambiguos y evanescentes, constituye una “(pseudo)categoría normativamente inexistente” (“Dopo...”, cit., p. 346).

⁷ “(...) 2. Para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente Ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción. (...). 4. La indemnización deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”. Si se compara el tenor de este artículo con el del mencionado artículo 2 de la Directiva 92/13 que transpone, se constata una diferencia destacable. El precepto comunitario no afirma expresamente que, en presencia una posibilidad real de adjudicación, deben indemnizarse parcialmente las ganancias dejadas de obtener. Se limita a concretar que en estos supuestos han de abonarse los gastos de preparación de la oferta y participación en el procedimiento. La regla ha sido significativamente matizada en la Ley española, que establece que, cuando el perjudicado tuviera posibilidades reales de obtener el contrato, la compensación deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Ese *cuando menos* encierra la idea de que la reparación que se conceda a quien pierda una posibilidad real de victoria puede incluir parte del beneficio neto que la ejecución del contrato habría reportado. Ese más que puede abarcar la reparación puede corresponderse, en definitiva, con un porcentaje del lucro inobtenido (el denominado beneficio industrial, que la jurisprudencia española suele identificar con el 6% del importe del contrato previsto).

⁸ “(...) 3. En los casos en que la reclamación fuera estimada, se haya iniciado la ejecución del contrato y mediaren razones técnicas o de equidad que hagan desaconsejable dejar sin efecto la adjudicación, la entidad contratante podrá, con carácter excepcional y de forma motivada, sustituir la ejecución de la resolución adoptada por la Junta de Contratación Pública por la concesión de una indemnización de daños y perjuicios. La indemnización deberá tener en cuenta la posibilidad real de que el reclamante hubiera obtenido la adjudicación de no haber mediado la infracción y deberá cubrir, al menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de licitación”.



por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica. Hay, de un lado, países donde la noción de *chance* apareció por vez primera en sentencias (p. ej. Francia, Estados Unidos), pero los autores han cumplido un rol fundamental, no tanto porque, en clave exegética, hayan explicado y racionalizado la teoría -dando cuenta sin más de la elaboración jurisprudencial-, sino, más bien, porque la han propuesto como respuesta ineludible para otros casos y han intentado hallar los fundamentos dogmáticos que la hacen compatible con la teoría general de la causalidad. Hay, de otro, ordenamientos en los que la teoría de la *chance* ha sido postulada en la literatura científica antes que manejada en las resoluciones judiciales (p. ej. Italia), donde resulta más que evidente el protagonismo desenvuelto por los autores críticos, auténticos propulsores de su incorporación a través de su influjo sobre la jurisprudencia. Hay, por fin, sistemas en que aún no se conoce la doctrina de la *chance* (Suiza), donde, no obstante, la literatura jurídica reivindica su utilización, sin que parezca arriesgado sospechar una próxima acogida legal o jurisprudencial. Por eso puede decirse que la *chance* es una teoría en cuya generación, desarrollo y fundamentación ha sido decisiva la aportación de los autores críticos. La singularidad del Derecho español radica en que han sido los Tribunales y el Consejo de Estado quienes, con protagonismo poco compartido, han abordado el tema de la pérdida de oportunidad. Los estudios sobre la materia han sido escasos hasta hace poco; y sólo últimamente han empezado a surgir, después de que el Tribunal Supremo, junto con el legislador (de la contratación pública), hayan reconocido la resarcibilidad de la *chance*⁹.

2. La pérdida de oportunidad como remedio ante la imperfección del conocimiento empírico

El surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero, sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, relativamente reciente en el mundo del Derecho, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y de que sólo puede expresarse en términos de probabilidad.

El pensamiento filosófico y jurídico en relación con el conocimiento de los hechos ha evolucionado a partir de una fase primitiva en que imperaba una concepción mágica hasta el momento actual, en que se adoptado la óptica racional¹⁰. El motor de esta transformación ha sido, en buena medida, el pensamiento ilustrado que, influido por los avances científicos y el paradigma mecanicista newtoniano, depositó una confianza ciega en el conocimiento empírico, como vehículo capaz de proporcionar certezas incuestionables. Esta idea se proyectó casi sin variación al campo de las ciencias jurídicas, donde hubo autores que llegaron a creer que la verdad obtenida en el proceso puede ser reflejo fiel de lo efectivamente acaecido. A nivel teórico o académico, planteamientos de este género sólo fueron defendidos por una "minoritaria epistemología positivista" que concebía el conocimiento como un proceso guiado por normas seguras; pero la práctica procesal, sobre todo la de la Europa continental, se escudó en la regla del libre arbitrio o convicción para dejarse dominar por la idea de que los hechos pueden y deben probarse con *toda* certeza¹¹. Muchos ilustrados reconocían que la certe-

⁹ Me abstengo de citar los trabajos españoles en materia de pérdida de oportunidad, de número ya considerable; y me remito al efecto a mi estudio *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, donde se desarrollan varios de los planteamientos que aquí se apuntan. Sobre esta cuestión puede encontrarse algo más breve en el Tratado de responsabilidad civil, coord. L. F. Reglero Campos, T. I, *Parte General*, 4ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, en el Capítulo V "El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor", a cargo de L. F. REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ, pp. 780-822.

¹⁰ Sigo en este punto la magnífica y más amplia exposición de M. GASCÓ ABELLÁN, "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba", 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 7-45.

¹¹ *Ibidem*, pp. 30-31; L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª ed., pról., N. Bobbio, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, R. Cantarero Bandrés, Trotta, 2005, p. 50.



za de los hechos nunca es absoluta u objetiva, pero no los juristas, probablemente porque no prestaban atención al problema del hecho y su prueba y han centrado sus preocupaciones en la teoría de la interpretación de las normas.

En la dogmática jurídica ha imperado así el “desprecio de los hechos¹²”. El estudio de las cuestiones de orden fáctico se ha relegado a un segundo plano, por detrás del análisis de los conceptos¹³, ignorándose que la mayoría de los juicios son “pleitos sobre hechos¹⁴”. Por eso los juristas han tenido dificultades para reconocer que “en la Tierra la verdad es una cuestión de grado” y han creído que los hechos deben quedar demostrados con absoluta certeza¹⁵. Sin embargo, los avances científicos, singularmente los desarrollos de la física cuántica, han puesto de manifiesto más que nunca que el mundo físico no está regido por leyes causales, sino probabilísticas del tipo “si X, entonces Y en un porcentaje Z¹⁶”. Se ha acabado imponiendo el criterio de que el conocimiento empírico, del que el conocimiento judicial no es más que uno de sus tipos, no permite saber con absoluta certeza si un hecho, como el hecho causal, es verdadero; pero sí intentar hallar su grado de probabilidad a partir de los elementos de juicio disponibles y determinadas pautas de racionalidad¹⁷.

El conocimiento de los hechos se fundamenta, pues, en la probabilidad, no en la absoluta certeza, lo que significa que siempre cabe la discrepancia entre lo efectivamente acaecido y lo efectivamente demostrado. La posibilidad de tal discrepancia se percibe especialmente en el proceso, por los

límites añadidos del conocimiento judicial de los hechos; y se siente intensamente como un problema en algunos de ellos, por la insuficiencia de los elementos de juicio en que apoyar las declaraciones de hechos probados. Esto es lo que ocurre en muchos asuntos de responsabilidad civil, en relación con la causalidad, donde, a veces, la imposibilidad de acreditarla no elimina la sospecha de que pudo verificarse en el mundo real. Esta sospecha explica en gran medida el surgimiento de la doctrinas de la oportunidad perdida. Es una técnica que, en cierto modo, regula la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad justicial que la víctima quede sin reparación por un daño que, quizá, no habría padecido de no haber mediado el hecho ilícito; o que la contraparte quede obligada a reparar un perjuicio que pudo no haber causado.

3. Aproximación a los supuestos de pérdida de oportunidad

En el mundo anglosajón, el ejemplo clásico a partir del cual se explica la figura se refiere al juego de lotería o similares; y en el entorno francófono, a las competiciones hípcas. El primero es el de la víctima que compra un cupón de lotería, con premio de 10.000 \$, que el organizador de la rifa debe colocar en un sombrero. Se extrae un cupón que no es el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó a introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos 10.000 \$ porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia¹⁸. El segundo

¹² Así, en palabras del profesor Luis MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria. Estudio de las dificultades de la prueba en el proceso*, pról. S. Sentis Melendo, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 20-21), uno de los primeros autores españoles que se ha ocupado de estas cuestiones. Como trabajos recientes que denuncian la escasa atención brindada a los hechos en el Derecho pueden citarse los de J. A. CRUZ PARCERO, “Los métodos para el jurista” y C. COURTIS, “Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho”, ambos en AAVV, *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, prolog. M. Atienza, dir. C. Courtis, Trotta, Madrid, 2006.

¹³ L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria...*, cit., pp. 20-21.

¹⁴ En este sentido, Jerome FRANK, *Derecho e incertidumbre*, 2ª ed., trad. original inglés “Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *NY Univ. L. Rev.*, oct. 1951, núm. 4, C. M. Bidegain, pról. J. Cueto Rúa, Fontamara, México D. F., 1993, p. 37.

¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹⁶ M. GASCÓN ABELLÁN, “Los hechos...”, cit., p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 42-45.

¹⁸ D. HAMER, “Chance would be a fine thing: proof of causation and “quantum” in an unpredictable world”, *Melbourne Univ. L. Rev.*, núm. 33, 1999, p. 589.



ejemplo es el del transportista de un caballo de carreras que llega tarde al hipódromo, cuando la competición ya se inició; no puede afirmarse que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque era improbable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo¹⁹.

En el ámbito de la *Commonwealth* (en particular, Reino Unido, Canadá y Australia) es frecuente la utilización de la figura en casos en que el daño—cuya ligazón causal con el hecho ilícito es sólo posible— tiene naturaleza económica o patrimonial²⁰. Así, la primera sentencia inglesa que indemnizó

la pérdida de una *chance*, de 1911, en el asunto *Chaplin vs Hichs*, de la *Court of Appeal*: Un agente teatral convocó un concurso de belleza, con el compromiso de contratar como actrices durante tres años a las 12 candidatas que él eligiera entre las 50 más votadas por los lectores de un periódico, abonando 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 a las 4 siguientes y 12 a las otras 4. La demandante fue una de las preseleccionadas, pero el agente no le comunicó la fecha de la entrevista personal prevista en las reglas del concurso, de modo que no fue una de las 12 finalmente elegidas; y su demanda fue acogida con el reconocimiento de una indemnización de 100

¹⁹ Es el supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges mediante sentencia de 24 de marzo de 1896 (caso Rousseau vs. Ferrocarriles de Orléans) en la que se estimó que la pérdida de la oportunidad de ganar la carrera no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para repararse. Para los hermanos MAZEAUD y TUNC se trataba de un supuesto claro de pérdida de oportunidad (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, trad. 5ª edic. L. Alcalá-Zamora Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962, ap. 219, p. 308).

²⁰ Esta conclusión general se encuentra desarrollada en David A. FISCHER, "Tort recovery for loss of a chance", *Wake Forest L. Rev.*, núm. 36, 2001, pp. 635-638, 651-654.



libras. La explicación técnica del caso es que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que esa *chance* debía dar lugar a la correspondiente indemnización²¹. Un ejemplo más reciente lo proporciona el asunto *Sellars* (1994) de la *High Court* de Australia, en el que el agente dañoso, al presentar una magnífica oferta, incitó a la víctima a interrumpir las negociaciones con otra empresa; pero, firmado el contrato, rehusó darle cumplimiento. La víctima hubo de retomar las negociaciones originarias, pero los términos del nuevo contrato eran menos favorables que los establecidos en el borrador proyectado, que, según estimó el Tribunal, se habría firmado muy probablemente de no haber mediado la oferta del agente dañoso. En este asunto, de lo que no se tenía la completa certeza era de que el contrato primigenio se hubiera podido cumplir, pues su objeto estaba sometido a, al menos, siete condiciones. Por eso la indemnización se ciñó a la pérdida de una oportunidad comercial²².

En los Estados Unidos, aunque hay un cuerpo doctrinal y jurisprudencial muy articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, las jurisdicciones que acuden a la figura, lo hacen sólo en supuestos de daños personales producidos en el ámbito médico. El antecedente de esta jurisprudencia es la sentencia resolutoria del caso *Hicks vs United States* (1966). Se refiere a un paciente que acudió al médico de la *United States Naval Amphibious Base* por sus frecuentes vómitos y sus fuertes dolores abdominales. Después de diez minutos, el doctor diagnosticó gastroenteritis, recetándole determina-

dos medicamentos. De vuelta a casa, el paciente comenzó a vomitar, desvaneciéndose. El personal de la *United* no logró reanimarle. El fallecido sufría una oclusión intestinal que fue mortal por no tratarse a tiempo. La *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* estimó que la conducta médica fue negligente y que sacrificó una oportunidad substancial de sobrevivencia ("*substantial possibility of survival*")²³.

En la Europa continental, los países nórdicos y centroeuropeos son, por lo general, refractarios a la figura, pero los demás la aplican con frecuencia en supuestos de daños de naturaleza tanto económica como personal, sobre todo en supuestos de responsabilidad de profesionales forenses y sanitarios. En Francia, la primera resolución que invoca una oportunidad perdida es el *arrêt* de la *Cour de Cassation (Chambre de Requetes)*, de 17 de julio de 1889, en relación con la culpa de un *huissier* judicial que impidió la tramitación de un proceso. La misma doctrina fue utilizada después por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandatario procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el *arrêt* de la *Chambre de Requetes* de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario²⁴. Con estos antecedentes, el país galo ha alcanzado las más altas cotas de desarrollo y refinamiento de la teoría²⁵. Se ha indemnizado, por ejemplo, la frustración irremediable de una posibilidad seria y real de victoria en: competiciones deportivas (de caballos²⁶ o de atletismo²⁷) y artísticas (pictóricas²⁸, escultóricas²⁹

²¹ Vide M. A. JONES, *Textbook on Torts*, 4ª ed., Blackstone press limited, London, 1993, p. 146.

²² D. HAMER, "Chance would...", cit., pp. 591-592, 609.

²³ Cfr. J. H. KING, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", *Yale L. Journal*, núm. 90, 1981, pp. 1353 ss., y "Reduction of likelihood' reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine", *Univ. Memphis L. Rev.*, núm. 28, 1998, pp. 491-559; E. M. FORAN, "Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest", *Bridgeport L. Rev.*, núm. 12, 1992, pp. 486 ss.

²⁴ Cfr. F. CHABAS, "Cent ans de responsabilité civile", *Gaz. Palais*, núms. 236-237, 23 ag. 2000, p. 21, y "La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilità civile", *Resp. civ. previd.*, 1996, pp. 227 ss.

²⁵ Esta valoración puede leerse también en C. MÜLLER, *La perte d'une chance*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, p. 51.

²⁶ Sentencias del Tribunal de Casación de 4 de mayo de 1972 y 6 de junio de 1990, comentadas por C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 57-59.

²⁷ Sentencia del Tribunal Administrativo de París, de 27 de noviembre de 1985.

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 15 de diciembre de 1961.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelación de Lyon, de 17 de noviembre de 1958.



o literarias³⁰); o en concursos públicos³¹. También, entre muchas otras, la oportunidad perdida de que una ópera, cuyo tenor hubo de ser sustituido por otro de menor calidad, hubiera obtenido mayor éxito³²; o de obtener una licencia de importación ilegalmente denegada por el servicio de aduanas³³. A su vez, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la doctrina ha sido ampliamente utilizada³⁴.

En Italia, la Sección Laboral de la *Corte di Cassazione*, en dos importantes sentencias, estimó la pretensión resarcitoria en relación con la *chance* de dos sujetos que habían visto sacrificadas sus posibilidades de ser contratados o ascendidos por la empresa. En el asunto de la primera resolución, de 19 de noviembre de 1983, núm. 6906, un empresario había solicitado a la oficina de colocación una serie de trabajadores para una eventual contratación. Tales trabajadores fueron sometidos a las pruebas físicas previstas, pero no a los correspondientes tests psicotécnicos, privándoles así de la oportunidad de ser contratados³⁵. En el caso de la segunda sentencia, de 19 de diciembre de 1985,

núm. 6506, se reconoció el resarcimiento por pérdida de *chance* a un sujeto que, después de competir en dos concursos de promoción profesional, vencer el primero y superar el segundo, fue excluido de la prueba oral definitiva en aplicación de una norma, posteriormente declarada ilegal, que prohibía la participación en concursos convocados por la empresa de la que se era dependiente³⁶. La doctrina ha sido aplicada después en muchos otros supuestos: frustración de la posibilidad de proseguir negociaciones comerciales³⁷, de la oportunidad de victoria en un proceso³⁸ o en un procedimiento administrativo competitivo de contratación o función pública³⁹; o de la posibilidad de sobrevivencia⁴⁰.

Por influjo de los Derechos francés e italiano, Argentina ha reconocido la resarcibilidad de la oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo⁴¹, una actividad empresarial⁴² o una actividad deportiva⁴³. Del mismo modo, la doctrina de la *chance* viene aplicándose para valorar el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia⁴⁴; y para cuantificar el detri-

³⁰ Sentencia del Tribunal civil de Sena, de 16 de diciembre de 1953.

³¹ Así, la decisión del Consejo de Estado de 3 de agosto de 1928, que es la primera que toma en consideración la *chance* de promoción (*avancement*) de que disponía un funcionario. Cfr. F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 16-25.

³² Sentencia de la Corte de Casación (Civil 2ª), de 14 de noviembre de 1958. Se indemnizó en concepto de *chance* bajo el entendimiento de que el éxito de una obra depende de numerosos factores, lo que posibilitaba sólo afirmar que había una probabilidad real de mejor acogida (C. MÜLLER, *La perte...*, cit., p. 63).

³³ Decisión del Consejo de Estado de 13 de enero de 1974, comentada por F. SALLET, *La perte...*, cit., pp. 26-27.

³⁴ Las resoluciones del Consejo de Estado, de 24 de abril de 1964, y de la Sala Civil de la Corte de Casación, de 14 de diciembre de 1965, junto con la de la Corte de Apelación de Grenoble, de 24 de abril de 1962, representan el punto de partida de la jurisprudencia francesa favorable a la indemnización de las oportunidades perdidas en el ámbito médico-sanitario.

³⁵ Vide, C. SEVERI, "Perdita di 'chance' e danno patrimoniale risarcibile", *Resp. civ. previd.*, 2003/2, p. 302; E. CAPPAGLI, "Perdita di una 'chance' e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione", *Giust. civ.*, 1984/1, pp. 1841 ss.

³⁶ Véanse V. ZENO ZENCOVICH, "Il danno per la perdita di un'utilità futura", *Riv. Dir. comm.*, 1986/2, pp. 217 ss.; A. DE CUPIS, "Il risarcimento delle perdite di una 'chance'", *Giurispr. it.*, 1986, cc. 1181-1183; A. M. PRINCIGALLI, "Quando è più sì che no: perdita di 'chance' come danno risarcibile", nota S. Tr. Cas., Lab., 19 dic. 1985, núm. 6506, *Foro it.* 1986/1, cc. 384-387.

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelación de Roma, Secc. 3ª, de 17 de febrero de 1988.

³⁸ Sentencia de la *Corte Conti*, Sez. Lombardia, de 13 de marzo de 1998, núm. 436; y sentencia de la Casación Civil (Secc. 3ª) 1286/1998, de 6 de febrero de 1998.

³⁹ Sobre el tema, con cita de varios pronunciamientos en este sentido, L. MEDINA ALCOZ, "Dal dogma dell'infalibilità dello Stato alla teoria della perdita di 'chance': l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano (1865-1999)", *Dir. Reg.*, mayo-ag 2005, núms. 3-4, pp. 437-447.

⁴⁰ Así, la Sentencia del Tribunal de Monza de 30 de enero de 1998 y la de la Casación Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, recogida y comentada por M. FEOLA, "Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in cassazione", nota S. Tr. Cas., Civil (Secc. 3ª), 4400/2004, de 4 de marzo, *Danno resp.*, 1/2005, pp. 45-56.

⁴¹ STS de Córdoba, de 10 de mayo de 1985.

⁴² Sentencia de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2ª, de 26 de agosto 1988.

⁴³ Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, de 17 de diciembre 1982. Sobre esta jurisprudencia, M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 450 ss.

⁴⁴ Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 25 de junio de 2003 y 5 de octubre de 2004, resumidas y comentadas por J. C. GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad civil médica*, pról. F. Marín Castán, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 215-218.



mento patrimonial que padecen los padres a raíz de la muerte un hijo menor, calculando la razonable posibilidad de ayuda que éste podría haber prodigado a aquéllos⁴⁵. Por lo demás, el concepto no es ajeno al Derecho de otros países iberoamericanos como Brasil, Colombia, Perú o Uruguay⁴⁶.

En España, todavía hoy la jurisprudencia ofrece ejemplos de esa vieja tendencia que, lejos de favorecer el manejo de técnicas de facilitación probatoria, invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con *toda* certeza. Heredera del pensamiento ilustrado y positivista, esta postura goza aún de predicamento entre nuestros jueces y tribunales, que a veces desestiman reclamaciones indemnizatorias por la falta de acreditación de un nexo causal cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable. La exigencia de estos altísimos requerimientos probatorios es frecuente, en particular, en supuestos de lucro cesante futuro en que el actor solicita la reparación de las ganancias que habría obtenido de no haber mediado el hecho ilícito. Con todo, de manera gradual, la praxis jurisprudencial está admitiendo que es imposible asegurar con plena certeza la verdad del hecho causal; y que, consecuentemente, la causalidad acreditada es, no la absolutamente cierta, sino la razonablemente probable. Por eso la doctrina de la pérdida de oportunidad ha cobrado últimamente una relevancia especial, pues

está consagrándose como remedio ante la incertidumbre causal y, consecuentemente, está propiciando la superación de la vieja idea de que la verdad procesal (prueba) y la verdad material (verdad en sentido estricto) son conceptos perfectamente identificables; de que si se ha sufrido un daño por culpa de otro, los procedimientos probatorios permiten siempre demostrarlo en el proceso. Desde hace casi dos décadas, nuestros juzgados y tribunales (y el Consejo de Estado) invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal; y a partir de la entrada del nuevo siglo, esta tendencia se está intensificando extraordinariamente. La jurisprudencia se mueve así entre dos tendencias antitéticas, una tradicional, que parece estar superándose y que parece inspirarse en el paradigma mecanicista newtoniano para rechazar la indemnización de daños ciertos ante la presencia del más mínimo resquicio de duda; y otra nueva, que parece estar imponiéndose y que admite la relatividad del conocimiento humano para reparar daños aún sin la prueba patente del nexo causal.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en particular, ha consolidado una jurisprudencia que, afirmada inicialmente a finales de los años ochenta por Juzgados y Audiencias⁴⁷, es favorable a la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida en asuntos de responsabilidad civil de profesionales legales,

⁴⁵ Sentencias de 7 de febrero de 1989, 30 de marzo 1990, 15 de noviembre de 1990 y 27 de febrero de 1991 de la Cámara Nacional Civil. Extractos de éstas y otras sentencias en materia de pérdida de oportunidad, en la sistematización de jurisprudencia argentina llevada a cabo por C. A. GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 400-403.

⁴⁶ Para el ordenamiento argentino, pueden consultarse, además de los trabajos mencionados, entre otros, J. BUSTAMANTE ALSINA, "La responsabilidad de los abogados", en AAVV, *Derecho de daños*, Libro homenaje al prof. Mosset Iturraspe, t. I, La Rocca, Buenos Aires, dir. Trigo Represas y Stiglitz, 1991, pp. 488-493; J. Jpp. 357-378; S. Y. TANZI, "La reparabilidad de la pérdida de la 'chance'", en AAVV, *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, dirs. A. A. Alterini y R. M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; E. A. ZANNONI, *El daño*. MOSSET ITURRASPE, "Frustración de una 'chance' por error en el diagnóstico", coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, *in re* Almonacid vs Debora Centro Médico, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, pp. 61-77; R. D. PIZARRO, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pp. 106-112; A. R. SOBRINO, "La responsabilidad profesional de los abogados", en AAVV, *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, vol. 1, coord. C. A. Gherzi, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, *Responsabilidad civil*, 2ª ed. act. ampl., Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 73-86; M. M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2a, *Daños a las personas. Integridad psicofísica*, 2ª ed., Hammurabi-Depal, Buenos Aires, 1990, pp. 304-305, 439-458, y *Persona, casos y cosas en el Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 33 ss. Para Brasil, Sérgio SAVI, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, Altas, São Paulo, 2006. En Colombia, J. C. HENAO, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Univ. Externado Colombia, Bogotá, 1998, pp. 161-162. Para Perú, F. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual* (arts. 1969-1988), 3ª ed., t. 2, Pontif. Univ. Cat. Perú, Lima, 1988, pp. 47-48. Para Uruguay, J. PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1984, pp. 364-365.

⁴⁷ Así, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, de 2 de diciembre de 1994, recaída en juicio civil 909/1993.



aunque no siempre se maneje rigurosamente⁴⁸. Del mismo modo, ha reconocido la resarcibilidad de las *chances* de curación en la emblemática sentencia de 10 de octubre de 1998 (a la que me refiero con mayor detenimiento más adelante), después de que las Audiencias Provinciales inauguraran una importante línea jurisprudencial favorable a la aplicación de la teoría de la oportunidad en el ámbito médico-sanitario⁴⁹. Aunque, como señala la SAP de Madrid (Secc. 20ª) núm. 248/2004, de 29 de abril (JUR 2004/228347), *“nuestra jurisprudencia no ha recibido con carácter general (...) la denominada doctrina de la ‘pérdida de oportunidad’ en el ámbito de la responsabilidad médica”*; parece estar en vías de hacerlo, pues durante los últimos años han empezado a abundar los pronunciamientos que mencionan o emplean la teoría.

La doctrina de la oportunidad perdida ha penetrado igualmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a través de la Audiencia Nacional. Desde que en 2002 admitiera por vez primera la resarcibilidad de la oportunidad de curación o sobrevivencia⁵⁰, la AN aplica la teoría de la *chance* con bastante rigor y mucha frecuencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria⁵¹. Últimamente, el carácter resarcible de este tipo de oportunidades ha empezado a afirmarse también en sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia⁵² y del Tribunal Supremo⁵³.

En este plano, son muy relevantes dos recientes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, por vez primera, aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad: Las SSTS, Sala 3ª, de 7 de julio y 26 de junio de 2008, a las que me refiero después.

La oportunidad perdida se presenta así como una doctrina en auge a la que los jueces y tribunales españoles, tanto de lo civil como de lo contencioso-administrativo, acuden a menudo en supuestos de negligencia de profesionales legales o sanitarios. Fuera de este ámbito, todavía son raros los pronunciamientos que acogen la figura. No obstante, el Consejo de Estado ha aconsejado la indemnización de *chances* laborales y de la posibilidad de evitar los gastos aparejados al sostenimiento de una acción resarcitoria ante la jurisdicción civil en supuestos en que la prescripción del ilícito penal por la prolongada paralización de las actuaciones ha impedido un examen de fondo de la acción penal ejercitada y, con ello, de la acción civil acumulada⁵⁴. Además, es posible que algunos pronunciamientos recientes estén anunciando una extensión de los supuestos a que se aplica la teoría. La SAP Zaragoza (Secc. 5ª) núm. 718/2005, de 28 de diciembre (JUR 2006/27090), se refiere a ella en un caso de pérdida de la oportunidad de suscribirse al pago de una indemnización por la negligencia de un corredor de seguros⁵⁵. A su vez,

⁴⁸ Cfr. SSTS (Sala 1ª) de 20 mayo de 1996 (Ar. 3793), 16 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7871), 14 de julio de 2003 (Ar. 4630).

⁴⁹ Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Secc. 2), de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998/1504) y de Madrid (Secc. 18), de 5 de mayo del mismo año (AC 1998/7198).

⁵⁰ SAN (Secc. 4ª), de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003/25811).

⁵¹ SSAN (Secc. 4ª), 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004/274), 13 de abril de 2005 (JUR 2005/277440), 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005/1029), 2 de noviembre de 2005 (JUR 2006/122314), 11 de octubre de 2005 (JUR 2006/122656), 15 de febrero de 2006 (JUR 2006/119520).

⁵² STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1205/2001 de 14 de diciembre (JUR 2002/84276), y núm. 525/2005, de 3 de junio (JUR 2005/207921); STSJ Madrid de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/120373) y núm. 156/2006, de 2 de febrero (RJCA 2006/383).

⁵³ En supuestos de ausencia de consentimiento informado, SSTS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 2004 (Ar. 3889) y 22 de junio de 2005 (Ar. 5323). En casos de diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, STS, Sala 3ª, de 13 de julio de 2005 (Ar. 9611).

⁵⁴ En relación con las oportunidades laborales, Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril. Aconsejan la indemnización de esas peculiares oportunidades procesales, entre otros, los Dictámenes 35/1999, de 18 de marzo; 1582/1999, de 24 de junio; 3423/1999, de 22 de diciembre; 3425/2000, de 14 de diciembre; 857/2001, de 21 de junio; 1671/2001, de 19 de julio; 2043/2002, de 26 de septiembre; 2752/2002, de 31 de octubre.

⁵⁵ La SAP Málaga (Secc. 7ª, sede en Melilla), núm. 107/2000, de 27 de octubre (JUR 2001/86648) maneja también la figura fuera del ámbito de la responsabilidad por negligencia de profesionales forenses o sanitarios.



la sentencia 153/08, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada, acogiendo parcialmente las recomendaciones del Ministerio Fiscal en relación con la acción resarcitoria acumulada, ordena la reparación de la oportunidad de acceder al cuerpo de bomberos, a cuyas oposiciones no pudo presentarse el recurrente como consecuencia de un accidente constitutivo de ilícito penal y civil. Por su parte, algunas sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) afirman el carácter resarcible de la pérdida de la oportunidad de victoria en oposiciones y, en general, procedimientos administrativos competitivos⁵⁶.

Hay razones para pensar que es posible que la teoría acabe extendiéndose a este tipo de casos, denominados de *chance provvedimentoale* en el Derecho italiano. Hay que recordar que, al transponer la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, el Derecho español ha positivizado la doctrina de la *chance* en el ámbito de la contratación pública para indemnizar al licitador que no logra demostrar que, sin la infracción cometida por el órgano de adjudicación, habría resultado beneficiario. A su vez, podría ser un síntoma de una ampliación futura del ámbito judicialmente atribuido a la doctrina de la oportunidad perdida el hecho de que los tribunales de países que se han adelantado a los españoles en el reconocimiento de la resarcibilidad de las *chances* médicas y procesales lleven tiempo indemnizando las oportunidades que se pierden en el contexto de los procedimientos administrativos ampliatorios (Francia) o hayan empezado a hacerlo en cumplimiento de las Directivas comunitarias de recursos (Italia)⁵⁷.

4. El ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. 1) Por incertidumbre estricta se entiende aquella que expresa una probabilidad causal seria, no desdeñable, que, sin alcanzar el nivel (máximo) que permite tener por cierto el hecho causal, supera el nivel (mínimo) que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño⁵⁸. Por eso se dice que el concepto técnico de *chance* remite a la posibilidad fundada, seria, real, no desdeñable. 2) La incertidumbre es irreversible cuando no hay, razonablemente, la posibilidad de que después de la *æstimatio* llegue a conseguirse la certidumbre de que el agente no causó un daño, bien porque, producido éste, puede obtenerse después la reparación (v. gr., licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento), bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, puede no materializarse nunca (v. gr., médico que, al exponer a radiación a su paciente, no causa daño alguno, pero aumenta las posibilidades de que acontezca después). Es lo que, gráficamente, se expresa al señalar que la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada⁵⁹, una ocasión irremediadamente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente⁶⁰. 3) La incertidumbre es intrínseca cuando quien la propicia no es la propia víctima. La teoría de la pérdida de oportunidad se

⁵⁶ Cfr. SAN de 8 de junio de 2006 (JUR 2006/1777226).

⁵⁷ Véase L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 196-214.

⁵⁸ A estos umbrales probabilísticos me refiero con más detenimiento después en aps. 5 y 8.3.

⁵⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Utet, Torino, 2000, p. 75.

⁶⁰ En este sentido, G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 208-209; O. BONARDI, "Concorsi invalidi: risarcimento del danno per perdita di "chance" o ripetizione del concorso ora per allora", nota S. Tr. Cas., Lab., 14 jun. 2000, núm. 8132, Riv. it. Dir. lav., 2001/2, pp. 463-467.



aplica de este modo a supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. Es la idea la idea de que la teoría de la *chance* entra en juego únicamente en supuestos de imposibilidad material de prueba.

En ocasiones, se adjudica un significado netamente distinto a la distinción entre incertidumbre extrínseca e intrínseca. Se ha dicho que la primera está presente en supuestos en que la probabilidad de causalidad es necesariamente del 100% o del 0%, cuando el desconocimiento de la manera en que se ha desarrollado un proceso etiológico real y verdadero impide averiguar lo ocurrido. La segunda interviene cuando hay un componente de aleatoriedad que impide radicalmente saber cuáles serían las consecuencias futuras de un hecho pasado. Según se dice, la aleatoriedad extrínseca está ligada a procesos causales ya determinados, que no han podido desentrañarse por la imperfección del conocimiento humano. La aleatoriedad intrínseca está asociada, en cambio, a procesos causales indeterminados cuyo conocimiento es ontológicamente imposible porque nunca ocurrieron verdaderamente. Partiendo de esta distinción, se insiste en que el problema de la pérdida de una estricta *chance* no puede ligarse a un problema de pura dificultad procesal de prueba –incertidumbre extrínseca–, sino a un problema de imposibilidad material, por la presencia de elementos aleatorios que no resultan marginales –incertidumbre intrínseca–. Atendiendo a la producción del denominado perjuicio final,

es decir, a la frustración de la ventaja pretendida, la pérdida de una estricta *chance* supone que se está, no ante un perjuicio indemostrado pero teóricamente demostrable, sino ante un perjuicio que de suyo es indemostrable⁶¹.

Los efectos de esta distinción pueden captarse a través de los siguientes ejemplos -propuestos por J. H. KING⁶²: Paula compra un título que le da derecho a extraer una judía de una bolsa oscura que contiene 100, de las que 30 son de color dorado y 70 azules. De acuerdo con las reglas del juego, ganará un premio de 100.000 \$ si la judía extraída es dorada, pero no obtendrá nada si es azul. Paula encarga a su abogado la custodia del título, pero éste lo pierde negligentemente. La probabilidad de que el abogado haya impedido que Paula obtenga el premio es sólo del 30%, lo que impide afirmar la existencia de un lazo causal entre la culpa y la falta de consecución de las ganancias. La incertidumbre en este caso es de carácter intrínseco, pues es ontológicamente imposible demostrar que la probabilidad de obtención de premio es del 0% o del 100%. El proceso causal es incompleto e indeterminado, pues su derrotero no puede averiguarse porque no va a producirse nunca. Consecuentemente, podría aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no se manejaría si, por ejemplo, Paula hubiera podido participar en el juego y en el mismo momento en que seleccionó la judía y sin que le diera tiempo a sacarla a la luz, hubiera sido empujada negligentemente, cayéndose y desperdigándose todas las judías. Paula llegó a seleccionar una concreta judía, pero no se sabe cuál, pues cayó al suelo con las demás antes de que fuera extraída de la bolsa. En este caso, el proceso causal se

⁶¹ En Francia, F. CHABAS (*La perdita...*, cit., pp. 230-232) defiende planteamientos de este tipo; y S. R. PERRY ("Protected interest and undertakings in the Law of Negligence", *Univ. Toronto Law Journal*, 42, 1992, pp. 259-260) y H. REECE, "Losses of chance in the Law", *Mod. L. Rev.*, núm. 59, 1996, p. 194) en el mundo anglosajón.

⁶² "*Reduction of...*, cit., pp. 516-519.



ha desarrollado por completo y puede asegurarse que Paula habría ganado el premio, si la judía seleccionada era dorada, o que lo habría perdido, si era de color azul. Paula no puede demostrar que por culpa del empujón dejó de obtener 100.000 \$, pero, no por la intervención de una aleatoriedad intrínseca, sino por las dificultades que enmarcan el caso, pues éstas son las que impiden descubrir el color de la judía efectivamente elegida. El suceso está en la realidad de las cosas, pero las limitaciones humanas y las circunstancias del supuesto impiden conocerlo. En la primera hipótesis, hay una incertidumbre absolutamente insuperable (aleatoriedad intrínseca) que habilita el resarcimiento en concepto de *chance* perdida; y en el segundo hay una incertidumbre superable (aleatoriedad extrínseca), pero que queda insuperada por las dificultades probatorias del supuesto, por lo que hay que liberar al autor del comportamiento culposo.

No puede aceptarse esta distinción entre aleatoriedad intrínseca y extrínseca. Presupone una visión determinista que, asumida coherentemente, prohíbe una diferenciación entre sucesos preordenados e indeterminados: El determinismo parte de que todos los acontecimientos tienen un único derrotero posible, sin que, por tanto, quepa hablar estrictamente de aleatoriedades intrínsecas⁶³. En cualquier caso, aunque se admita la diferenciación, no parece que pueda hacerse depender de ella la aplicación de la doctrina de la oportunidad perdida. Hay veces que es imposible distinguir cuándo los procesos causales parecen completos y preordenados o incompletos e indeterminados⁶⁴. Además, y esta es la razón de mayor peso, aunque en supuestos como los expuestos *ad hoc* la distinción se

patentiza como posible, hay que admitir que, en realidad, la conducta del agente dañoso tuvo en ellos los mismos efectos prácticos: la acción culposa cerró las puertas de la percepción porque impidió averiguar el color de la judía (que se iba a elegir o que estaba ya seleccionada) y, consecuentemente, comprobar si Paula habría ganado el premio⁶⁵. No se entiende por qué el lugar en que se ubicaba la judía puede tener consecuencias tan dispares cuando lo relevante es comprobar que la víctima está materialmente incapacitada para acreditar el nexo de causalidad. Si la judía de la que dependía la consecución del premio estaba en la bolsa porque la víctima no pudo participar en el juego, el planteamiento en cuestión admite la utilización del concepto de *chance* para librar un resarcimiento. Si estaba en la mano del perjudicado, se niega la protección resarcitoria bajo el entendimiento de que no hay nexo causal probado ni procede aplicar la doctrina de la oportunidad perdida. Podrá cuestionarse la validez de una teoría que habilita una reparación sin la prueba patente de la causalidad, pero, si se admite, hay que reconocer que restringir sobre estas bases su campo de aplicación resulta un tanto arbitrario. Lo que hiera la sensibilidad judicial y explica la creciente utilización de la técnica de la *chance* es que la víctima no obtenga nada por la imposibilidad de acreditar un nexo causal posible, no que esa imposibilidad conecte con una cadena causal preordenada o con otra indeterminada. La doctrina de la *chance* no ha surgido para encarar el problema de la incertidumbre causal en función de sutiles clasificaciones de imposibilidad probatoria. Lo determinante es, no la fuente de la ignorancia (el azar o las limitaciones humanas), sino que ésta subsista después de que

⁶³ J. H. KING, "Reduction of...", cit., p. 531.

⁶⁴ D. A. FISCHER, "Tort recovery...", cit., p. 623.

⁶⁵ J. H. KING, "Reduction of...", cit., p. 531.



la víctima haya intentado superarla con los recursos probatorios que el ordenamiento ha puesto a su disposición. Así pues, si se admite la doctrina de la oportunidad, no parece que pueda restringirse su ámbito de aplicación a través de una distinción de supuestos que, a efectos prácticos, son materialmente iguales.

La exigencia de la incertidumbre causal encierra así una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida el ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*. 1) No se aplica cuando la proba-

bilidad es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o suficiente, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total⁶⁶. 2) Del mismo modo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado⁶⁷ ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación⁶⁸. 3) No se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear

⁶⁶ No obstante, hay una doctrina norteamericana minoritaria que postula la aplicación del criterio de responsabilidad proporcional a la probabilidad causal incluso en supuestos en que la medida probabilística hallada en el caso es superior al umbral de certeza radicada en el Derecho angloamericano en el 50% o inferior al nivel mínimo de seriedad que de ordinario presupone la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y que puede fijarse convencionalmente en la barrera del 15%. Es la postura que defienden J. H. KING (“Reduction of...”, cit., pp. 556-558) y J. MAKDISI (“Proportional liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina L. Rev.*, núm. 67, 1989, pp. 1092-1093, aunque con importantes diferencias de fondo. Un análisis crítico de sus posturas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 367-377, 425-432.

⁶⁷ Hay, sin embargo, una doctrina minoritaria que preconiza la aplicación de un criterio de responsabilidad proporcional en hipótesis de exposición de riesgo, esto es, en casos en que el agente no causa el daño, pero incrementa la probabilidad de que acontezca en el futuro. Bajo esta perspectiva, la pérdida de la posibilidad de sustraerse a un daño futuro constituye un daño resarcible y cuantificable en proporción a la probabilidad de que el daño acabe materializándose. Bajo esta óptica, la doctrina de la *chance* admite dos tipos de reparación: la indemnización proporcional del daño (*proportional damage recovery*) y la indemnización proporcional del riesgo (*proportional risk recovery*). Cfr. D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., p. 630; R. M. CHEMERS/ R. J. FRANCO, *The lost chance doctrine could bring recovery for the increased risk of harm*, *Chicago Bar Ass. Rec.*, núm. 5, 1991, pp. 27-32. Cierta jurisprudencia francesa y norteamericana se atiene a esta doctrina en estos supuestos, denominados de creación de un riesgo duradero, estableciendo la procedencia de una indemnización proporcionada a la importancia del peligro generado (cfr. C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 114-118, 96-98, 309-310; J. S. PHILLIPS, “The ‘lost chance’ theory of recovery”, *Colorado Lawyer*, núm. 27, 1988, pp. 85-87). Por lo general, se parte de la idea (a mi juicio inaceptable) de que el padecimiento de ese riesgo puede configurarse como un daño cierto y actual, distinto del perjuicio futuro que puede o no materializarse (C. MÜLLER, *La perte...*, cit., pp. 309-310). Esta idea es la que, según veremos (ap. 6), se utiliza (incorrectamente, a mi modo de ver) para conciliar la doctrina de la pérdida de oportunidad – que indemniza en ausencia de un nexo causal acreditado – y la exigencia ineludible de que haya causalidad efectiva para obligar resarcitoriamente al agente. Una revisión crítica de este planteamiento en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 61-62, 94-98.

⁶⁸ No obstante, hay también una tendencia favorable a indemnizar en estos casos. Así, una importante sentencia del Consejo de Estado italiano (Secc. VI) de 31 de marzo de 2006. La recurrente, la empresa “Ati Eac”, compitió con “Ati la Linea” en un procedimiento para la adjudicación de los servicios automovilísticos de transporte de personas en la ciudad de Mestre. Se valoró su oferta con 83,50 puntos, mientras que la otra participante obtuvo 86’53, resultando adjudicataria. El Tribunal Administrativo de la Región del Veneto desestimó el recurso que aquella interpuso contra los actos del procedimiento. Apelada la sentencia, el Consejo de Estado dictó el pronunciamiento en cuestión, declarando la ilegalidad de la actuación administrativa y el derecho al resarcimiento en concepto de pérdida de *chance*. La sentencia considera que el *modus operandi* prefijado por la Administración para la selección de la oferta es contrario a los principios de no discriminación y transparencia. La Administración contratante estableció en el acto de la convocatoria los criterios de valoración, pero remitió a la *comissione di gara* la graduación de varios de ellos. A juicio del Consejo de Estado, los potenciales aspirantes debieron conocer desde el principio esos criterios con el fin de evitar el peligro de que la comisión realizara una puntuación *ex post* y a placer de las ofertas, determinando el resultado del procedimiento después de conocer el perfil de los concretos solicitantes. Se considera de este modo que el sistema establecido otorgaba a la comisión adjudicadora un poder que no era de simple especificación de las pautas generalmente contempladas en la convocatoria. Tal conclusión se apoya en convocatoria y deben estar ligados al objeto del contrato, sin que puedan conceder una libertad la normativa italiana aplicable y, además, en la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 17 de septiembre de 2002, C 13/99, *Concordia Bus Finland*, entre otras), para la que los criterios de adjudicación definidos por la Administración contratante han de mencionarse en la incondicionada de elección. La irregularidad mencionada justifica, según el Consejo de Estado, la anulación de los actos del procedimiento. Se añade que, dada la discrecionalidad del método de selección establecido, no procede condenar a la adjudicación de los servicios a la empresa recurrente. Se establece, consecuentemente, que la Administración debe repetir el procedimiento y valorar cuáles son los instrumentos idóneos para garantizar la realización del servicio. En cuanto a la pretensión resarcitoria, se dice que, en principio, debería rechazarse bajo el entendimiento de que la víctima tendría que plantear su reclamación una vez que la Administración haya resuelto el nuevo procedimiento. Considera, sin embargo, que, al tramitarse en otro contexto histórico, no puede asegurarse que en él vayan a implicarse las partes de la controversia de la misma manera y sobre la base de los mismos presupuestos. Además, la solución negativa posterga irrazonablemente la posibilidad de obtener una indemnización. Por eso, a juicio del Alto órgano, cabe indemnizar la pérdida de una *chance*, entendida como bien susceptible de valoración económica que se distingue en el plano ontológico de la ventaja a la que está teleológicamente orientada. A mi juicio, esta solución es cuestionable. Al otorgarse esa reparación parcial, se corre el riesgo de enriquecer injustamente a la víctima, si resulta finalmente adjudicataria y, por tanto, desaparecen las dudas en torno a si la Administración ha impedido el acceso a la utilidad deseada. Parece que la teoría de *chance* ha de entrar en juego en supuestos de incertidumbre causal irreversible, no cuando, sin poderse asegurar que la víctima perdió la ventaja como consecuencia del comportamiento ilícito del agente (posiblemente) dañoso, subsiste aún la posibilidad de obtenerla en el futuro.



los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.

Hay, pues, una variedad de criterios que, ligados a la idea de la incertidumbre causal permiten acotar series de casos en que no resulta aplicable la doctrina de la *chance*. No obstante, es evidente que la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la doctrina de la *chance*. La doctrina de la oportunidad perdida suele emplearse en supuestos de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios así como en el contexto de negociaciones contractuales y procedimientos selectivos, pero puede virtualmente aplicarse a una inmensa variedad de hipótesis. Al carecer de los suficientes criterios de delimitación, la oportunidad perdida se presenta como una teoría *ubiquitaria*, dotada del carácter de la ubicuidad, por más que la práctica judicial no acuda a ella siempre que se producen situaciones de incertidumbre causal⁶⁹. El concepto de *chance* proporciona relevantes criterios de limitación que, sin embargo, no sirven para resolver adecuadamente todas las hipótesis de incertidumbre que pueden plantearse, distinguiendo cuándo procede liberar o condenar al (supuesto) agente dañoso. Por eso se ha dicho que no hay bases para construir una teoría general (*general policy considerations*) de la oportunidad perdida a cuya luz determinar en todos los casos cuándo ha de indemnizarse (parcialmente) el daño ocasionado⁷⁰.

Los partidarios de la doctrina de la *chance* no suelen subrayar este problema, pero son conscientes del mismo, pues, por lo general, se esfuerzan en perfeccionar criterios que, a modo de parapeto, contengan



gan las potencialidades aplicativas del concepto de oportunidad perdida. Son los *garde-fous* (pretilos) a que hace referencia Geneviève VINEY⁷¹; los *floodgates* (esclusas) que menciona Michelle L. TRUCKOR⁷²; o los *filtros* a los que se refiere Elena DE VICENTE⁷³ al insistir en la necesidad de que la resarcibilidad de la pérdida de una oportunidad de ganancia se contemple de forma restrictiva. Se trata de límites formulados en diversos ordenamientos para excluir la aplicación de la doctrina de la *chance* en determinados casos: supuestos en que la ausencia de prueba del nexo causal está ligada a procesos casuales com-

⁶⁹ La caracterización de la pérdida de oportunidad como doctrina *ubiquitaria* es de Tullia TORRESI, "Il danno da perdita di "chance" tra contratto e torto: diritto alla integrità patrimoniale? danno meramente patrimoniale?", *Giurispr. it.*, 1999, pp. 2073-2074.

⁷⁰ D. A. FISCHER, "Tort recovery...", cit., 653-654.

⁷¹ *Les conditions de la responsabilité (Dommage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation)*, 2^e ed., LGDJ, Paris, 1998, p. 79.

⁷² "The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival", *Univ. Dayton L. Rev.*, núm. 24, pp. 363, 371-373: "application of pure loss of chance should be narrow in scope".

⁷³ *Daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 42-43.



de que incluso el criterio base de la incertidumbre causal es cuestionable. Su utilización contradice un postulado básico del Derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo ocasionarlo. La pauta de la incertidumbre causal es controvertida porque lo es *per se* la doctrina de la *chance*.

No obstante, el Derecho positivo español resuelve, al menos en parte, los problemas de la fundamentación de la teoría de la pérdida de oportunidad y de su desmesurada potencialidad aplicativa. Esto porque, en realidad, en España, dada la ausencia de un reconocimiento expreso y general de la teoría, el problema técnico que se plantea es el de determinar los supuestos en que ésta resulta aplicable por extensión analógica de la *ratio* probabilística de los concretos preceptos que, para casos específicos, afirman que basta una posibilidad real para obtener una indemnización. De esta cuestión me ocupo con mayor detenimiento después, al hilo de la explicación del fundamento de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

pletos y determinados; en que la apreciación del elemento etiológico depende de un pronóstico en torno a la conducta que habría adoptado la víctima de no haber mediado el hecho ilícito (doctrina del *Choice, Not Chance*); en que la dificultad probatoria consiste en averiguar qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido un deber (causalidad omisiva); en que el beneficio inobtenido es de naturaleza patrimonial; o en que la ventaja inconseguida es de índole personal⁷⁴. Se han propuesto así una variedad de criterios que, sumados al de la incertidumbre causal, permiten restringir el marco en que opera la noción de *chance*. Sin embargo, la selección de casos que realizan resulta un tanto arbitraria y en cualquier caso difícilmente justificable. Además, hay que ser conscientes

5. El contenido de la teoría de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso⁷⁵. Por eso se dice que

⁷⁴ Una análisis detallado de estos expedientes en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 99-106.

⁷⁵ A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973, ap. 237, p. 179; J. J. MOSSET ITURRASPE, "Frustración de una 'chance' por error en el diagnóstico", coment. S. Cámara Nac. Apelacs. Civil Buenos Aires, 21 dic. 1981, in re *Almonacid vs Debora Centro Médico*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 73.



“la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”⁷⁶.

La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad⁷⁷. Éste es fundamental, tanto para delimitar su ámbito de aplicación (que queda acotado entre un nivel mínimo de seriedad de la *chance* y otro máximo de certeza del hecho causal), como para concretar su contenido. La teoría establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad. Me refiero, fundamentalmente, a las establecidas en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente y el daño causado por miembro indeterminado de grupo. También a la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado que, aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española. A estas doctrinas me refiero después.

Bien entendido, la teoría causal tradicional y su corolario del todo o nada se basan también en un cálculo de probabilidad. En efecto, la afirmación o la negación del nexo causal depende de un juicio de aceptabilidad enderezado a determinar si la probabilidad causal alcanza o no en el caso concreto un determinado umbral de certeza: el 50%, en el Derecho angloamericano en virtud del criterio *more probable than not*; y en torno al 80% en el Derecho europeo continental (y, según creo, en el hispanoamericano) en razón de la máxima *id quod plerumque accidit*⁷⁸. Bajo este planteamiento, si las probabilidades causales alcanzan el dintel de certidumbre, se tiene por cierto el hecho causal y

se brinda una reparación total; si, en cambio, no llegan a esa cifra, se niega su existencia y, con ello, se libera por completo al agente (posiblemente) dañoso. Así, pues, la teoría general de la causalidad se apoya también en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido.

Sin embargo, la respuesta resarcitoria del régimen alternativo establecido a través de la doctrina de la *chance* no depende ya de que tal probabilidad pueda reputarse suficiente ni implica que el perjudicado obtenga todo o nada. Hallado el grado de probabilidad en el caso concreto, si es serio o apreciable, se proyecta sin más sobre la indemnización para afirmar una responsabilidad parcial basada en una causalidad probabilística; la doctrina de la pérdida de oportunidad se vale de esa misma valoración probabilística, sólo que, si la probabilidad resultante supera un nivel (mínimo) de seriedad sin llegar a alcanzar el estándar (máximo) de certidumbre, impone una responsabilidad parcial, proporcionada a esa probabilidad. Por eso, cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño así como el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente dañoso.

Las teorías que, para hacer frente a la incertidumbre causal, establecen una suavización del estándar ordinario de prueba, como la teoría del incremento del riesgo que se estudia después (ap. 8.1), alteran la *forma* de valorar la prueba, pero mantienen invariado su *objeto*, que es siempre el

⁷⁶ Así, la administrativista italiana F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica...*, cit., p. 76.

⁷⁷ Según precisa A. BÉNABENT (*La chance...*, cit., p. 7) la teoría de las *chances* y la teoría del cálculo de probabilidades son sinónimas (p. 7).

⁷⁸ A los umbrales de certidumbre me refiero después, en el epígrafe 8.3.



hecho de la causalidad. Sin embargo, la teoría de la *chance* entraña una transformación más profunda, pues, en ella la probabilidad deja de ser un método de valoración probatoria y se convierte en el objeto mismo de la prueba. Se está, pues, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el *cómo* se prueba y el *qué* se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad en hipótesis de incertidumbre, es decir, la inevitable tensión de acceder a un procedimiento que permite averiguar las probabilidades de que la víctima no sufriera el daño y desperdiciar sus resultados, porque el juez se crea forzado a elegir entre la causalidad demostrada y la indemostrada; entre la reparación total o su radical ausencia⁷⁹.

6. El fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad

La realidad es que la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que ésta se ha edificado; en España, arts. 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares y art. 139 de Ley 30/1992, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico; que sin ella no puede surgir la obligación de indemnizar, y, por tal razón, la responsabilidad por una causalidad que es sólo posible parece incompatible con ellos.

Tanto en España como en los ordenamientos de nuestro entorno, doctrina y jurisprudencia han camuflado este dato a través de los más variados expedientes: la mayoría defiende el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, pero

se apoya en artificios para afirmar su compatibilidad con la concepción tradicional de la causa. Se dice que, en los casos en que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo, configurado como un daño *asestante* de carácter económico o personal.

Pero se trata de construcciones doctrinales que no resisten un análisis crítico y cuyo único sentido es proporcionar la protección que se estima debida, pero sin cuestionar el concepto tradicional de causa. Tales construcciones hacen depender la existencia de un daño emergente (económico o personal) de las posibilidades cognoscitivas del juez, esto es, de las informaciones de que dispone para formarse un juicio en torno a las circunstancias fácticas del caso. Si tales informaciones arrojan una probabilidad causal seria y no desdeñable, se afirma que la víctima ha perdido un bien de naturaleza patrimonial o moral, pero si, en el mismo caso, nuevos datos determinan que tal probabilidad sea, en realidad, muy alta o muy baja, ese bien desaparece “misteriosamente” para afirmarse o negarse la existencia del nexo causal (y, por tanto, conceder o denegar la reparación total)⁸⁰.

El problema es que no puede rechazarse fácilmente la teoría de la oportunidad perdida porque el reconocimiento de algunos supuestos de responsabilidad sin causa acreditada es concebido, por lo general, como justo. Los casos de pérdida de oportunidad son, pues, problemáticos o anómalos

⁷⁹ En este sentido, J. MAKDISI (“Proportional liability...”, cit., p. 1084) considera que, si la discusión se traslada de la cuestión de la acreditación del hecho de la causalidad a través de pruebas probabilísticas a la de la demostración de las probabilidades del hecho de la causalidad, desaparece el conflicto inherente entre el qué ha de probarse y el cómo ha de probarse: “Once the discussion moves from the problem of proving the fact of causation with probabilistic evidence to the problem of proving the probability of the fact of causation, there is no inherent conflict between what is to be proved and how is to be proved”.

⁸⁰ Una exposición detallada y revisión crítica de las diferentes modalidades de teorías ontológicas en L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 349-411.



porque, al encararse, surge la discordancia entre la solución que aporta el modelo tradicional (no hay derecho a indemnización) y la que, según el sentir general, debería proporcionarse (hay derecho a indemnización). La única solución lógica y coherente con la teoría general de la causalidad es el rechazo de la doctrina de la *chance* y, consecuentemente, de toda protección resarcitoria, pero tal solución lastima la comprensión general de lo que es justo.

A mi juicio, para resolver el turbador enigma, al menos en el Derecho español, pueden evitarse las ficciones que, en la actualidad, sostienen la mayor parte de los autores y juzgadores para encubrir que la teoría de la *chance* se enfrenta a la teoría general de la causalidad. Basta fijarse en las normas en que está consagrada y constatar que allí no se dice que procede indemnizar a la víctima que sólo acredita una causalidad simplemente posible porque sufre un daño moral o porque pierde una cosa integrada previamente en su patrimonio jurídico. Tales normas quieren, sencillamente, que en los supuestos de hecho tomados en consideración surja la responsabilidad, aunque no pueda reputarse alta la probabilidad de que, sin la acción ilícita (o con la conducta debida omitida), el daño dejara de producirse. De este modo, esas reglas establecen un sistema alternativo de imputación causal que deja de basarse en la idea de que la causalidad es o no es (todo o nada), según se supere o no un umbral de certeza radicado en la alta probabilidad. Se trata de un *régimen especial de imputación probabilística* que da entrada a la idea de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad. Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad no es en poner coto a una teoría cuyo ámbito operativo es potencialmente ilimita-

do. Es concretar hasta qué punto el recurso a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. El problema consiste, pues, en determinar si (y hasta qué punto) cabe proyectar el principio de causalidad probabilística que la Ley ha sancionado para un caso a supuestos imprevistos en que resulta igualmente imposible conseguir el grado de certeza que de ordinario es preciso para tener por cierto el hecho causal y ordenar la reparación total de perjuicio ocasionado.

Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera con carácter general los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de responsabilidad proporcional o probabilística⁸¹.

Según se ha dicho, si se da un amplio alcance a la responsabilidad probabilística pueden acrecentar desmesuradamente los costes administrativos. Dos son las razones: 1) al incrementar los supuestos en que se reconoce el derecho resarcitorio, aumenta el número de litigios; 2) la concreción del grado de probabilidad de cada uno de los posibles agentes puede ser fuente inagotable de discusión, dada la relevancia que cobra en orden a concretar el alcance de las distintas indemnizaciones⁸². Además, se dice, tal responsabilidad sobreincentivaría o infraincentivaría a los sujetos, dificultando la adopción de las medidas que minimicen las consecuencias lesivas de los comportamientos a un coste equilibrado o ade-

⁸¹ Cfr. D. KAYE, "The limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation", *Am. B. Found. Res. Journal*, 2/1982, pp. 487-516; S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Harvard Univ. press, 1987, pp. 115-117; J. MAKDISI, "Proportional liability...", cit., pp. 1063-1101; S. LEVMORE, "Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs", *Journal Legal Stud.*, núm. 19, 1990, pp. 705-707. Sobre los planteamientos de estos autores, L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 325-327, 342-343, 427-432.

⁸² S. SHAVELL, *Economic Analisis...*, cit., p. 117.



cuado. Esto porque el Derecho, cuando obliga a un sujeto a reparar parte de un daño que, en realidad, no causó, incita a extremar las medidas de precaución; y, al revés, cuando obliga a compensar sólo parte del perjuicio que pudo causarse, desincentiva a los sujetos, pues no anima a aumentar las cautelas con que evitar futuros menoscabos⁸³.

Sin embargo, algunos analistas económicos sostienen la tesis contraria. El todo o nada es ineficiente porque deja de disuadir a los agentes de las decisiones menos perjudiciales para la colectividad⁸⁴, según pone de manifiesto el siguiente ejemplo: un operador de energía nuclear puede utilizar dos procesos, “x” e “y”, siendo el segundo más barato, pero más peligroso porque incrementa el riesgo de que los empleados contraigan cáncer en un 33%. La concepción más ortodoxa de la causalidad exonera de toda responsabilidad al empresario que ha utilizado el proceso “y” porque, cuando un trabajador sufre cáncer, las probabilidades de que aquél sea la causa no alcanzan el umbral de certeza que impone el criterio de lo más probable. Por eso, es una teoría ineficiente, porque alienta al empresario a elegir “y” en lugar de “x”, pues la adopción del método más dañino no le obliga a reparar los daños personales que se produzcan⁸⁵. Además, se dice, está cumplidamente demostrada la mayor eficiencia de la responsabilidad probabilística en algunos casos. Son los de “fallos recurrentes o repetidos” (*Recurring Wrongs*)⁸⁶. No es sencillo identificar este tipo de supuestos en la medida en que el cálculo de las probabilidades depende de circunstancias concretas que suelen variar en cada caso⁸⁷. No obstante, en el marco de la responsabilidad civil médica,

legal o empresarial puede ocurrir que un profesional aplique sistemáticamente la estrategia equivocada a un mismo tipo de casos. Cuando en tales hipótesis el nivel de probabilidades de que tal profesional causara el daño no supera el umbral de certidumbre, la teoría del todo o nada resulta ineficiente porque deja de incitarle a actuar con mayor diligencia —es decir, a modificar sus métodos y procedimientos—, pues nunca estará obligado a afrontar una indemnización. Cuando, en cambio, las probabilidades alcanzan el dintel de certeza, el sujeto estará sobreincentivado porque la regla del todo o nada le fuerza siempre a reparar la totalidad del daño. En cambio, si, con base en una regla de reparación proporcional, se obliga al agente a indemnizar en la medida de la probabilidad de que fuera causante adoptará, según se dice, las adecuadas precauciones porque estará incentivado en una medida óptima, justa y equilibrada.

Pero las reformas que se proyecten de ninguna manera pueden basarse exclusivamente en parámetros de eficiencia económica y prevención. La proliferación y consolidación de mecanismos de facilitación probatoria y técnicas de reparación proporcional en ausencia de prueba del nexo causal tienen que ver fundamentalmente, en realidad, con algo tan relevante como evanescente y difícilmente mensurable: la transformación de la sensibilidad judicial, que ya no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad, encauzada a través de pronunciamientos jurisprudenciales, estudios doctrinales y medidas legislativas, obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad “total” (*total liability*) por el daño

⁸³ Este planteamiento ha sido expuesto en los Estados Unidos por el profesor D. KAYE, *The limits...*, cit., pp. 487, 486, 500-502.

⁸⁴ J. MAKDISI, “Proportional liability...”, cit., pp. 1070-1071.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 1070.

⁸⁶ S. LEVMORE, “Probabilistic Recoveries...”, cit., pp. 705-707; S. SHAVELL, *Economic analysis...*, cit., p. 116.

⁸⁷ En esto ha insistido particularmente D. A. FISCHER, *Tort recovery...*, cit., pp. 632-633.



causado, la simplemente posible puede en algunos casos generar una responsabilidad “parcial” (*partial liability*) por la posibilidad del daño causado⁸⁸. En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó⁸⁹. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de “causalidad sospechada”, “causalidad probabilística”, “porcentajes de causalidad”, “causalidad de proporciones” o “causación probable”, ligadas a las de “reparación proporcional” o “responsabilidad parcial”. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma o revolución científica en sentido técnico⁹⁰.

7. Uso y abuso de la teoría de la pérdida de oportunidad

Examinados el ámbito de aplicación, contenido y fundamento de la teoría de la pérdida de oportunidad conviene revisar las aplicaciones jurisprudenciales para comprobar en qué medida se adaptan a la exposición teórica realizada. En este sentido, pueden resaltarse hasta tres aspectos del manejo de la teoría de la pérdida de oportunidad que distan mucho de aproximarse a los parámetros de racionalidad señalados.

7.1. La negación de probabilismo

Hay, en primer lugar, una comprensión errónea del concepto de “probabilidad”. La probabilidad constituye una noción clave, no sólo de la doctrina

de la pérdida de oportunidad, sino, en un plano mucho más general, de la teoría de la prueba. Dada la incapacidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia, probar es apoyar la existencia de hechos en la formulación de hipótesis válidas, no desde la seguridad total, sino desde la probabilidad⁹¹. La actividad probatoria se convierte así un juicio de *aceptabilidad* de los hechos en función de su nivel de probabilidad; y, por eso, la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios (positivos) con que apreciar que se ha alcanzado un “grado de probabilidad suficiente”⁹². Bajo esta perspectiva, la pérdida de oportunidad es la llave que abre la puerta a un resarcimiento cuando no se alcanza ese grado suficiente de probabilidad y, por tanto, cuando no puede tenerse por cierto el hecho de la causalidad. Pues bien, resulta que, en ocasiones, se produce una defectuosa captación jurisprudencial del problema de la prueba del nexo causal. Un ejemplo clarísimo es la opinión que a veces merece la denominada doctrina del “juicio dentro del juicio”.

La locución “juicio dentro del juicio” (*trial within the trial; procès-dans-le-procès*) no es más que una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través un juicio probabilístico en una concreta serie de casos de responsabilidad civil: los que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso. Cuando el cliente-perjudicado demanda al profesional legal negligente -reclamándole la cantidad que habría conseguido de haber obtenido un pronunciamiento favorable-, para apreciar si hubo o no nexo causal entre el hecho ilícito (la falta de presentación del recurso) y el daño producido (la inobtención de las ganancias esperadas), hay que

⁸⁸ J. MAKDISI, “Proporcional liability...”, cit., pp. 1083-1084. Con parecidos términos, J. BORÉ, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *Juris-Classeur pér.*, Semaine jur., 1974, Doctr., marg., ap. 16.

⁸⁹ J. MAKDISI, “Proporcional liability...”, cit., p. 1073.

⁹⁰ A esta cuestión me refiero con mayor detenimiento en el último epígrafe de este estudio (ap. 9).

⁹¹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 42-66, 143-144; M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos...*, cit., pp. 20-27.

⁹² M. GASCÓN ABELLÁN, *ibidem*, pp. 160-161.



determinar la probabilidad de que las pretensiones frustradas hubieran sido estimadas en el proceso que no tuvo lugar. En estas hipótesis, para valorar si hay o no causalidad y, en su caso, aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, el órgano decisor está obligado a realizar un “juicio dentro del juicio”, esto es, una representación ideal de lo que habría ocurrido en el proceso que arroje cuáles son las probabilidades de que fueran atendidas las pretensiones del cliente. Dicho en otros términos, el curso de los acontecimientos que es preciso imaginar para averiguar si hubo conexión causal es aquí el curso de ese procedimiento jurisdiccional que no llegó a comenzar; y el grado de probabilidad de que el agente dañoso fuera causante del daño es el grado de prosperabilidad del recurso que no llegó siquiera a plantearse. Es importante, pues, retener que el “juicio dentro del juicio” no es más que la aplicación particular a un ámbito concreto de la realidad de la regla general de que la certidumbre del nexo causal se comprueba a través de un juicio pronóstico de probabilidades en torno a si el hecho ilícito fue *condicio sine qua non*.

Pues bien, en el Derecho español hay una jurisprudencia que niega la viabilidad del “juicio dentro del juicio”; una jurisprudencia que no ha tomado conciencia de que, de este modo, están vulnerándose reglas basilares del Derecho procesal y de la institución resarcitoria que obligan al juez a pronunciarse en torno a la concurrencia del nexo causal a través de un examen retrospectivo del que resulten las probabilidades de que el hecho ilícito generara el menoscabo. Pueden leerse en las sentencias de

nuestros Tribunales relativas a estos temas afirmaciones tales como que “*resulta totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación*”⁹³. De este modo, el daño (la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente) deja de repararse, pero no porque no concorra el nexo de causalidad, sino porque el Alto Tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no. Estamos, simple y llanamente, ante casos en que la autoridad judicial expresa abiertamente su voluntad de no ejecutar la tarea con que decidirse en torno al elemento causal⁹⁴.

Sin duda, esta tendencia tiene que ver con la idea de que en el proceso ha de asegurarse la verdad de los hechos con absoluta certeza. Nadie mejor que un juzgador para explicar la dificultad de predecir el resultado de un procedimiento jurisdiccional. Se trata de una dificultad probatoria que no es en absoluto privativa de este tipo de pleitos, pero en éstos, al requerirse conocimientos específicamente jurídicos, el juez puede interiorizar mejor que en ningún otro la relatividad de las hipótesis que puedan formularse en torno a la concurrencia del hecho causal. Son supuestos en que el órgano decisor está especialmente capacitado para comprender que cualquier conjetura es falsable o refutable. La imperfección del conocimiento humano se le hace especialmente presente en estos pleitos, pero, ante la imposibilidad de conseguir

⁹³ STS de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 7871). En relación con un caso de falta de proposición por parte del abogado de la prueba pericial para determinar el valor real de las fincas objeto de expropiación forzosa, la STS de 8 de abril de 2003 (Ar. 2956), entendió que no se podía tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el Abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes. En esta misma línea, se sitúa a veces la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Así, La SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 8 de abril de 1997 (extractada por A. ILLESCAS, “El daño moral estricto”, en AAVV, *Valoración judicial de daños y perjuicios*, dir. J. Fernández Entralgo, Cuads. Der. Jud., t. II, Cons. Gen. Poder Jud., Madrid, 1999, pp. 263-264).

⁹⁴ El Tribunal intenta compensar su actitud claudicante con el reconocimiento de una cantidad en concepto de daño moral: “*si aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho procurador, del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo*”. En la línea de la sentencia criticada se sitúa la STS, Sala 1ª, de 25 de junio de 1998 (Ar. 5013). En contra de este criterio, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Responsabilidad de abogados y procuradores”, Ar. civ., 1997/3, Portadas, pp. 20-21), F. GÓMEZ POMAR, “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, coment. STS, Sala 1ª, de 8 de abril de 2003, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com 3/2004, p. 5.).



certezas absolutas, en lugar decidirse con pautas de probabilidad, claudica y deja de encarar el cálculo del grado de prosperabilidad del recurso con que determinar si hubo o no nexo causal y, por tanto, si puede aplicarse o no la teoría de la pérdida de oportunidad. Resulta que el conocimiento judicial de los hechos y la valoración de si hubo o no nexo causal se basan, precisamente, siempre y en todo caso, en ese “resbaladizo terreno de las conjeturas”, que, lejos de ser “absolutamente inadmisibles”, es necesario y obligado. La determinación del grado de probabilidad de una hipótesis o conjetura es, precisamente, el vehículo que orienta cualquier investigación científica e histórica y todo pronunciamiento judicial sobre *quæstiones facti*. La probabilidad es el recurso con el que afrontar el ineludible problema de la incertidumbre. El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal o a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad porque no puede excluirse *a priori* que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas.

7.2. La reparación parcial de daños ciertos y la reparación total de daños inciertos

Hay, además, una utilización abusiva de la oportunidad perdida que consiste en reparar (parcialmente) daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables; o perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito porque, sin éste, es muy probable que hubieran seguido padeciéndose.

En el primer caso, hay abuso, por defecto, pues la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho; y en el segundo, lo hay por exceso, pues el agente no fue causante o es poco probable que lo fuera. La oportunidad perdida es la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos; ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio.

La doctrina legal del Consejo de Estado ofrece un interesante ejemplo en este sentido. Me refiero al Dictamen núm. 221/1994, de 28 de abril sobre un ciudadano francés que, después de haber realizado estudios de lengua española en Francia y en España así como estudios empresariales también en España, llegó a un acuerdo con una empresa informática con sede en Sevilla, en virtud del cual percibiría por sus servicios laborales una remuneración anual de 2.800.000 Ptas., además de recibir una participación del 10% en el capital de la sociedad titular. Suscrito el precontrato, la firma del contrato definitivo quedaba condicionada a que obtuviera el permiso de trabajo y la tarjeta de residencia en España. Teniendo solicitadas esas autorizaciones, el reclamante viajó a España para iniciar su período de prácticas, pero fue detenido en la frontera porque había una orden de detención preventiva cursada por un Juzgado de Instrucción de Barcelona, que tramitaba contra él (aparentemente) un procedimiento por delito de robo cometido el día 21 de junio de 1989. Tras permanecer detenido cuatro días, fue puesto en libertad, porque, al realizarse la prueba de identificación dactiloscópica, se comprobó que las huellas del presunto autor del hecho delictivo no se correspondían con las del detenido. Además, éste acreditó que el día 15 de febrero de 1989, estando precisamente en Barcelona, había sufrido la sustracción de su documentación personal (pasaporte, documento nacional de identidad y carnet de conducir) y que lo había denunciado en una Comisaría y ante el Consulado de su país.



Después se comprobó que el supuesto autor de dicho delito era un ciudadano libanés que utilizaba la indicada documentación. Una vez puesto en libertad, reanudó su viaje a Sevilla, donde realizó las prácticas de trabajo con el resultado positivo que dio lugar a la suscripción del precontrato señalado. Sin embargo, el día 16 de noviembre de 1990 fue expulsado del territorio español por orden del Gobierno Civil de Barcelona de 26 de julio anterior, sin que, en esa ocasión, se realizara la prueba de identificación dactiloscópica que habría permitido comprobar que, aunque a su nombre, la orden de expulsión iba dirigida verdaderamente contra el ciudadano libanés. La orden no fue revocada hasta el día 28 de marzo de 1992, en que se esclareció definitivamente la verdadera identidad del presunto delincuente. Promovida reclamación al Ministerio del Interior por el funcionamiento anormal de los servicios policiales, el Consejo de Estado conside-

ró que el reclamante no llegó a adquirir derecho laboral alguno, pues era exclusivamente titular de una expectativa, habida cuenta que la prestación de los servicios laborales había quedado condicionada a la obtención del permiso de trabajo y residencia que tenía solicitados. Con base en tal razonamiento, declaró que no podía entenderse que se produjera un lucro cesante, sino sólo una “pérdida de oportunidades laborales reales” que debían ser valoradas en términos de equidad. A tal efecto, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimó que el interesado debía ser indemnizado en la suma total de 2.000.000 Ptas., sin perjuicio de la cantidad que pudiera corresponderle por los daños causados como consecuencia de los 4 días de prisión preventiva.

Se trata, a mi modo de ver, de una manifestación de la utilización abusiva (por defecto) de la



figura de la *chance* perdida, al resarcirse como tal lo que constituía un lucro cesante acreditado. Debe recalcar que el perjudicado contaba con un precontrato laboral, obtenido después de haber superado positivamente el período de prácticas, y que la obtención de los permisos de trabajo y residencia que condicionaban el concierto del contrato definitivo no ofrecía especial dificultad habida cuenta de su condición de ciudadano de un Estado de la Comunidad Europea. Esto supone que, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos (*id quod plerumque accidit*), había una altísima probabilidad de que, de no haber mediado la expulsión, el perjudicado hubiera suscrito el contrato previsto, por lo que sufrió, en realidad, la pérdida de las ganancias que tal contrato le habría reportado y no la mera posibilidad de obtenerlas.

Las primeras sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que aplican abiertamente la teoría de la pérdida de oportunidad son también ejemplos de este uso abusivo. La STS, Sala 3ª, de 7 de julio de 2008, se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo de trasladarse al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente ingresara en el hospital “La fe” de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2008, se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis

óptica bilateral con disminución de agudeza visual. En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejía y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000 € y 30.000 €) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604 € y ?). En el primer caso se afirma: “aquel principio [de reparación integral] no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno”. En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: “no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros”.



Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas. En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5% de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5% del valor de los perjuicios padecidos. En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la “*lex artis*” al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina tuberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia a *qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero

liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

7.3. La inaplicación de criterios precisos de valoración del daño y de la probabilidad causal

Hay, en fin, una tendencia general a dejar de calcular rigurosamente el valor del daño sufrido y las probabilidades de que, en ausencia del hecho ilícito, tal daño hubiera dejado de padecerse. Tal cálculo es crucial para aplicar correctamente la teoría de la pérdida de oportunidad, pero no suele realizarse estrictamente, pues lo habitual es que el juzgador se refugie en la equidad para establecer “a ojo de buen cubero” indemnizaciones generalmente parcas. Sirva para ilustrar esta cuestión el tratamiento brindado a la oportunidad de curación de la famosa STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998 (Ar. 8371), a la que nos hemos referido con anterioridad.

Se enjuicia el caso de un trabajador que, tras sufrir la amputación de una mano, perdió la oportunidad de que le fuera reimplantada, debido a las condiciones en que se produjo su transporte al hospital. La mano llegó en un avanzado estado de congelación que impidió el éxito de la operación realizada. El acogimiento del recurso se basó en que podía apreciarse que la enfermera encargada de habilitar el transporte de la mano amputada actuó con un cierto descuido profesional, por lo que se la condenó a indemnizar al lesionado por la pérdida de la oportunidad de que se hubiera efectuado con éxito el reimplante de la mano amputada. No podía atribuirse a la profesional sanitaria el fracaso de la operación realizada, porque ésta podría haber resultado fallida aunque la mano hubiera llegado al hospital en óptimas condiciones; pero sí la privación de una oportunidad de curación. El Tribunal Supremo fijó la indemnización en 1.500.000 Ptas., estimándose parcialmente la demanda en la que la pretensión se había cifrado en 20.000.000 Ptas.



Dedicado el último fundamento de la sentencia a la dimensión resarcitoria del caso, se fijó en él la indicada cantidad, pero no se expresó al respecto la más mínima motivación justificativa de la cantidad decretada. Por eso se ha dicho que, valorada la oportunidad perdida a ojo de buen cubero, la sentencia no merece en este punto aplauso alguno, pues no incluye la más “mínima reflexión acerca de la vara de medir que ha utilizado”. Frente a la práctica de fijar indiscriminadamente una indemnización global y no fundamentada, “se ha de tener en cuenta la correlación entre incertidumbre acerca del éxito y certeza del fracaso” y debe acudir necesariamente a “criterios de razonabilidad estadística”⁹⁵. Pero esa propuesta doctrinal debe ser objeto de desarrollo y concreción.

Para ejecutar una correcta aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el Tribunal Supremo tendría que haber partido del parámetro constituido por el valor de la ventaja frustrada; y, una vez fijado, tendría que haber ponderado la oportunidad perdida de acuerdo con el porcentaje de probabilidad previamente determinado. El valor de la ventaja frustrada en el caso se corresponde con el de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de la mano. Dado que estamos ante un daño corporal, el instrumento idóneo (orientativo, al menos) a tal efecto es el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación incluido hoy en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004⁹⁶. Esto significa, por lo pronto, que había que computar la edad que el lesionado tenía en la fecha del siniestro, al objeto de aplicar el Baremo económico de la tabla III, después de haber fijado los pun-

tos que correspondieran a la pérdida de la mano, a cuyo efecto previamente tendría que acudir a la tabla VI. Situados en ella, tenemos el perjuicio fisiológico en que consiste la pérdida de la mano, cabiendo un mínimo de 25 puntos (si la amputación de la mano se había producido a la altura de los metacarpianos) y un máximo de 40 puntos (si la amputación estaba situada a la altura del carpo). Por otra parte, habría que acudir al capítulo especial del perjuicio estético y, calificándolo de bastante importante, corresponderían entre 15 y 20 puntos.

Así las cosas, suponiendo que el enjuiciamiento del caso en primera instancia hubiera tenido lugar en 1995 ó 1996, así como que el lesionado tuviera entre 21 y 40 años, el mínimo de 40 puntos supondría adjudicar a cada uno 189.192 Ptas. (1.137,07 €) y el máximo de 60 supondría adjudicar a cada punto 241.678 Ptas. (1.452,51 €)⁹⁷, con lo que se obtendría un valor básico respectivo de 7.567.768 Ptas. (45.483,20 €) y de 13.500.680 Ptas. (81.140,72 €). A continuación, tendría que aplicarse el factor de corrección de la incapacidad permanente, previsto en la tabla IV. Estándose ante una incapacidad en grado de total, correspondería entre 2.000.000 Ptas. (12.020,25 €) y 10.000.000 Ptas. (60.101,21 €), que es un valor que, según la mejor doctrina interpretativa del factor, se refiere a los perjuicios morales ligados a los efectos impositivos de la lesión permanente⁹⁸. Si se adjudica a la incapacidad permanente un valor prudencial de 8.000.000 Ptas. (48.080,97 €), los valores básicos señalados quedarían corregidos aumentativamente, resultando las sumas respectivas de

⁹⁵ M. YZQUIERDO TOLSADA, “Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1998”, CCJC, 1999/2, marg. núm. 1354, p. 539.

⁹⁶ Aunque para los cálculos que siguen me atengo al texto que estaba vigente en la fecha del enjuiciamiento.

⁹⁷ Los puntos indicados resultan de la suma aritmética de los funcionales y estéticos: 25 y 15, en un caso; 40 y 20, en el otro. Se efectúa así una interpretación literal de la regla de la suma aritmética de puntos que se contiene en el apartado segundo del sistema legal; interpretación desautorizada por la STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 2001, que se atiene al criterio de las valoraciones separadas, el cual ha sido acogido al reformarse la tabla VI del sistema legal valorativo por el artículo 3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de los Seguros Privados.

⁹⁸ M. MEDINA CRESPO, *La valoración*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 196-210.

15.567.768 Ptas. (93.564,17 €) y 21.500.680 Ptas. (129.221,69 €). A estas cantidades habría que añadir las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la lesión sufrida. A tal efecto, habría de verse si el importe de la pensión que le quedara fuera equivalente o no al de las retribuciones que percibía, para concretar el lucro cesante en la diferencia existente entre uno y otro, proyectadas hasta la fecha de la jubilación. De forma muy convencional, sin contar con los imprescindibles datos de referencia, podemos estimar que el lesionado pudo sufrir un lucro cesante cifrado por lo menos en 4.000.000 Ptas. (24.040,48 €). Nos encontramos así con que el valor de la ventaja a la que se aspiraba ascendía a una cantidad oscilante entre un mínimo de 19.567.768 Ptas. (117.604,65 €) y un máximo de 25.500.680 Ptas. (153.262,17 €).

Fijado tal valor, hay que acudir al coeficiente de probabilidad con que contaba el lesionado en orden al éxito de la operación de reimplante. La insuficiente motivación de la sentencia impide comprometer una opinión fundada sobre el grado de probabilidad de que, en ausencia de la negligencia profesional, se hubiera reimplantado adecuadamente la mano amputada. El Tribunal tendría que haber fijado pormenorizadamente ese grado de probabilidad, pues de él depende que se niegue el derecho al resarcimiento (si esa probabilidad es baja y, por tanto, puede rechazarse con práctica seguridad la existencia de causalidad), se indemnice el daño en su totalidad (si la probabilidad es alta y, por tanto, puede tenerse por cierto el lazo causal); o se repare sólo parcialmente (si la probabilidad no es ni baja ni alta

y, por tanto, puede aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad). El Tribunal da a entender que las probabilidades de éxito de la operación de reimplante son serias, pues niega la existencia de nexo causal y aplica la teoría de la pérdida de oportunidad; pero no cifra, ni siquiera de manera aproximada, la concreta consistencia de esas probabilidades. Al no haberlo hecho y no poderse inducir de los datos de hecho recogidos por la sentencia mencionada, hemos de hacer los cálculos pensando en que esa probabilidad pudiera corresponderse con un 20%, un 40% o un 60%. Aplicados esos porcentajes, que operan como coeficientes de reducción sobre el valor de la ventaja frustrada, en el primer caso (20%), el valor mínimo y el máximo de la oportunidad perdida quedarían cifrados, respectivamente, en 3.913.554 Ptas. (23.520,93 €) y 5.100.136 Ptas. (30.652,43 €); en el segundo (40%), en las sumas respectivas de 7.827.107 Ptas. (47.041,86 €) y 10.200.272 Ptas. (61.304,87 €); y, en el tercer supuesto (60%), en las cantidades respectivas de 11.740.661 Ptas. (70.562,79 €) y 15.300.408 Ptas. (91.957,30 €).

Si tenemos en cuenta que el valor mínimo de la oportunidad perdida se cifra en 3.913.553,60 Ptas. (23.520,93 €) –que corresponde al valor mínimo de la ventaja futura y al grado mínimo de probabilidad de éxito–, la conclusión a la que se llega es que el Tribunal Supremo minusvaloró la oportunidad de la que se privó al lesionado, confirmándose que en esta materia el cubero judicial puede ser un mal cubero y que, incluso, la referencia al buen cubero puede constituir un eufemismo con el que ocultar que se trata de un resarcimiento a ciegas⁹⁹.

⁹⁹ Téngase en cuenta que los cálculos efectuados se han realizado con el manejo del sistema legal de valoración al que se ha hecho referencia, que ha sido objeto de tantas críticas por parte de cierto sector de la doctrina y de la propia judicatura sobre la base de considerar que las cantidades resultantes de dicha disciplina son infrarrestauradoras. Naturalmente, para fijar la suma correspondiente al lucro cesante, nos hemos atendido al criterio interpretativo de que cabe perfectamente su restauración de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio, en relación con el factor de corrección de los perjuicios económicos ligados a las lesiones temporales reguladas en la tabla V. Sobre esta concreta cuestión, vide M. MEDINA CRESPO, *La bendición constitucional del Baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación*, Dykinson, Madrid, 2000; y *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003.



En este punto, son realmente destacables los *dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. Así, el número 91/2008, de 29 de abril, en relación con la reclamación administrativa de un paciente cuyo cáncer de pulmón fue tardíamente diagnosticado e intervenido, lo que “le restó probabilidades de sobrevivir a tan grave dolencia”. También el *Dictamen número 199/2008, de 1 de octubre*, en relación con la reclamación administrativa por una incorrecta interpretación de síntomas: la paciente fue diagnosticada de gastritis crónica astral y padecía, en realidad, cáncer gástrico. En ambos casos se aconseja la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, recogiendo el párrafo siguiente: “Creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización; todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, Ar. 264821)”.

Lo más destacable es que este órgano consultivo se esfuerza, de un lado, en valorar el daño personal y sus consecuencias económicas utilizando al efecto los criterios del sistema legal de valoración incluido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y, de otro, en proyectar sobre esta valoración un porcentaje que expresa de manera aproximada las probabilidades de curación. El primer dictamen señala: “la indemnización debe ir referida a la oportunidad y no al daño real. En consecuencia, la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o de supervivencia) de la oportu-

nidad que se perdió. Partiendo de la dificultad de la determinación en cifras de lo que ha supuesto esa pérdida en las posibilidades de sanación, o simplemente, de supervivencia, la propuesta de resolución la ha estimado en un 30% sobre la indemnización procedente, ya que entiende que, ‘no todos los daños alegados por la parte reclamante derivan del retraso del diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología’. Porcentaje en el que se valora el daño consistente en la pérdida de oportunidad que este Consejo considera adecuado. Difícil es, sin duda, también determinar sobre qué concepto cuantitativo se aplica el anterior porcentaje. La propuesta de resolución –al igual que hizo el Consejo en dictámenes tales como el 142/2005 y 34/2006– toma como referencia la cantidad que, según el baremo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 29 de octubre de 2004, señala para causa de muerte, y que, por aplicación del antecitado 30%, se cifra en 29.766,81 euros. A juicio de este Consejo con relación a la indicada cantidad deben realizarse las siguientes presiones: – El momento al que habría que referir el cálculo de la cuantía no sería el año 2007, como se hace en la propuesta de resolución, sino el año 2006, que fue en el que se produjeron las actuaciones sanitarias por las que se indemniza, y, por tanto, la valoración debe realizarse utilizando la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 3 de febrero de 2006, con lo que la cantidad a tener en cuenta por cónyuge no sería la figurada en la propuesta de 99.222,70 euros, sino 96.614,12 euros. Aplicando a esta cantidad el porcentaje del 30% ya indicado la indemnización ascendería a 28.984,23. – Tal cantidad debería ser incrementada en un 10% por aplicación del factor de corrección previsto en la Tabla IV del indicado Baremo, por tratarse de un paciente de 64 años al ocurrir los hechos por los que se le indemniza, lo que haría un total de 31.882,66. En la expresada indemnización deben considerarse incluidos los daños morales, conforme señala expresamente el Ba-



remo que se ha utilizado para cuantificarla, y debe ser objeto de actualización conforme a lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”. En el segundo caso, la propuesta de resolución cuantificó la probabilidad causal en un 45%, pero el Consejo no considera que esta cifra se ajuste a “las verdaderas posibilidades que la paciente hubiera tenido de curarse si el mal hubiera sido detectado cuando se realizó la gastroscopia. Así, a la vista del informe de la inspección, se concluye que, si el análisis histológico se hubiera realizado cuando se efectuó la gastroscopia, para confirmar el diagnóstico o bien detectar el cáncer, éste se hubiera descubierto precozmente, lo que habría favorecido que la paciente tuviera un 95% de probabilidades de sobrevivir a los 5 años”. Con base en esta probabilidad y en las reglas del Baremo, establece cantidades separadas para el viudo (94.261,565 €) y cada hijo menor (39.275, 6505 €). Y a estas cantidades añade los ingresos de la fallecida que, al no haberse concretado su alcance, se cifran en un 10%, “según criterio reiteradamente señalado por este Consejo en sus dictámenes”. Y, por último, para alcanzar la “plena indemnidad del perjuicio causado”, se ordena la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992.

Hay en estos dictámenes algún aspecto criticable. Así, el segundo de ellos no tiene por cierto el nexo causal ante un 95% de probabilidad de que lo haya: la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos en que la probabilidad causal supera un umbral mínimo de seriedad sin llegar al máximo de certeza; y éste último se sobrepasa claramente en el caso. A su vez, los dos informes aplican el incremento del 10% en concepto de lucro cesante una vez proyectada la probabilidad causal sobre el valor de los daños personales (calculados de conformidad con el sistema legal de cuantificación para accidentes de circulación). Aunque no afecta al resultado final, lo estrictamente correcto

sería calcular primero el valor de los daños padecidos (tanto personales como económicos) y multiplicar después la cantidad resultante por el porcentaje de probabilidad. Porque la incertidumbre causal afecta a todos los daños, de uno y otro tipo. Pero, en todo caso, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección. Ahí radica la maravilla institucional de la vertebración y de la motivación, pues son éstas las que permiten la discusión. Son garantías metodológicas con las que, a la postre, resulta más fácil asegurar la justicia de la decisión. Por lo demás, las críticas formuladas no deben ocultar el muy correcto manejo de la teoría de la oportunidad, afirmándose claramente su ámbito de aplicación (casos de incertidumbre causal) y su contenido (una regla de responsabilidad proporcional que exige valorar de manera aproximada el porcentaje de probabilidad causal para multiplicarlo por el importe de los daños padecidos).

8. La teoría de la pérdida de oportunidad y su relación con otras teorías causales

8.1. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de facilitación probatoria

La pérdida de oportunidad es una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada “prueba por presunciones” o la teoría de la creación (o incremento) del riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la completa exoneración de quien, con su actuación, pudo



provocar el daño. Todas éstas son técnicas que, en cierto modo, regulan la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad judicial que la víctima quede sin reparación por la incapacidad de averiguar lo que habría sucedido realmente, de no haber mediado el hecho ilícito.

La denominada “prueba por presunciones” hace referencia a un recurso probatorio utilizable con carácter general, en todo tipo de pleitos, pero que, como pone insistentemente de manifiesto la doctrina especializada, está llamado a desenvolver un papel fundamental en los procesos de responsabilidad civil cara a facilitar la prueba del nexo de causalidad. De ahí que la técnica de la presunción se haya desarrollado en los sistemas de responsabilidad civil de otros países bajo diferentes denominaciones: prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis der Kausalität* (Alemania), regla de que *res ipsa loquitur* o “las cosas hablan por sí mismas” (*Common Law*) o teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* (Francia)¹⁰⁰. Pues bien, las presunciones (*hominis* o simples), reguladas en el artículo 386 LEC (idéntico en lo sustancial al derogado artículo 1253 CC), alivian en parte la tarea probatoria, pues permiten al juez valorar la certeza de un hecho a partir de indicios suficientemente significativos. Con base en ellas, puede conectarse el hecho desconocido (la causalidad) con los conocidos (los hechos base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas.

La teoría de la creación de riesgo persigue, como la técnica presuntiva, favorecer la demos-



tración del nexo de causalidad. No obstante, su virtualidad es distinta. Tal teoría, partiendo de la consideración de que el comportamiento del agente incrementó objetivamente el riesgo de que se desencadenara la lesión, suaviza el estándar ordinario de prueba, rebajando el grado o nivel de probabilidades que normalmente es necesario para tener por cierto o demostrado el hecho de la causalidad¹⁰¹.

¹⁰⁰ Un amplio estudio de estos mecanismos en A. LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 431-451.

¹⁰¹ Es preciso diferenciar este planteamiento de la teoría del mismo nombre (*Risikoerhöhung*) formulada por el penalista Claus ROXIN (*Derecho penal. Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpr., trad. 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Thomson/Civitas, Elcano, 2006, pp. 379-384), que ha tenido una considerable acogida doctrinal. La teoría alemana, según sus expositores, se aplica una vez apreciada la existencia de una etiología material o natural, para determinar si la causa física probada cobra o no relevancia jurídica. Es, pues, un criterio, que, según ha sido formulado, no opera en el ámbito de la causalidad física, relajando el estándar de probabilidad con el que valorar si el hecho ilícito provocó o no materialmente el daño; sino en el de la causalidad jurídica (imputación objetiva), determinando si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada. No obstante, no siempre resulta sencillo determinar cuándo la idea del “incremento de riesgo” se emplea para facilitar la prueba del nexo causal natural; o para otorgar relevancia jurídica a una etiología demostrada. Por lo demás, nada que ver tienen estas doctrinas con la que postula la indemnización probabilística en supuestos de exposición a un riesgo, en que el hecho ilícito no genera el daño, pero incrementa la posibilidad de su futuro acaecimiento (mencionada en ap. 4, en nota). Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 98, 269-275.



El mecanismo presuntivo intenta justificar la solución indemnizatoria sin alterar la teoría general de la causalidad (que impone un determinado estándar probatorio) ni la teoría general de la prueba (que admite la prueba por presunciones). En cambio, la teoría del incremento del riesgo justifica la respuesta resarcitoria adoptando una corrección o modulación puntual de la concepción general de la causalidad física (se reduce el nivel ordinariamente exigido de probabilidad) e, incluso, de la noción legal de presunción simple. En relación con este último extremo, la del riesgo aumentado, al menos en el Derecho español, se presta a favorecer que se

induzca la causalidad material a partir de otros hechos conocidos, aunque su enlace sólo sea posible o probable; y no *directo* y *preciso*, es decir, aunque no esté dotado del alto grado de verosimilitud o probabilidad de certeza que exige el artículo 386 LEC. De ahí que, si resulta indiscutible la admisibilidad de la técnica presuntiva, no esté tan clara la compatibilidad de la teoría de la creación de riesgo con el sistema jurídico español¹⁰².

La doctrina de la pérdida de oportunidad garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura. Las presunciones simples y la teoría del incremento del riesgo sirven para que el juzgador tenga por demostrada la causalidad en supuestos difíciles. La doctrina de la pérdida de oportunidad puede entrar en juego también en ese tipo de casos, pero sólo cuando no haya podido acreditarse la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico encargado de apreciarla considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó el daño. La corrección técnica de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la teoría del incremento del riesgo, es discutible, según hemos visto, pues supone también la alteración de la teoría clásica de la causalidad, que impone la exoneración de todo aquél que no aparece como causante. Pero lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual

¹⁰² De ahí que el profesor PANTALEÓN PRIETO haya escrito: “Es sin duda admisible la prueba de presunciones (v. la muy importante STS 2ª 12-V-86; y comp. La muy generosa STS 28-II-75 con la STS 9-VII-85). Pero no cabe sostener con carácter general que, constatada la creación por el demandado de un riesgo de producción del evento dañoso acaecido, le corresponde a él la prueba de la que fue otra causa la que en verdad lo produjo” (Comentario al artículo 1902 del Código civil, en AAVV, *Comentario del Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, C. Paz-Ares Rodríguez y P. Salvador Coderch, t. II, Min. Just., Madrid, 1991. p. 1983).



que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación de la prueba del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.

Por eso puede concluirse que la pérdida de oportunidad pertenece, más que a la familia de las doctrinas encaminadas a facilitar la demostración del nexo causal, al grupo de teorías que garantizan una indemnización parcial en ausencia de esa prueba, que incluye la doctrina de la responsabilidad por causa anónima y la responsabilidad por cuota de mercado. A ellas me refiero a continuación.

8.2. La teoría de la pérdida de oportunidad y las técnicas de responsabilidad sin causa probada

La doctrina de la responsabilidad, *causa o culpa anónima, sospechada, colectiva o conectada* encara también un problema de prueba del nexo causal. Resulta aplicable a supuestos en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución, no obstante, es la misma que en la intervención de tercero, pues consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo,

debiendo, por tanto, responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes. Se impone, pues, en el ámbito interno una regla de indemnización proporcional¹⁰³.

La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado (*Market Share liability Approach*), originaria de los Estados Unidos, se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad del concreto fabricante porque la víctima es incapaz de acreditarlo por razones que no se le pueden imputar. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado, salvo que demuestren que no produjeron la concreta unidad cuyo consumo generó la lesión. Se impone así una regla de indemnización proporcional, pues la responsabilidad del fabricante se afirma sólo en la medida de las probabilidades de que fuera causante del daño; y se calcula esa medida atendiendo a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que cuanto mayor es, mayor es la probabilidad de que ocasionara el perjuicio¹⁰⁴.

La responsabilidad por cuota de mercado, al igual que la responsabilidad colectiva, impone una regla de indemnización proporcional que atiende a las probabilidades de que el agente causara el daño. Hay, no obstante, dos importantes diferencias que afectan al momento o relación en que opera el criterio de la indemnización probabilística,

¹⁰³ Sobre el tema, hay una reciente y completa monografía: V. MÚRTULA LAFUENTE, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹⁰⁴ Cfr. A. RUDA GONZÁLEZ, "Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado", *R. Asoc. Esp. Abogs. Especs. Resp. Civ. Seg.*, núm. 5, 2003/1, p. 23, reproducido con el título de "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio" en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com 3/2003, pp. 15-16.



por un lado, y al método o forma de cálculo de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño, por otro. En la responsabilidad colectiva, la reparación proporcional se impone sólo en la relación interna de los diversos miembros del grupo que, frente a la víctima, están obligados *in solidum*. En la responsabilidad por cuota de mercado, se establece directamente, sin que, por tanto, las víctimas tengan derecho a recabar el 100% de cualquiera de los productores. A su vez, la doctrina de la causa anónima no determina las reglas conforme a las cuales han de calcularse las probabilidades de causalidad, que habrán de ser los criterios generales con que se averigua en el marco de un proceso el grado de correspondencia de un hecho con la realidad objetiva¹⁰⁵. La teoría de la cuota de mercado, en cambio, introduce un rígido criterio de medición, pues equipara la probabilidad de que el fabricante ocasionara el daño al volumen de su mercado¹⁰⁶.

Pero, al margen de estas diferencias, es claro que ambas doctrinas abordan un problema de causalidad *alternativa* o *disyuntiva*, en los que el daño deriva de la conducta de un sujeto o del comportamiento de otro, pero no de ambos a la vez¹⁰⁷. La teoría de la pérdida de oportunidad, en cambio, se proyecta, no sobre casos de causalidad alternativa, sino sobre supuestos de causalidad *ausente* o *incierto* en los que las probabilidades de que no se hubiera producido el daño no alcanzan la entidad que permite apreciar la efectividad del elemento etiológico. En las hipótesis de causa “sospechada”, se sabe que el daño está etiológicamente unido al

comportamiento de uno de los miembros de la colectividad, por más que no pueda determinarse exactamente cuál. En cambio, en los supuestos de pérdida de oportunidad se ignora si el daño es o no consecuencia del hecho ilícito. En rigor, los casos en que se aplica la doctrina de la responsabilidad colectiva son también de causalidad incierta, pues se ignora si la conducta del miembro de un grupo provocó el daño. Sin embargo, la circunstancia de que se sepa que una actuación, de entre un número determinado, ha causado el daño aporta un elemento de certeza que no está presente en las hipótesis de pérdida de oportunidad.

Las circunstancias que determinan la aplicación de estas doctrinas son, pues, en principio, distintas: en un caso, la incertidumbre en torno a cuál de los miembros de un grupo generó el perjuicio y la certidumbre de que sólo uno de ellos ha podido provocarlo; y, en el que aquí interesa específicamente, la incertidumbre en torno a si un sujeto causó o no el menoscabo, que impide afirmar el nexo de causalidad, y la certidumbre de que la víctima albergaba una posibilidad seria y real de obtener un beneficio, que habilita el libramiento de la reparación fraccionada. Hay, pues, dos grupos de casos perfectamente diferenciables que, no obstante, tienen el denominador común de que justifican la reparación proporcional en ausencia de prueba patente del nexo de causalidad. Las cuotas porcentuales que se descuentan del valor total del daño se corresponden en ambos casos con *cuotas de incertidumbre*, que, derivadas de la carencia de elementos suficientes de juicio, reflejan las pro-

¹⁰⁵ No obstante, hay disposiciones españolas que tipifican un criterio especial de cálculo en supuestos de causa anónima o responsabilidad colectiva: la “cuota de superficie”. Me refiero a los preceptos que, en supuestos en que se desconoce el lugar del que procedía la especie cinagética que provocó el daño, se obliga solidariamente a los titulares de derechos personales o reales de los terrenos de los que pudo provenir y, en la relación interna, se calibra el grado de su responsabilidad en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado [art. 35.1.a) Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; art. 71.4 Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón].

¹⁰⁶ Esta circunstancia determina muy probablemente que en Europa se admita corrientemente la doctrina de la responsabilidad colectiva, pero no la de la responsabilidad por cuota de mercado. Ambas afirman derechos resarcitorios en supuestos en que no puede apreciarse la existencia de un auténtico vínculo causal natural. La diferencia sustancial radica en los criterios con que se calculan las probabilidades causales. La teoría norteamericana, afirmada sin matices para todo el ámbito de la responsabilidad por productos, desplaza los criterios generales o “reglas de la sana crítica” y, en su lugar, emplea un rígido criterio que no garantiza la calidad epistemológica del grado probabilístico hallado.

¹⁰⁷ El concepto de causalidad alternativa o disyuntiva ha sido acuñado en Alemania (E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, p. 331) por oposición al de causalidad concurrente o cumulativa.



babilidades de que el responsable no fuera autor material de la lesión. Esas cuotas expresan la ignorancia en cuanto a qué concreto individuo entre varios identificados realizó la conducta lesiva, en un caso; o, sin más, la ignorancia en cuanto a si el hecho ilícito tuvo o no incidencia en la producción del daño, en otro.

Puede concluirse que, en España, de la misma manera que en todos los sistemas de nuestro entorno, se acude sin discusión, en el marco de teorías de diverso signo, a una regla de indemnización fraccional para hacer frente a un conjunto de supuestos que plantean problemas relacionados con la prueba del nexo de causalidad. Conforme a esta regla, el cómputo de la indemnización ha de reflejar la probabilidad de que éste no fuera causante. Por eso es importante retener que la regla de la responsabilidad proporcional que se establece a tra-

vés de la doctrina de la pérdida de oportunidad no resulta en absoluto ajena al sistema jurídico español que, en el marco de diversas teorías, la utiliza para brindar protección en supuestos de ausencia de prueba del nexo de causalidad.

8.3. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la equivalencia de las condiciones

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Causa material es, pues, aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo.



Ésta es, en síntesis, la teoría la *condicio sine qua non*, de la equivalencia de las condiciones o de la condición, conocida en el mundo anglosajón como “but-for test”. Pues bien, interesa resaltar que la teoría de la pérdida de oportunidad entra en juego, justamente, cuando el análisis de la causalidad física se resuelve insatisfactoriamente porque no logra concluirse que el hecho ilícito fue condición necesaria de la inobtención del beneficio o de la evitación de un daño. El comportamiento que priva de una *chance* es un suceso que, según se desprende de la información disponible, ha podido ser condición necesaria del daño, pero ha podido no serlo. La doctrina de la pérdida de la oportunidad significa, por tanto, el intento de extender la tutela resarcitoria a una serie de supuestos que, en principio, quedan al margen del sistema de responsabilidad civil por no cumplirse una de sus exigencias elementales: la prueba de que el hecho ilícito provocó materialmente el daño porque, sin él, éste no se habría producido.

De este modo, la teoría de la pérdida de oportunidad constituye una prueba más de lo desacertado de la tesis aún dominante favorable a la radical diferenciación del plano de los hechos (causalidad física) y el plano del Derecho (causalidad jurídica o imputación objetiva). Según se dice, el primero se refiere al dato fáctico de la causalidad y está libre de valoraciones específicamente jurídicas o normativas, pues, en él, lo que interesa es, sencillamente, que el hecho ilícito provocara materialmente el daño. El segundo, en cambio, requiere de la aplicación de normas, pues, en él, se toma aquel dato para calificarlo jurídicamente como relevante, si del sistema de responsabilidad se desprende una regla o criterio favorable a ello; o irrelevante, si el Derecho no encuentra razón alguna para imputar objetivamente el perjuicio al agente dañoso, por más que lo causara efectivamente. Sin embargo, los mecanismos de facilitación probatoria y las

técnicas de reparación proporcional pertenecen, en realidad, a la teoría de la causalidad física y representan instrumentos jurídicos en el más estricto de los sentidos con que perseguir y realizar valores sociales. En este sentido, la doctrina de la *chance*, al igual que la responsabilidad por causa anónima, ayuda a desmentir la creencia de que corresponde al científico natural averiguar si una conducta fue *condicio sine qua non* de tal manera que, sólo cuando su criterio es positivo, debe pronunciarse el jurista calificando la causa física probada como relevante o intrascendente a los efectos de la responsabilidad civil.

En general, valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es un juicio *normativo*, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado (de correspondencia con la) verdad de la hipótesis de que el agente causó el menoscabo. El Derecho procesal e, incluso, normas sustantivas del sistema de responsabilidad civil aportan un buen número de reglas y criterios con que afirmar la causalidad física (o la probabilidad de su existencia). Entre ellos cobra una relevancia especial el umbral de certeza o estándar de probabilidad que elige cada ordenamiento jurídico para tener por cierto el dato causal.

En el Derecho angloamericano de la responsabilidad por daños el juicio de causalidad se decide, por lo general, a través de un juicio de aceptabilidad, comúnmente denominado “balance de probabilidades” (*balance of probabilities*), con el que se trata de averiguar, atendidas las circunstancias del caso, qué era más probable, que se produjera el perjuicio o que tuviera lugar su contrario (*more probable than not, more likely than not*)¹⁰⁸. El problema de la causalidad se encara así mediante la aplicación de la regla de la prueba preponderante, prevalente o prevaleciente (*preponderance of the evidence*), en cuya virtud se considera acreditada

¹⁰⁸ Por todos, C. D. BAKER, *Tort*, 6ª ed., Sweet and Maxwell, London, 1996, pp. 9 ss.



la causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuando la probabilidad de que el sujeto agente haya propiciado el daño es más alta que la probabilidad de que no, de modo que, si la prueba alcanza el umbral del 51%, responderá de la lesión, pero, en cambio, si la probabilidad es sólo del 49%, no hay causalidad, por lo que, en principio, la víctima no percibe nada. El Derecho español y, en general, los ordenamientos hispanoamericanos y de la Europa continental imponen un estándar de persuasión bastante más riguroso para apreciar la existencia del nexo causal. Éste se afirma cuando es alto el grado de probabilidad de que el daño haya sido producido por el (supuesto) agente dañoso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que, en este punto, se concretan en la apreciación de la normalidad y regularidad de los acontecimientos. Se sigue el principio de *regularidad* o criterio de *lo que acontece normalmente*, esto es, el que encierran los apotegmas latinos *quod plerumque et sæpe accidit, id quod plerumque accidit* o *quod plerumque fit*, lo que implica afirmar la causalidad cuando se llega a la conclusión de que el curso *normal* de las cosas, de no haber mediado el hecho ilícito, hubiera conducido a la obtención de unas ganancias (*lucrum emergens*) o a la evitación de un daño (*damnum cessans*). Lo que acontece *normalmente* no es, sin más, lo que tiene más probabilidades de ocurrir que de no, sino lo que *muy probablemente* acontece o tiene bastantes posibilidades de suceder. Aunque los juristas del ámbito jurídico europeo continental e hispanoamericano han sido tradicionalmente más reacios que los anglosajones a la plasmación de los criterios probatorios en fórmulas porcentuales, puede decirse que, a través de la pauta de la normalidad o regularidad, tales sistemas sitúan el umbral de convicción, persuasión o certidumbre en algún punto entre el 50% y el 90%¹⁰⁹. Por razones de operatividad y claridad expositiva, fijamos

convencionalmente este dintel de certidumbre en el 80%.

Estos umbrales de certidumbre constituyen, pues, reglas jurídicas en el más estricto de los sentidos. Y la doctrina de la pérdida de oportunidad viene a ser otra regla jurídica con la que viene a garantizarse una respuesta resarcitoria moderada en supuestos en que, precisamente, la probabilidad de que el hecho ilícito fuera *condicio sine qua non* no alcanza el umbral de certidumbre. La doctrina de la pérdida de oportunidad entra en juego, en el ámbito del *Common Law*, cuando las probabilidades de causalidad no superan el umbral del 50% (*less-than-even-chances*); y, en la cultura jurídica hispanoamericana y de la Europa continental, donde se inserta el Derecho español, cuando tales probabilidades no sobrepasan una barrera situada en el 80%. Si tales niveles se alcanzan, habrá de afirmarse la causalidad, pero si no, habrá de entenderse que el hecho ilícito no fue *condicio sine qua non* de la inobtención de la ventaja apetecida, pudiéndose entonces plantear una hipótesis de pérdida de *chance*.

La prueba de los hechos está, pues, sujeta a pautas jurídicas de valoración racional impuestas por el Derecho procesal o derivadas de exigencias intrínsecas del instituto resarcitorio. Es preciso, pues, relativizar en cierta medida la distinción entre *quæstio facti* y *quæstio iuris*, pues también las del primer tipo están “teñidas de normatividad”¹¹⁰; y reconocer dignidad jurídica a la teoría de la causalidad física. En conclusión, el problema de la pérdida de oportunidad atañe a la teoría de la causalidad física. Una hipótesis de pérdida de *chance* puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión, L. MEDINA ALCOZ, *La teoría...*, cit., pp. 282-288.

¹¹⁰ D. GONZÁLEZ LAGIER, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal”, *Jueces para la Democracia*, núms. 46-47, 2003, <http://cervantesvirtual.com> pp. 19 ss.



o del daño padecido. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)¹¹¹.

8.4. La teoría de la pérdida de oportunidad y la doctrina de la imputación objetiva

La doctrina de la *chance* está llamada a funcionar en el marco de la causalidad de hecho, cuando aún no ha podido penetrarse en el de la causalidad jurídica ni, consecuentemente, discurrirse en torno a la concurrencia de motivos o razones que permitan imputar objetivamente el daño; y, en aquel plano, trata de ser el remedio con el que asegurar que la víctima obtenga un resarcimiento que, acomodado al grado de probabilidades de que el hecho ilícito propiciara la lesión, venga a paliar la situación en que queda, al sufrir el sacrificio irremediable de una posibilidad real de ventaja sin que haya resultado acreditado el lazo causal natural. Por eso puede decirse que el sentido institucional de la teoría de la oportunidad perdida se opone diametralmente a la teoría de la imputación objetiva. Esta última introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño.

La circunstancia de que, en la actualidad, gocen de predicamento la doctrina de la pérdida de oportunidad y otras que, como las teorías de la responsabilidad colectiva o de la responsabilidad por cuota de mercado, persiguen idénticos fines (proporcionar tutela en casos en que no es patente la presencia del vínculo causal, reconociendo el derecho a una indemnización acomodada a la probabilidad de que el sujeto agente fuera responsable) revela un cambio de actitud o percepción del problema de la causalidad. La teoría de la imputación objetiva, al igual que sus predecesoras (teorías de la causa próxima, eficiente y adecuada), se ha formulado con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía, no tendría límite. En cambio, la doctrina de la oportunidad perdida, de la misma manera que la de la causa anónima y la de la responsabilidad por cuota de mercado, se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas porque, se cree, hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente del lazo causal.

Cierto es que la percepción de que el elemento causal es un problema y de que la teoría de la *condicio sine qua non* no lo resuelve satisfactoriamente constituye una constante en todos los estudios de responsabilidad civil. Ahora bien, si, tradicionalmente, la causalidad se ha considerado problemática porque se temía que, a través de ella, pudieran multiplicarse exponencialmente las demandas de responsabilidad civil; ahora se ve de la misma manera, pero, en gran medida, porque empieza a constatarse que con ella está llegándose al resultado exactamente contrario: el peligro de una sis-

¹¹¹ Incluyo en la teoría de la causalidad física el problema de las denominadas “causalidades omisivas”, por más que tales no sean causalidades naturales en sentido estricto, pues de esa calidad son sólo las acciones positivas. Esto porque problema práctico que plantean es el propio de la teoría de la causalidad física (concretar si hay o no causa), no el de la causalidad jurídica (determinar si esa causa es o no jurídicamente relevante). Cuando el hecho ilícito es una omisión, la diferencia es que, para determinar si hubo o no nexo causal, hay que figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de no faltar la acción positiva omitida. La *supresión mental* del hecho ilícito (método de la eliminación) para apreciar causalidades físicas en sentido estricto es, en las causalidades omisivas, la *agregación mental* de la conducta debida (método de la sustitución).



temática exoneración de responsables debida a la dificultad de acreditar el nexo causal natural.

Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción; y ello obedece, quizá, al convencimiento de que demostrar la causalidad no es sencillo en absoluto. Se está tomado conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del caso enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. Se está abandonando, en definitiva, la clásica actitud del jurista acerca de los hechos, consistente en dar por descontado que en el proceso es posible asegurar su verdad. Por eso, se constata primero que, en determinados casos, la exigencia de la prueba de la causalidad, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, lo suprime totalmente; y se proponen después doctrinas y teorías que tratan de proporcionar tutela aunque falte la prueba patente del nexo causal.

Y es que el debate causal tradicional –en el que se insertan las modernas reflexiones en torno a la doctrina de la imputación objetiva– ha girado en torno a una serie de problemas que no se plantean en la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad por daños: la identificación de pautas de negación de relevancia jurídica a causalidades demostradas. De ahí que se haya denunciado la desproporción desmesurada entre la enorme cantidad de literatura jurídica dedicada a la cuestión,



sobre todo en el ordenamiento alemán –aunque también en el norteamericano–, y su relativa importancia práctica. Por eso, se dice, los juristas franceses a menudo parafrasean las palabras de VOLTARIE relativas a la existencia de Dios y afirman que, si no existiera la causalidad, los alemanes la habrían inventado para tener algo con lo que ejercitar sus mentes¹¹². Dejando a un lado la provocación, lo cierto es que las cuestiones causales a las que se enfrentan nuestros jueces y tribunales no suelen tener que ver con la doctrina de la causalidad

¹¹² B. S. MARKESINIS, *The German Law of Torts. A comparative introduction*, 2ª ed., Clarendon, Oxford, 1990, pp. 82, 90, 484-485.



dad adecuada o la teoría de la imputación objetiva, esto es, con la necesidad de encontrar un criterio de “restricción” para negar relevancia jurídica a una causa física probada. Son mucho más frecuentes las sentencias que encaran la dificultad de valorar el dato fáctico de la causalidad, debiendo realizar un juicio en torno a qué habría ocurrido sin la intervención del hecho ilícito en situaciones de precariedad informativa.

Parece así que las teorías de la causalidad jurídica (y su versión dominante, la imputación objetiva) son fruto de un “pensamiento dogmático” que

pone el acento en la construcción de un sistema y que, al efecto, se fija en casos (muchas veces de laboratorio) que ponen a prueba las teorías esbozadas. Los nuevos planteamientos de la causalidad fáctica (la pérdida de oportunidad, la responsabilidad por causa anónima o la responsabilidad por cuota de mercado) son expresión, en cambio, de un “pensamiento problemático” que coloca ese acento en el caso con el único fin de solucionarlo, sin la pretensión de perfeccionar una construcción sistemática acabada. En el primer supuesto, el fin perseguido es la construcción de una buena teoría, y, al efecto, opera una selección de problemas. En



el segundo, el objetivo es la solución de problemas y, al efecto, opera una selección de teorías. En el primero, las doctrinas se construyen desde la dogmática y sientan criterios con que resolver una serie de casos que a menudo carecen de trascendencia jurisprudencial. En el segundo, las teorías se elaboran a partir de un problema real, y proporcionan criterios para resolver buena parte de las cuestiones causales con que lidian en la actualidad los jueces y tribunales. Las primeras producen una reconfortante sensación de orden, pero no solucio-

nan la mayor parte de los problemas de la realidad. Las segundas producen una desasosegante impresión de desbarajuste, pero valen para resolver muchos de esos problemas. Y es que, mientras las primeras ignoran las dificultades de la prueba del nexo causal, las segundas han surgido precisamente para superarlas¹¹³.

La prueba del hecho causal es, ciertamente, un problema práctico de primer orden al que la doctrina jurídica no ha brindado tradicionalmente

¹¹³ Sobre las diferencias entre el "pensamiento dogmático" y el "pensamiento problemático", T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez Picazo, pról. E. García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964, pp. 53 ss.



excesiva atención: en 1969 una de las autoridades mundiales en materia de causalidad, el profesor HONORÉ, dedicaba a la cuestión de la prueba las últimas tres páginas de su amplio y magnífico artículo¹¹⁴; y, todavía en 1984, la imprescindible monografía del argentino GOLDENBERG era casi igual de parca¹¹⁵. Solo en tiempos recientes la prueba del nexo de causalidad ha empezado a considerarse uno de los principales problemas con los que se enfrenta el instituto de la responsabilidad, al que se consagran ya bastantes estudios. Como ha puesto de manifiesto la doctrina norteamericana, el debate en torno a la causalidad física se ha convertido en un debate de carácter “transcursal”, pues está convocando “no sólo a la doctrina de la causalidad sino también a otras áreas del derecho”; y, entre éstas, están siendo fundamentales las de la prueba y las del proceso, en general¹¹⁶. Este fenómeno empieza a manifestarse en España, donde, al menos en parte, se está desplazando la atención de la teoría de la imputación objetiva a la teoría de la causalidad física y su prueba.

Es, pues, preciso determinar hasta qué punto esta nueva preocupación de los juristas, traducida en la inversión radical del sentido de sus planteamientos, puede desembocar en una crisis (transformación) de la teoría clásica de la causalidad y el advenimiento de un modelo distinto del que la prueba de la *condicio sine qua non* deje de constituir siempre y en todo caso uno de sus elementos. De tal cuestión me ocupo a continuación.

9. Hacia una nueva teoría general de la causalidad

A través de la teoría de la pérdida de oportunidad y otras doctrinas, como la responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de grupo y la *Market Share Liability*, está generalizándose la aplicación de un criterio de proporcionalidad según el cual, ante la incertidumbre causal, es decir, ante la posibilidad de que el hecho ilícito no causara el daño, se opta, no por negar o conceder una reparación total, sino por reconocer una indemnización reducida porque descuenta una parte proporcional a la probabilidad de que el agente (posiblemente) dañoso no propiciara la lesión.

Este criterio, de la misma manera que los preceptos codiciales que establecían responsabilidades sin culpa, expresa una transformación del paradigma tradicional, motivada por un cambio en la conciencia social que –si entonces no admitía que sólo el elemento subjetivo originara responsabilidad– ahora no tolera que sólo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecánica resarcitoria. Pero, al igual que aquella vieja doctrina civil no se atrevió inicialmente a cuestionar abiertamente el monismo culpabilístico, los juristas de hoy intentan comprender estas reglas de causalidad probabilística desde los rudimentos teóricos del sistema tradicional, aunque eso suponga introducir artificios o ficciones que no resisten un análisis crítico. En efecto, si en el pasado, ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin culpa, se acuñaron los denominados *expedientes paliativos del monismo culpabilístico* (la culpa ampliada, la culpa presumida o la culpa inventada)¹¹⁷; ahora, ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin causa probada, se acude a argumentos tales como

¹¹⁴ “Causation and remoteness of damage” (Cap. 7º), en vol. 11º de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen/Paris/New York, 1983, pp. 1-156.

¹¹⁵ *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, 240 pp.

¹¹⁶ P. H. SCHUCK, “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”, trad. esp. C. F. Rosenkrantz, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, en AAVV, *La responsabilidad extracontractual*, comp. C. F. Rosenkrantz, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 172.

¹¹⁷ Sobre la denominación, vide, C. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1977, p. 92, “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, RGLJ, 1999/5, pp. 596. Para su estudio, además, M. MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. J. Pérez de Vargas Muñoz, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 77-91; M. MEDINA CRESPO, *Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas*, Comares, Granada, 1996, pp. 39-52; y F. PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, pp. 524-553.



que la *chance* es una cosa cuya pérdida produce un daño emergente. Se trata, en definitiva, de *expedientes paliativos del principio de indivisibilidad de la causa* (del “todo o nada”) con que camuflar una responsabilidad que, proporcionada a la probabilidad de que el sujeto agente causara el menoscabo, sirve para impedir la desprotección total de la víctima que sufre un daño meramente eventual (la “nada”) y, al mismo tiempo, evitar que el agente dañoso acabe afrontando la indemnización total de un perjuicio que pudo no haber causado (el “todo”). Porque, de la misma manera que, tiempo atrás, decir “responsabilidad” era tanto como decir “responsabilidad por culpa”, no existiendo en el “vocabulario jurídico” los términos que pudieran explicar la necesidad sentida de que surgiera el crédito resarcitorio por razones distintas; en la actualidad, decir “responsabilidad” es tanto como decir responsabilidad por causalidad física, real, natural, total, única, indivisible, cierta, efectiva y segura y se encuentran enormes dificultades para localizar las “palabras” con que afrontar la necesidad sentida de que surja la obligación indemnizatoria en determinados supuestos en que el vínculo etiológico es sólo posible. Y, si, en el primer caso, las ficciones y artificios fueron la solución provisional que dio paso a la gestación de un nuevo sistema, plagado de nuevos conceptos (riesgo creado, sacrificio especial, fuerza mayor exógena, etc.); en el segundo, las ficciones y artificios constituyen la respuesta inicial que encubre la aplicación de un modelo distinto que, con otros vocablos (pérdida de oportunidad o causalidad proporcional, parcial, fraccionada,

probabilística), está desplazando en determinados supuestos los de indivisibilidad y certeza.

Por eso, si los *expedientes paliativos del monocentrismo culpabilista* anunciaron la definitiva consolidación de un sistema *poligenético* de responsabilidad, que incorpora otros criterios o razones con que obligar al causante del daño (riesgo creado, sacrificio especial, incumplimiento); los *expedientes paliativos de la regla de la invisibilidad causal* podrían dar paso a la afirmación, sin tapujos, de un sistema *probabilístico* de responsabilidad que, complementando el tradicional, admita abiertamente en algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales para vincular al agente (posiblemente) dañoso. En resolución, si se ha asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar adviniendo ahora el declive de la certidumbre del daño y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la prueba patente del nexo de causalidad¹¹⁸.

Creo así que las reglas de indemnización proporcional que hoy día se admiten en el marco de las teorías de la oportunidad perdida y de la causa anónima pueden percibirse, no como incómodas anomalías o “excepciones” cuya asimilación requiere de forzadísimas explicaciones, sino como manifestaciones de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal.

¹¹⁸ L. CADIET (“*Métamorphose du préjudice*”, en AAVV, *Les métamorphoses de la responsabilité. Colloque común aux Facultés de droit de l'Université de Montreal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers. Sixièmes Journées René Savatier*, pról. C. Chêne, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pp. 44-45) realiza una apreciación similar refiriéndose al Derecho francés y evocando la feliz y bien conocida expresión de la profesora G. VINEY con la que dio título a una de sus obras: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965.