



La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico

José Domingo Monforte
Abogado

Sumario

- 1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.
- 2.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL.
- 3.- LA SOLUCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.
- 4.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL.
- 5.- DERECHO EUROPEO:
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL GENERAL.
- 6.- ACCIONES “WRONGFUL BIRTH” Y DE “WRONGFUL LIFE”.
- 7.- CONCLUSIÓN.

1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.

Si algo caracteriza a la llamada “pérdida de oportunidad” es la **incertidumbre**. Con acierto, Yzquierdo Tolosa nos enseña que en la pérdida de oportunidad se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la **certeza** de que si no se hubiese producido el hecho dañoso el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la **incertidumbre** definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiese producido el evento. Observamos cómo está presente siempre el tiempo del verbo condicional ¿Se habría...?

Los orígenes en la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad podemos encontrarlos en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en el que comenzó a formar parte del derecho de daños, coincidiendo en el tiempo con la aparición en el terreno de las ciencias sociales de las llamadas teorías del riesgo.

Oportunidad, del latín *opportunitas*, hace referencia a lo conveniente y a la confluencia de un espacio y un periodo temporal apropiado para obtener un provecho o cumplir un objetivo. Se denomina oportunidad al momento oportuno, cierto, exacto para realizar o conseguir algo. Volviendo a su etimología, la palabra oportunidad es de origen latín (*opportunitas*), formada por *op* que significa «antes», y *portus* que expresa «puerto», es decir, “delante del puerto” y es una frase que explica las diversas opciones que tiene un marinero o un navegante al momento de llegar a un puerto seguro, de hacer cosas o actividades, y saber aprovecharlas porque no sabe cuánto tiempo puede durar nuevamente navegando en el mar.

Precisamente la certeza de la oportunidad perdida es lo que abriga la incerteza del cálculo probabilístico de lo que hubiera podido ocurrir.

Construcción jurisprudencial que ha tenido respaldo normativo como factor de consideración, integrando el art. 163 del Código Europeo de Contratos la pérdida de oportunidad de ganancia como parte del lucro cesante en supuestos de incumplimiento del contrato. Si bien durante largo tiempo la pérdida de oportunidad no tuvo cabida en el derecho de daños de los Estados miembros, ni tampoco en el del derecho de Estados terceros, como puede ser el caso de los Estados de la tradición del *common law*, o los Estados de influencia europeo-continental, como en el caso de América latina, por el nivel de inseguridad jurídica que provocaba.

Actualmente, como luego desarrollaremos, ha sido reconocida la pérdida de oportunidad como daño material indemnizable, integrada en

los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

2.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL.

La incertidumbre causal ha sido tratada y desarrollada jurisprudencialmente por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, la cual concentra y condensa los requisitos para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en:

1.- Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma encierre un componente aleatorio.

2.- Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento.

3.- El perjudicado debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, en el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. Xiol Ríos lo trata desde la incerteza causal; su virtualidad, afirma, se limita a determinados supuestos en los que el nexo de causalidad se presenta con un grado de probabilidad razonable pero no suficiente para tener por producido el resultado dañoso consistente en la pérdida de un beneficio o para atribuirlo al agente. Lo que De Ángel viene a denominar como “cursos causales no verificables”.

Zannoni relata el supuesto fallado por la Suprema Corte de Buenos Aires de 26 de Junio de 1965: Un vendedor ambulante de loterías vendía desde hacía muchos meses un mismo número completo a un mismo señor, que lo tenía reservado. Ese número, adquirido semana a semana por el mismo comprador, y que resultó premiado, no había podido venderse en un determinado sorteo, pues por un error de la administración provincial de lotería se había enviado a otra administración, que lo devolvió ya sin tiempo para su venta. El billete fue incinerado con el resto de los números no vendidos, y el infortunado caballero demandó a la administración de lotería de la provincia de Buenos Aires. El Tribunal entendió que no había responsabilidad: ¿y si el billete hubiese sido vendido a un tercero? ¿estaba acaso obligada la agencia a entregar ese número al vendedor ambulante y éste a venderlo a esa persona y nada más que a ella? Hubo, eso sí, voto disidente: “*Al haber salido sorteado el número con el premio mayor, el daño resulta tan cierto como en el caso de un concurso en que el concursante era el único que reunía sin disputa las condiciones exigidas, o como en el supuesto del ganador de una carrera que por un hecho ilícito anterior de un tercero es descalificado con posterioridad*”.



La Corte de Casación francesa, en un fallo de 9 de abril de 2009, concluye categóricamente: *“La reparación de la pérdida de una chance debe efectuarse en la medida de la chance perdida y no puede ser equivalente al beneficio que habría procurado esta chance si ella se hubiese realizado”*.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado también en relación al curso o nexo causal no verificable, siendo significativa la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530) al declarar que: *“basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 marzo de 2018 viene a mantener que en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento y, como afirma

la Sentencia de 21 de diciembre de 2012, RC 4229/2011, *« que existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma»*.

Conviene recordar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional, resultante de las cláusulas generales de responsabilidad («un régimen especial de imputación probabilística», atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012).

3.- LA SOLUCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

Siguiendo en el ámbito de la responsabilidad médica, la pérdida de oportunidad se desenvuelve en el terreno siempre resbaladizo del daño moral por la desazón, angustia, zozobra... situación anímica que provoca en la víctima la pérdida de

oportunidad de vida o de curación. La STS de la Sala Contenciosa Administrativa de 22 de Mayo de 2012, con cita de la de 19 de Octubre de 2011 de la misma Sala, dice que: «*la llamada «pérdida de oportunidad» se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo».* La STS de 18 de Julio de 2016, de la propia Sala de lo Contencioso Administrativo, añade que: «*Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación».*»

4.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL.

En materia de responsabilidad profesional, se exige la existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Así, cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades-SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006-.

El daño por pérdida de oportunidad es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte que resulte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 CC.

El juicio de imputabilidad en que se funda

la responsabilidad del Abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras).

Un cálculo probabilístico que obliga como dice la Sentencia de 11 de Noviembre de 1997-a hacer un “juicio dentro del juicio” que permita, en ausencia del principio de contradicción, valorar cuánto vale, verosímelmente, la oportunidad perdida, el fondo del litigio. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, hay que urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada, un juicio hipotético del éxito de la oportunidad perdida, es decir, de las consecuencias que, para la posición del reclamante, hubieran provenido de su aprovechamiento, calibrando su repercusión procesal, a los efectos de la cuantificación del daño sufrido para garantizar la indemnidad de la víctima.

Al juicio de probabilidad cualificada también se ha recurrido en la valoración del porcentaje de éxito de la asistencia médica. La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (RJ 200\2322) aplica este criterio pronunciándose en los términos siguientes: “*el Tribunal a quo ha estimado que la relación de causalidad no existe con la muerte sino con la pérdida de expectativas, descartando para ello el recurso a las presunciones»* y con ello incurre en la presunción de que el perjuicio es equivalente a la probabilidad estadística de supervivencia, esto es, que entre el porcentaje de probabilidades de éxito de la intervención omitida y el perjuicio real causado, o entre aquél y la valoración de tal perjuicio, no existe enlace preciso y directo que permita reducir mediante presunciones al 20% ni el perjuicio (la muerte, el daño moral causado a los demandantes) ni la indemnización correspondiente”.

Sentencias precedentes a la previamente comentada ya habían aplicado el juicio probabilidad cualificada que lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2005 (ponente: Sr. Martínez-Calcerrada Gómez), la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (Ponente: Sr. Cobal Fernández), en la que se declara: “*El resultado lesivo (parálisis cerebral) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipóxico-isquémica*»

producida por un periodo expulsivo prolongado, y esta precisión es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena certeza procesal ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada”.

5.- DERECHO EUROPEO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL GENERAL.

La pérdida de oportunidad forma parte de los referidos «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» que, en el sentido del artículo 340 TFUE, apartado 2, la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, a lo largo de los últimos años, se observa una muy evidente tendencia hacia el reconocimiento del carácter indemnizable de una pérdida de oportunidad. Se trata de un avance realizado con cautela y principalmente sectorial, cuyas líneas generales son expuestas en las conclusiones del Abogado General -Cruz Villalón- en el caso de Jean-François Giordano contra la Comisión Europea, en los términos siguientes:

El ámbito en el que la pérdida de oportunidad ha encontrado un reconocimiento expreso y reiterado es el de la función pública de la Unión. En efecto, y con carácter general, desde la Sentencia Comisión/Girardot, el Tribunal de Justicia ha avalado una jurisprudencia del Tribunal General en virtud de la cual la pérdida de oportunidad, en el terreno específico del contencioso de la función pública y por tanto sobre la base del artículo 270 TFUE, constituye un daño indemnizable «real y cierto». Asimismo, tal daño no tiene carácter inmaterial o moral, sino material.

Los hechos del asunto Girardot son muy representativos, pues se trataba de una trabajadora contratada como agente temporal, excluida de un concurso interno de reserva por falta de cumplimiento de los requisitos preceptivos. Con posterioridad, la recurrente se presentó a varios puestos en la misma institución, de cuyos procedimientos de selección fue excluida por no formar parte del personal estatutario. Por tanto, de haber superado el referido concurso interno de reserva, la recurrente habría cumplido las condiciones para presentarse al segundo concurso.

En su Sentencia de 31 de marzo de 2004, el Tribunal General declaró la ilegalidad de la primera exclusión de la recurrente y entendió, a continuación, en sentencia interlocutoria, que dicha exclusión ilícita había privado a la recurrente de la oportunidad de presentarse a un ulterior concurso. De hecho, la recurrente había presentado su candidatura para nueve de los puestos ofertados en el segundo concurso. El Tribunal General consideró que se había privado injustificadamente a la recurrente de una oportunidad seria de haber obtenido

uno de los referidos puestos de trabajo. En su sentencia de casación, el Tribunal de Justicia avaló el planteamiento del Tribunal General.

En el punto 115 de la sentencia en el asunto Girardot, el Tribunal General afirma lo siguiente: *“no cabe considerar como indudable que, al cabo de la primera fase del procedimiento de provisión de vacantes que prevé el artículo 29, apartado 1, del Estatuto, la Comisión [...] habría seleccionado alguna de las candidaturas de la Sra. Girardot ni, por consiguiente, que esta última tuviera todas las posibilidades de que se le atribuyera un contrato de agente temporal [...] Cabe considerar, sin embargo, que la Sra. Girardot tenía, en cualquier caso, una oportunidad seria al respecto, de la que se vio privada en razón del rechazo de sus diversas candidaturas por parte de la Comisión, sin que dicha institución hubiera acreditado haber efectuado el correspondiente examen”.*

Esta afirmación es la base sobre la que se funda la constatación de que la Sra. Girardot sufrió un daño indemnizable, daño cuya cuantificación no equivale al importe de los ingresos que habría recibido como agente temporal, sino aplicándole, decidiendo el Tribunal General *ex aequo et bono*, un coeficiente multiplicador del 0,5 a dicho importe. El Tribunal de Justicia avaló expresamente el sistema de cálculo ideado y aplicado por el Tribunal General.

Una línea argumentativa similar, pero esta vez ya en el terreno del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, puede observarse en la jurisprudencia relativa a la contratación pública de la Unión. En aquellos supuestos en los que un licitador es excluido ilícitamente de un contrato público convocado por una Institución de la Unión, puede resultar imposible reabrir el procedimiento de licitación. En estas circunstancias, el Tribunal General ha reconocido en varias ocasiones que el licitador excluido tiene derecho a reclamar una indemnización correspondiente «a la pérdida de oportunidad de resultar adjudicatario del contrato», así como en el supuesto de poderse acreditar con certeza que el licitador debía haber resultado adjudicatario, el lucro cesante. El Tribunal General ha destacado reiteradamente «la posibilidad de conceder un valor económico a la pérdida de la oportunidad de resultar adjudicatario».

De lo anterior se desprende que tanto en el terreno de la función pública como el de la contratación pública de la Unión, una pérdida de oportunidad seria, a consecuencia de un acto ilícito, constituye un daño material indemnizable. Esta afirmación aún no se ha extendido con carácter general al Derecho de daños de la Unión, pero en algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia se observa que la noción no es, en absoluto, extraña a la práctica jurisprudencial general de la institución.

Lo primero que debe destacarse es una línea de jurisprudencia temprana del Tribunal de Justicia, de mediados de los años setenta, donde se afirma con claridad que el requisito del daño «cierto» no puede referirse a una certeza absoluta. Esta afirmación no es casual, pues se formula con el propósito de distinguir los requisitos de la acción de responsabilidad de los artículos 34 y 40 del Tratado CECA de los que regían el Tratado CEE, estos últimos más generosos. Al reconocer que el daño debe ser «cierto» pero no con absoluta precisión, el Tribunal de Justicia pretendía ser coherente con el enunciado más amplio del antiguo artículo 215 CEE. Ahora bien, dicha precisión no tendría un impacto directo en la situación concreta de los recurrentes, pues la formulación aparecía en el apartado relativo a la admisibilidad del recurso.

Así sucedió igualmente en varios asuntos a lo largo de los años setenta y ochenta, donde el Tribunal de Justicia relajaba el requisito relativo al carácter «cierto» del daño con el fin de constatar el interés del recurrente a efectos de la legitimación para, más adelante, al enjuiciar el fondo, desestimar el recurso debido a la ausencia de un acto ilícito.

Asimismo, en otros asuntos, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter «cierto» del daño en el análisis del fondo, con un planteamiento similar al descrito en el apartado anterior. Así, en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión el Tribunal de Justicia declaró la responsabilidad de la Comunidad como consecuencia de la supresión de las restituciones a la producción de *quellmehl*. Esta supresión se había declarado previamente ilegal, por contraria al principio de no discriminación, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Ruckdeschel y otros, pues se consideró que existía una diferencia de trato injustificado entre el *quellmehl* y el almidón hinchado. Aunque el Consejo volvió a establecer las restituciones a la producción de *quellmehl*, ello se hizo con efecto retroactivo a partir de la fecha de la ya citada sentencia Ruckdeschel y otros.

Es así cómo, conociendo de un recurso de responsabilidad extracontractual, interpuesto con posterioridad a la sentencia Ruckdeschel por los productores de *quellmehl*, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión que el Consejo sobrepasó de modo grave y manifiesto los límites que debe respetar al ejercer sus facultades discrecionales. En opinión del Tribunal de Justicia, el origen del perjuicio alegado por la demandante se encontraba en la supresión, por parte del Consejo, de las restituciones que deberían haber sido abonadas a los productores de *quellmehl* entre la fecha de la retirada de las restituciones y la fecha de publicación de la sentencia Ruckdeschel y otros. Y aunque en su decisión deja constancia de la dificultad que conllevaría

la cuantificación precisa de dicho daño, el hecho de que éste no fuera categóricamente cierto no supuso obstáculo alguno a la hora de declarar la responsabilidad de la Comunidad.

El razonamiento de la Sentencia Ireks-Arkady/Consejo y Comisión no se encuentra aislado en la jurisprudencia. Más recientemente, en el asunto Agraz y otros/Comisión, el Tribunal de Justicia se enfrentaba a un supuesto en el que se discutía si la discrecionalidad de la que disfrutaba la Comisión a la hora de fijar el precio mínimo y el importe de la ayuda para los productos transformados a base de tomate para la campaña 2000/2001 impedía considerar que el perjuicio sufrido por los productores de dichos productos en varios Estados miembros fuera «cierto». En dicho asunto la Comisión no había tenido en cuenta el precio de los tomates chinos en el momento de fijar el importe de las ayudas, factor exigido por la normativa europea en la materia. El Tribunal de Primera Instancia declaró la ilegalidad del Reglamento por el que se determinaba el importe de las ayudas, al considerar que éste incurría en un vicio esencial de forma por el motivo antes señalado. Sin embargo, puesto que la discrecionalidad de la Comisión en la fijación del importe de las ayudas es muy amplia, el Tribunal de Primera Instancia consideró que no se trataba de un daño «cierto».

En la Sentencia Agraz y otros/Comisión el Tribunal de Justicia se apartó de la solución acordada por el Tribunal de Primera Instancia y consideró que el daño sufrido por los productores de tomates era, en efecto, «cierto». En palabras del propio Tribunal de Justicia, *“lejos de ser hipotética o puramente eventual, la existencia del perjuicio invocado por los recurrentes es incontestable. Además, a pesar de que subsiste una incertidumbre respecto de su cuantificación exacta, este perjuicio puede valorarse económicamente.”* El Tribunal de Justicia no consideró relevante el hecho de que no hubiera dificultades para dar salida a la producción comunitaria durante la campaña del año en curso, ni que el sistema de gestión planificada hubiera permitido garantizar una comercialización de la producción del tomate durante la campaña. Al haberse fijado un importe de ayudas contrario a Derecho, los productores de tomate de varios Estados miembros se vieron privados de la posibilidad de comercializarlo en términos más favorables. Esta circunstancia, sin perjuicio de que la cuantificación del daño no fuera absolutamente cierta, permitía a los recurrentes, según el Tribunal de Justicia, reclamar la reparación de un daño material indemnizable.

Del análisis precedente se deduce que la pérdida de oportunidad no es sólo una prerrogativa indemnizatoria en manos del personal de las Instituciones, sino que se perfila como una categoría autónoma con

ramificaciones en varias áreas del Derecho de la Unión. Si a ello se suma que se trata de una categoría presente en un amplio número de Estados miembros, no resulta forzado afirmar que la pérdida de oportunidad, en tanto que elemento integrante del daño indemnizable, se integra en los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», tal como exige el artículo 340 TFUE, párrafo segundo.

El reconocimiento de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia tratada se admite con cierta cautela y condicionada al cumplimiento de las siguientes premisas:

1. La pérdida de oportunidad debe ser «seria», tal como destaca la sentencia Girardot. Aunque existen diversas técnicas de medición de probabilidad, el Tribunal de Justicia debe optar por un criterio basado en la existencia sólida de una desventaja futura. En todo caso, la pérdida de oportunidad debe ser siempre lo suficientemente previsible como para que pueda demostrarse mediante los medios convencionales de prueba.

2. Una pérdida de oportunidad seria no equivale a la producción de un daño cuyas probabilidades de confirmarse sean absolutas, pues de lo contrario no se tratará de una pérdida de oportunidad, sino de un lucro cesante. La pérdida de oportunidad se diferencia de otros componentes del daño indemnizable por el hecho de referirse a un beneficio futuro pero sólo probable. La pérdida de oportunidad no se refiere a ganancias seguras, sino a oportunidades de ganancia en sí mismas reales, con independencia de su cuantificación. Como es lógico, tales oportunidades de ganancia no pueden ser puramente hipotéticas, sino que ha de tratarse de oportunidades reales cuyas probabilidades de convertirse en una ganancia patrimonial sean elevadas.

Por tanto, lo que caracteriza a la pérdida de oportunidad y la distingue principalmente del lucro cesante es un factor probabilístico, si bien no cualquier tipo de probabilidad, sino la probabilidad seria de cumplimiento de una expectativa. Nótese que en la mayoría de los asuntos en los que los tribunales de la Unión se han pronunciado al respecto, han delegado la cuantificación de la pérdida de oportunidad en una sentencia interlocutoria o, en el caso de una sentencia casacional, en una nueva sentencia de instancia tras la devolución de los autos. Ello explica por qué hasta hoy el Tribunal de Justicia no ha tenido demasiadas oportunidades de desarrollar su jurisprudencia en este punto.

3. La pérdida de oportunidad no otorga un derecho a ser resarcido por la pérdida íntegra de la ganancia cuya expectativa se ha frustrado. La Sra. Girardot no podía reclamar

el importe total de los salarios percibidos en el caso de haber sido contratada, de la misma manera que el licitador excluido no podía tampoco exigir el precio total del contrato en los términos formulados en su oferta. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han seguido la práctica de los Estados miembros al reconocer un daño siempre en mayor o menor medida inferior al de la ganancia cuya posible obtención se frustró. Así, en el asunto Girardot el Tribunal General optó por un método, expresamente avalado por el Tribunal de Justicia, mediante el cual aplicó un coeficiente multiplicador del 0,5 a la pérdida de retribuciones sufridas por la Sra. Girardot. Este coeficiente representa una estimación del porcentaje de posibilidades que habría tenido la Sra. Girardot de obtener uno de los puestos de trabajo, en este caso de un 50 %.

4. En cuarto y último lugar, la prueba de la oportunidad en el caso concreto debe recaer, obviamente, sobre el demandante, pues a él corresponde demostrar no sólo la seriedad de la oportunidad frustrada sino también el grado de probabilidad que efectivamente existía. La aparición de metodologías altamente sofisticadas capaces de medir la probabilidad de ganancias futuras, incluso ganancias futuras frustradas, facilita a las partes esta labor, especialmente en el terreno del Derecho económico, llegado el momento de determinar con precisión el importe económico de la oportunidad perdida.

Podemos concluir que el Derecho de daños de la Unión resarce las pérdidas de oportunidad seria que sean fruto de un acto ilícito adoptado por una Institución, estando presentes las notas que caracterizan, permítaseme el galicismo, la pérdida de la chance, como lo son: la incertidumbre, el curso causal de certeza no verificable y el cálculo probabilístico para el resarcimiento del daño.

6. ACCIONES “WRONGFUL BIRTH” Y DE “WRONGFUL LIFE”

Cobra especial protagonismo la noción de pérdida de oportunidad en las demandas de “*wrongful birth*” y de “*wrongful life*”. Se trata de casos, como sabemos, en los que la ausencia de información de la madre gestante sobre las anomalías padecidas por el feto le impiden tomar la decisión de someterse a unas pruebas médicas cuyo resultado pudiera incidir finalmente en la decisión de poner término al embarazo.

La Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo se muestra partidaria de definir el daño como la privación de la facultad de abortar de la madre, lo que ocasiona un daño moral derivado de la lesión a la dignidad y a la facultad de autodeterminación de la mujer, y unos daños



patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño. La posición de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo fue inicialmente la de indemnizar exclusivamente el daño moral ocasionado por la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre causada por la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal.

Actualmente, la Jurisprudencia de la Sala Tercera referida a la indemnización del daño se encuentra ya perfectamente consolidada a partir de las Sentencias de 24 de Noviembre de 2000, 4 de noviembre de 2008, 16 de Junio de 2010, 27 de Octubre de 2010 y otras posteriores; las cuales sostienen, sin fisuras, que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo,

sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño - artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público (antiguo art. 141.1 de la Ley 30/1992).

7. CONCLUSIÓN

En el tratamiento indemnizatorio por la pérdida de oportunidad conviven jurídicamente los cálculos probabilísticos que lo aproximan a un daño patrimonial, la lesión económica que la pérdida de oportunidad provoca y la discrecionalidad judicial que preside la cuantificación del daño moral.