

NÚMERO 43

2021

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 43

2021-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

Secretaria académica: Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsables de difusión y medios digitales: Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM) y D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Anglís (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Mercedes Pérez Manzano (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. consists of the company name written in a highly decorative, cursive script.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 43 (2021-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43>.

ARTÍCULOS

- Ariana GUEVARA GÓMEZ «Diferencias de género en la tolerancia al pago de sobornos: un análisis de mecanismos causales»9
- Carlos CASTELLS SOMOZA «El alto precio de no advertir al consumidor de las excepciones al derecho de desistimiento»41
- Irene TAPIA HERRERO «Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro»59
- Dolores MORENO ROBLES «Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial» 79
- Felipe OYARZÚN VARGAS «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español»..... 119
- Joaquín N. CAPRARULO «Federalismo multiétnico en Etiopía y su mecanismo constitucional de secesión: ¿un modelo para España y el caso de Cataluña?»..... 149
- Gemma LLIGADAS GONZÁLEZ «La fragmentación legal internacional como desafío al Estado de Derecho y la coordinación inter-judicial como salvaguarda jurídica»..... 169
- Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género»..... 189

RECENSIONES

- Jesús MARTÍN MUÑOZ: Recensión de la obra de GARCÍA SEDANO, T. «La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos», Madrid (BdeF), 2020, 155 pp.219
- Gabriel A. GARCÍA BENITO: Recensión de la obra de MARTÍNEZ PÉREZ, F. «Posesión, dominio y registro constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)», Madrid (Dykinson), 2020, 286 pp.....223
- Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ: Recensión de la obra de VELASCO CABALLERO, F., «Administraciones públicas y derechos administrativos», Madrid (Marcial Pons), 2020, 212 pp.....229

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES.....234

APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. ANÁLISIS Y REFLEXIONES DEL CASO ESPAÑOL*

DOCTRINAL APPROACHES TO THE LOSS OF CHANCE. ANALYSIS AND REFLECTIONS ON THE SPANISH CASE

FELIPE OYARZÚN VARGAS**

Resumen: El presente artículo refiere a las aproximaciones de la doctrina a la teoría de la pérdida de oportunidad en España. La otrora denominada «hermana pobre del derecho de daños» ha pasado de ser una figura poco atendida por parte de los agentes jurídicos a ser una construcción dogmática trascendente y relevante en el estudio de la responsabilidad civil. El presente estudio informa de los orígenes y las dos perspectivas que tratan la pérdida de oportunidad: el enfoque desde el daño y el enfoque desde la causalidad. A continuación, se analizará el desarrollo doctrinal en el ordenamiento jurídico español de esta teoría, mediante el estudio de la pérdida de oportunidad procesal en materia de abogados y la pérdida de oportunidad de curación en materia médica. Finalmente, consecuencia de lo expuesto, se proporcionan algunas reflexiones y aportes a la teoría de la pérdida de oportunidad.

Palabras claves: Pérdida de oportunidad, responsabilidad civil, daño, causalidad.

Abstract: This article refers to the doctrinal approaches to the loss of chance in Spain. The formerly called «poor sister of tort law» has changed radically its importance in recent years, turning a figure slightly considered by legal agents into a transcendent and relevant dogmatic construction used in the study of civil liability. The present research examines its origins and the two perspectives that deal with the loss of chance: the damage approach and causation approach. In addition, this doctrinal development in the Spanish legal system is analyzed by studying the loss of procedural opportunity in matters of lawyers and the loss of chance of recovery in medical matters. Finally, as a consequence of the above, some reflections and contributions to the loss of chance doctrine are provided.

Keywords: Loss of chance, civil liability, damage, causation.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2020.

Fecha de aceptación: 25 de septiembre de 2020.

** Contratado predoctoral FPI - Universidad Carlos III de Madrid. Correo: oyarzun@der-pr.uc3m.es. Este trabajo ha sido elaborado en el seno del Proyecto «Las fronteras del Derecho del enriquecimiento injustificado» (DER2017-85594-C2-1-P; IP Pedro del Olmo), financiado por la Agencia Estatal de Investigación dependiente del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España). El origen de esta investigación está vinculado al Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil, defendido públicamente en septiembre de 2018 en la Universidad Carlos III de Madrid. Dicho trabajo ha sido dirigido por la Profesora María Carmen Crespo Mora, a quien quiero agradecer su dedicación y ayuda en el proceso de investigación. Cualquier error que permanezca en el texto es de exclusiva responsabilidad mía.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD; 1. Orígenes; 2. Concepto; 3. Teorías: los «enfoques»; III. EL CASO ESPAÑOL: APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD; 1. La responsabilidad civil de los abogados y la pérdida de oportunidad procesal; A. La pérdida de oportunidad procesal y su configuración como un daño específico de la actuación del abogado; B. Requisitos de la pérdida de oportunidad procesal; C. Naturaleza jurídica; D. Los métodos para determinar el quantum indemnizatorio; 2. La responsabilidad civil de los médicos y la pérdida de oportunidad de curación; A. Ámbito de aplicación; B. Supuestos de hecho de la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria; 1. Errores, omisiones o retraso en el diagnóstico y tratamiento; 2. La falta de información o de consentimiento informado; 3. Erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales; C. Sobre el quantum indemnizatorio; IV. REFLEXIONES Y APORTES EN TORNO A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD; 1. Aproximaciones que no son excluyentes entre sí; 2. Herramienta subsidiaria; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la pérdida de oportunidad es una realidad que está materializada no solamente en el ordenamiento jurídico español, sino que también en varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. En la actualidad, tanto en España como en otros países, se está generando una línea jurisprudencial en orden a acoger las indemnizaciones derivadas de la pérdida de oportunidad. Esta constatación no lleva necesariamente a comprender esta teoría como un tema pacífico entre los estudiosos del Derecho; al contrario, ha ido generando un debate cada vez más amplio e intenso respecto a los alcances, al contenido, a los matices que posee esta construcción jurídica. La otrora denominada «hermana pobre del derecho de daños»¹, atendida la escasa atención que le daban tanto la doctrina como la jurisprudencia a esta teoría, hoy en día se ha reivindicado convirtiéndose como una figura de estudio importante dentro de la responsabilidad civil. A modo de ejemplo, es un hecho que, en pleno siglo XXI, los profesionales liberales han pasado de ser intocables, a destinatarios de infinidad de demandas de responsabilidad civil². En ese escenario, la pérdida de oportunidad ha adquirido una relevancia sin antecedentes, dado que ha sido útil para poder imputar responsabilidad tanto a médicos como a abogados. Atendido lo expuesto, es relevante observar el estado de la cuestión en España y analizar los matices con los cuales

¹ Esta denominación se encuentra en MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudios doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1.ª ed., Cizur Menor (Civitas), 2007, p. 235; MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Revista DS: Derecho y salud*, vol. 27, núm. 1, 2017, p. 60.

² CRESPO MORA, M., «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derecho español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 12, 2009, p. 102.

ha contado esta teoría la cual, como bien señalan Infantino y Zervogianni, se caracteriza por tener límites borrosos³.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Orígenes

Esta teoría⁴ es una construcción fundamentalmente jurisprudencial, que posteriormente ha contado con aportes de la doctrina. En particular, los albores de esta teoría tienen sede tanto en Reino Unido como en Francia. En Reino Unido, la noción de pérdida de oportunidad ha sido largamente aplicada en relaciones contractuales relacionadas con las pérdidas financieras⁵. Se considera la utilización de esta a figura a partir de la resolución del asunto *Chaplin v. Hicks* (1911)⁶, caso en el cual la «Court of Appeal» decide indemnizar por concepto de pérdida de oportunidad a la demandante, finalista en un concurso de belleza a la cual no se le notificó por parte de la organización del evento la fecha de la final, no pudiendo asistir a la misma. Así también, de forma paralela e independiente, esta construcción jurídica tiene desarrollo en Francia. Siguiendo a Chabas, se considera un caso resuelto, de fecha 26 de mayo de 1932, como el hito que marca el inicio en la aplicación de esta teoría⁷. Dicho fallo de la «Chambre des requêtes»⁸, versa sobre la actuación negligente de un notario que impide cerrar un negocio a una pareja, generándoles una pérdida de oportunidad. Otros consideran como hito de la aplicación de esta teoría en Francia el caso resuelto por la Corte de Casación Francesa, de fecha 17 de julio de 1889, que acepta la indemnización por daños de pérdida de oportunidad, en virtud del daño generado por un oficial ministerial, quien a

³ INFANTINO, M.; ZERVOGIANNIE., *Causation in European Tort Law*, 1.ª ed., Cambridge (Cambridge University Press), 2017, p. 646.

⁴ Existen autores que ponen en duda que se trate de una teoría o doctrina, sino que la consideran una regla. Por ejemplo, FRASCA R. menciona que «*theory is a particularly inappropriate term, because there is no hypothesis to be tested. Doctrine is more fitting, but it connotes an element of strongly held beliefs that is unnecessary. Rule as used in a mathematical sense, standard method for solving a class of problems, seems to most accurately convey the intended meaning*», en «Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages», *Journal of Legal Economics*, vol. 15, núm. 2, 2009, p. 93.

⁵ VAN DAM, C., *European Tort Law*, 2.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2014, p. 338.

⁶ MEDINA ALCOZ, L., «Capítulo V. El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, t.1, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, p. 783.

⁷ CHABAS, F., *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (Traducción y anotaciones de Mauricio Tapia), 1.ª ed., Santiago (Olejnik), 2017, p. 74.

⁸ Como indica Tapia en una nota del traductor, la Chambre des requêtes era una antigua formación de la Cour de Cassation que, hasta su abolición en 1947, estaba encargada del examen de admisibilidad de los recursos en materia civil. En CHABAS, F., *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, cit., p. 74.

partir de su actuar negligente impidió continuar un procedimiento y en consecuencia perder la oportunidad de ganar el proceso⁹.

Desde esos hitos, y durante todo el siglo xx, la figura de la pérdida de chance ha tenido una extensión en múltiples ordenamientos jurídicos¹⁰ (teniendo preponderancia su aplicación tanto en sistemas pertenecientes al Civil Law¹¹, como al Common Law¹²), en una multiplicidad de materias¹³, consagrando su contenido en distintos cuerpos normativos supranacionales como, por ejemplo, el del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT¹⁴), o los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL, Principles of European Tort Law¹⁵) acompañado de un reconocimiento por parte de distintas jurisprudencias. En definitiva, esta institución ha tenido tanto una expansión horizontal (en relación a otros ordenamientos jurídicos), como vertical¹⁶ (organizaciones internacionales, instrumentos de soft law, entre otros).

2. Concepto

A modo de prolegómeno, es menester preguntarse de qué estamos hablando cuando nos referimos a una oportunidad. En Francia, la teoría surgió con el nombre de la «perte d'une chance» para referirse a este tipo de situaciones, razón por la cual nuestros ordenamientos jurídicos importaron esta construcción jurídica, explicando así que se utilice el galicismo «chance». Este término, es aceptado por la Real Academia Española (RAE), quien la define como la «voz tomada del francés o del inglés chance, que significa oportunidad»¹⁷. Sin perjuicio de que, aunque reconozca este galicismo como admisible, la RAE recomienda usar con preferencia las voces españolas oportunidad, ocasión o posibilidad, las cuales las entiende como equivalentes. En este contexto, siguiendo las definiciones de la RAE, se ha incluido el concepto de chance, definiéndola como la oportunidad o posibilidad de conse-

⁹ VINEY, G., JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*. Tercera Edición, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 2006, p. 91.

¹⁰ COBREROS MENDAZONA, E., «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 96, 2013, p. 73.

¹¹ CARDONA FERREIRA, R., «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 58-68.

¹² Por ejemplo, en MCBRIDE, N. y BAGSHAW, R., *Tort Law*, 6ª ed., New York (Pearson Education Limited), 2018, pp. 278 y ss.; GOLDBERG, J. y ZIPURSKY, B., *The Oxford introductions to U.S. law. Torts*, New York (Oxford University Press), 2010, pp. 136-138.

¹³ KADNER GRAZIANO, T., «Loss of a Chance in European Private Law – “All or nothing” or partial liability in cases of uncertain causation», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2008, p. 1027 y ss.

¹⁴ En el artículo 7.4.3 de la sección 4 relativa al resarcimiento del Capítulo 7 referido al incumplimiento.

¹⁵ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pp. 95-96.

¹⁶ MEDINA ALCOZ, L., «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 30, 2009, p. 33.

¹⁷ Disponible en <<http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=chance>> [Consultado: 06/10/2020].

guir algo¹⁸. En función de la utilización de este galicismo, se llega a emplear el concepto de oportunidad.

Desde el punto de vista jurídico, existen varias aproximaciones conceptuales sobre la oportunidad y la pérdida de la misma. Es un ejercicio complejo intentar brindar una definición, una proposición general que abarque todas las complejidades contenidas en esta especial figura. El campo de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad es tan vasto y diverso que cualquier intento de definición debe basarse en un enfoque inductivo, es decir, un análisis de los diferentes tipos de casos que posee esta teoría, resultando aun así un ejercicio difícil¹⁹.

Por lógico que parezca, para perder una oportunidad hay que primeramente poseer una. Se cuenta con una oportunidad cuando las circunstancias de un momento dado poseen condiciones suficientes para obtener un beneficio o evitar un peligro²⁰. Sin perjuicio de lo dicho, se expondrán algunas definiciones que la doctrina ha proporcionado. Le Tourneau entiende la pérdida de oportunidad como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esta chance aparece suficientemente seria²¹. Del mismo modo, Vicente Domingo la define como la «desaparición de la probabilidad de un suceso favorable»²². Como señala Müller, la mejor descripción de las circunstancias bajo las cuales las oportunidades perdidas podrían ser indemnizadas, consiste en decir que el problema surge cuando se presenta una situación que: (i) por definición es ventajosa para la futura víctima (demandante); (ii) contiene una suerte de azar o alea; (iii) posteriormente desaparece por un hecho del demandado; (iv) el demandante pierde las opciones que tenía de conservar dicha situación positiva beneficiosa que se podría haber realizado²³.

3. Teorías: los «enfoques»

Esta construcción dogmática cuenta con una distinción importante, a saber: se le ha dado un tratamiento tanto desde la perspectiva del daño como desde la perspectiva de la causalidad. Desde ambas aproximaciones no solo se refieren a la pérdida de oportunidad en su aspecto positivo, es decir, perder la posibilidad de obtener un beneficio, sino también

¹⁸ Disponible en <<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=chance>> [Consultado: 6 de octubre 2020].

¹⁹ MÜLLER, C., *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berna (Stämpfli), 2002, p. 48.

²⁰ RIOS ERAZO, I., SILVA GOÑI, R., *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Primera edición, Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2014, p. 51.

²¹ El texto original señala que «*la perte d'une chance peut se définir comme la disparition de la probabilité d'un événement favorable, alors que cette chance apparaît suffisamment sérieuse*», en LE TOURNEAU, P., *Responsabilité civile professionnelle*, París (Daloz), 2005, p.57.

²² VICENTE DOMINGO, E., «Capítulo III. El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, t.1 Cizur Menor (Aranzadi), 2008, p. 319.

²³ MÜLLER, C., *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, cit., p. 48.

estas teorías contemplan una faz negativa que se enlaza con aquella posibilidad de evitar un agravio.

Por un lado, está el «enfoque francés», que ha estudiado la pérdida de oportunidad desde la sede del daño. También conocida como teoría ontológica o autonomista, sostiene que la oportunidad perdida implica el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final deseada²⁴. Esta perspectiva se desarrolla sobre la premisa de que el ordenamiento jurídico francés posee una cláusula general de responsabilidad civil a través de la cual comprende esta figura como un nuevo tipo de perjuicio²⁵. Por consiguiente, este enfoque considera que la posibilidad que se ha perdido, ya sea de obtener un resultado favorable o de evitar un agravio, constituye un daño autónomo distinto al del daño final. De ello que la relación de causalidad no se establezca con el daño final, sino que se relaciona con la oportunidad perdida²⁶, construyendo una relación independiente de la que pudiese llegar a establecerse con el perjuicio final. Siguiendo a Crespo Mora, podemos definir esta figura como una categoría general de daños en la que se incluyen todos aquellos casos en los que con una actuación u omisión se ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, por encontrarse en la situación idónea para ello²⁷. De esta definición, ha de destacarse que logra distinguir entre la ventaja esperada de la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera²⁸. En consecuencia, el daño consiste en la pérdida de la oportunidad de conseguir un beneficio, no en la pérdida del beneficio como tal²⁹.

Por otro lado, existe un sector que ubica la pérdida de oportunidad en el terreno de la causalidad³⁰. Esta idea proviene de los sistemas que pertenecen al Common Law³¹. Por establecer un contrapunto, podríamos hablar del «enfoque anglosajón» sobre el tema en cuestión. Esta perspectiva posee como fundamento y justificación los casos de incertidumbre causal, es decir, aquellos casos en que el demandante corre el riesgo de no obtener nada si es que no consigue demostrar la probabilidad de causación del daño más allá de

²⁴ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudios doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, cit., p. 349.

²⁵ MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Murcia (Editum), 2011, p. 50.

²⁶ MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», cit., p. 50.

²⁷ CRESPO MORA, M., «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derecho español», cit., p. 119.

²⁸ CHABAS, F., «La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil» (Traducción de Fernando Moreno Quijano), *Revista IARCE*, núm. 8, 2000, p. 53.

²⁹ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, 1.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2005, p. 368.

³⁰ WINIGER, B.; KOZIOL, H.; KOCH, B.; ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Digest of European Tort Law*, t. 1, Viena/Nueva York (Springer SpringerWienNewYork), 2007, p. 590.

³¹ KING, J., «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences», *The Yale Law Journal*, núm. 90, 1981, p. 1381.

cierto umbral de certeza³². Por ende, la pérdida de oportunidad es utilizada en aquellos casos donde «sólo es posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho por el cual el demandado sería responsable»³³. En ese sentido, la pérdida de oportunidad se entiende como una «teoría de causalidad probabilística» (Probabilistic Causation)³⁴, un mecanismo de responsabilidad proporcional en el cual se le reconoce a la víctima una indemnización por la ventaja que no se obtuvo y que ha sido frustrada por el actuar negligente³⁵.

III. EL CASO ESPAÑOL: APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En lo que respecta a la evolución de la doctrina, se debe adelantar el triunfo de esta figura y su exitosa incorporación en el ordenamiento jurídico español. Actualmente, se puede observar su aplicación no solo en materias civiles sino también en materias contencioso-administrativas, laborales y penales³⁶. En ese sentido, se puede mencionar como tipo de casos muy concretos la «pérdida de oportunidad procesal» o «la pérdida de oportunidad de curación» como temas que nacen de esta figura que han generado un fuerte debate en España³⁷. De esta forma, se analizará la pérdida de oportunidad procesal y la pérdida de oportunidad de curación, con la finalidad de constatar la presencia de esta figura en el ordenamiento jurídico español, observar los matices con los que ha sido tratada y también perfilar ciertas reflexiones y aportes que se pueden dar al estado actual de esta construcción jurídica.

1. La responsabilidad civil de los abogados y la pérdida de oportunidad procesal

La responsabilidad civil de los abogados ha sido tierra fértil para sembrar la teoría de la pérdida de oportunidad, dado que en la configuración de la misma, si bien es caracterizada como una obligación de medios y no de resultado, lo cierto es que el error de un profesional no acarrea consigo la pérdida del juicio, sino la pérdida de la posibilidad de haber obtenido

³² MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», cit., p. 45.

³³ BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2006, p. 378.

³⁴ LUNA YERGA, Á., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, p. 4.

³⁵ ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 235.

³⁶ COBREROS MENDAZONA, E., «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», cit., p. 90.

³⁷ MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», cit., p. 49.

un resultado favorable en el mismo³⁸. Así, la oportunidad que se pierde consiste en la pérdida de la posibilidad de plantear un pleito, interponer una demanda o recurrir una decisión judicial debido a diferentes causas, lo que en sí mismo representa un daño objetivo³⁹, con independencia de cuál hubiese sido el resultado final⁴⁰. A partir de estas particulares situaciones de hecho, ha nacido el concepto de «pérdida de oportunidad procesal».

A. La pérdida de oportunidad procesal y su configuración como un daño específico de la actuación del abogado

Crespo indica los daños específicos que derivan de la actuación del abogado, distinguiéndolos en: la privación de pretensión, la pérdida de oportunidad procesal y la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos de la jurisdicción⁴¹. En lo atinente a este artículo, para que exista la pérdida de oportunidad, a diferencia de la privación de la pretensión, no se exige el cien por ciento de probabilidad. De este modo, en la pérdida de oportunidad el abogado interrumpe un proceso en el que la víctima tenía probabilidades –y no certeza– de conseguir un resultado estimatorio. En este contexto, por un lado, bajo el cien por ciento de las probabilidades nos situamos en sede de pérdida de oportunidad; mientras que, por otro lado, estando en el cien por ciento de probabilidades (es decir, existe certeza total al respecto), nos situamos en sede de privación de la pretensión (siendo un auténtico daño emergente⁴², casos en los que, sin lugar a dudas, el comportamiento del letrado impidió obtener a la víctima una sentencia favorable a sus intereses⁴³). Como indica Crespo, esta aclaración entre ambas figuras, los transforma en daños incompatibles entre sí⁴⁴. En lo relativo a la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos de la jurisdicción, este es un daño compatible con los dos anteriores y puede ser apreciado aunque la pretensión frustrada tuviera nulas probabilidades de prosperar⁴⁵.

³⁸ MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador. Especial referencia a la ley de sociedades profesionales. Cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch), 2009, p. 83.

³⁹ VICENTE DOMINGO, E., «Capítulo III. El daño», cit., p.320.

⁴⁰ MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador*, cit. p. 84.

⁴¹ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., pp. 357-410.

⁴² CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., pp.363-364.

⁴³ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 382.

⁴⁴ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 383.

⁴⁵ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., pp. 401-406.

B. Requisitos de la pérdida de oportunidad procesal

La doctrina establece que la oportunidad perdida para que posea mérito indemnizatorio debe ser real y seria, no debiendo tratarse de casos de probabilidades insignificantes. Lo dicho, se comprobará a través del ejercicio de valoración de la prosperabilidad (y con ello las probabilidades) que ostentaba la acción que no ha sido presentada por el abogado y que ha generado la pérdida de oportunidad procesal del cliente⁴⁶. Crespo por su parte, indica que los requisitos de la pérdida de oportunidad procesal son: en primer lugar, que la situación procesal derivada de la defectuosa actuación u omisión del letrado no sea susceptible de reparación a través de ulteriores actuaciones procesales, es decir, la situación debe ser definitiva; en segundo lugar, el sujeto que alega la privación de la oportunidad debe encontrarse en una posición idónea para obtener el resultado por cuya oportunidad se reclama⁴⁷; en tercer lugar, se debe tratar de un daño cierto.

Una especial consideración en torno al daño cierto, dado que este requisito nos traslada a otro problema en el cual la doctrina ha elaborado reflexiones interesantes. ¿Cuándo el daño se considera cierto en los casos de pérdida de oportunidad? Esta cuestión tiene relación con las probabilidades del daño en el caso concreto, lo que se vincula directamente con un presupuesto del daño resarcible como lo es la certidumbre del mismo⁴⁸. En ese sentido, para ser considerado un daño cierto, las probabilidades deben ser superiores al porcentaje que se determine, lo cual dista de ser un tema pacífico. ¿Cuál debe ser la probabilidad del daño que fundamenta la pérdida de oportunidad? ¿Cuándo se genera la obligación de indemnizar por parte del abogado que ha generado la pérdida de oportunidad procesal? Esta forma particular de perjuicio posee una cierta indeterminación valorativa⁴⁹, que genera que la certidumbre del daño sea una cuestión difícil de dilucidar.

Al tenor de lo expuesto, algunos autores sitúan el porcentaje sobre el cincuenta por ciento⁵⁰ (bajo ese porcentaje se entiende un daño eventual). Mientras que otros autores indican que basta que exista una oportunidad real, es decir, el escaso porcentaje no repercute en la certeza sino que se refleja en la cuantía de la indemnización⁵¹. Las fronteras entre lo que se circunscribe a un daño resarcible o no, dependerán de cuál sea el criterio de determinación que se opte.

⁴⁶ GONZÁLEZ BARRIOS, I., «Abogado que redacta de manera defectuosa una carta de despido y luego no asiste el juicio: inexistencia de pérdida de oportunidad: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7.05.19», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 10, 2019, p. 42. En el mismo sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra (Aranzadi), 2001, pp. 245-246.

⁴⁷ CRESPO MORA indica que eso no sucede en los casos en que, por ejemplo, la acción hubiese prescrito antes de contratar al letrado. En CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 370.

⁴⁸ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., p. 235.

⁴⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., p. 237.

⁵⁰ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., p. 246.

⁵¹ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 378.

C. *Naturaleza jurídica*

Gran parte de la doctrina calificó durante un tiempo a la pérdida de oportunidad como un daño moral⁵². Con el tiempo, la mencionada perspectiva fue variando a una noción patrimonial. A modo de ejemplo, Vicente Domingo expresa que la pérdida de oportunidad admisible como daño cierto es un daño presente y no futuro. Califica este daño como patrimonial, entendiendo que existía una «chance» y se ha perdido definitivamente, saliendo del patrimonio del perjudicado⁵³. A pesar de lo expuesto, la autora advierte que la naturaleza de este daño dependerá de la naturaleza de la oportunidad perdida o de la expectativa perdida dado que participa directamente de ésta. Por ende, puede revestir tanto un carácter patrimonial como extrapatrimonial en función del caso concreto. Por su parte, Serra lo entiende como un daño actual, un daño emergente donde el objeto de resarcimiento no es otro que el de indemnizar la privación de unas ciertas y actuales oportunidades –de obtener determinados beneficios– que resultaban verdaderamente existentes en el patrimonio del perjudicado⁵⁴.

Así también, se ha determinado que de una actuación procesal negligente, que causa una pérdida de oportunidad para el litigante, se pueden derivar tanto daños morales como patrimoniales⁵⁵. De cualquier forma, Crespo advierte que se debe reconocer la importancia relativa de la determinación de la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad, atendido que, ya sea calificada de patrimonial o extrapatrimonial, lo cierto es que ambos tipos de daños son resarcibles tanto en el ámbito contractual como extracontractual⁵⁶.

D. *Los métodos para determinar el quantum indemnizatorio.*

Una premisa que está en el núcleo esencial de esta teoría es que la indemnización no puede otorgarse por el mismo monto del daño final. Llevado esto a la responsabilidad civil de los abogados, quiere decir que la indemnización no puede ser equivalente al valor de la pretensión frustrada⁵⁷. Asumido lo anterior como un punto de partida, cabe despejar la interrogante de qué herramientas o métodos se utilizan para determinar el monto indemni-

⁵² YZQUIERDO TOLSADA, M., «28 de enero de 1998. Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 47, 1998, p. 680.

⁵³ VICENTE DOMINGO, E., «Capítulo III. El daño», cit., p. 321.

⁵⁴ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., p.239

⁵⁵ ALONSO MONTAÑEZ, B., «Responsabilidad de abogado por pérdida de oportunidad. Pretensión frustrada que resultaba en todo caso inviable. Cuantificación del daño: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14.09.18», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2019, p. 54.

⁵⁶ CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 388.

⁵⁷ MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador*, cit., pp. 80-81.

zatorio en el caso concreto. Uno de los problemas más graves derivados de la configuración de la pérdida de oportunidad en sede de daño, reside en la valoración en orden a determinar el quantum indemnizatorio⁵⁸.

Se ha entendido por la doctrina especializada en la materia, que la herramienta idónea para la determinación de la indemnización (de modo a saber el valor de la oportunidad perdida) es el cálculo aproximado de las probabilidades de éxito o fracaso de la pretensión perdida. No obstante, este cálculo no es sencillo y existe más de un procedimiento disponible para efectuarlo. Serra propone dos métodos para la determinación de este cálculo de probabilidades: el método estadístico y el método del juicio dentro del juicio⁵⁹.

El primer método, tal como lo indica su nombre, consiste en un análisis estadístico del porcentaje de éxito de pretensiones de naturaleza análoga a la frustrada por el letrado. En la práctica, este método no ofrece muchas garantías, toda vez que resulta complicado encontrar dos casos exactamente iguales, o de aceptar que son iguales, lo que no acarrea la idea de que tengan una misma solución jurídica. Como sea, el ámbito de aplicación de dicho método queda muy reducido, no pudiendo determinar varias hipótesis que están circunscritas a lo que entendemos por pérdida de oportunidad.

El segundo método consiste en el llamado «juicio dentro del juicio». En palabras de Martí, este método se utiliza «cuando en el proceso de reclamación de responsabilidad civil profesional por error se examina el fondo del proceso en que se produjo»⁶⁰. Así, esta técnica constituye un análisis realizado por el mismo magistrado que conoce de la demanda de responsabilidad del abogado sobre la prosperabilidad de la demanda frustrada. Es decir, el juez se coloca en la posición del juzgador de la demanda frustrada en el escenario hipotético de que no hubiese mediado negligencia por parte del letrado y determina cuál hubiese sido el resultado del juicio. El juez puede decidir de manera binaria, en términos de estimación o desestimación de la pretensión. Así también, el juez puede concretar la indemnización en términos de probabilidades de éxito, esto es, de prosperabilidad de la demanda, calculando el «quantum debeatur» a partir de la multiplicación del porcentaje de éxito estimado por la cuantía de la pretensión frustrada. Este método también ha sido objeto de críticas⁶¹, como, por ejemplo, la transgresión del principio de la cosa juzgada (al revisar imaginariamente un caso que ya ha sido resuelto por los tribunales de justicia), o el principio de contradicción (al no poder aportar las pruebas correspondientes por ambas partes), o si el caso procede de otra materia, resulta inadmisibles que en sede civil se revisen casos penales, laborales o de

⁵⁸ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., p. 235.

⁵⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, cit., pp. 242 y ss.

⁶⁰ MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador*, cit., p. 85.

⁶¹ A mayor abundamiento CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., pp. 394-396

otras materias. Como sea, es un método que ofrece más respuestas que el método estadístico y logra superar varios obstáculos que el primer método no resuelve.

Un tercer método, sería que el cálculo de probabilidades de éxito o fracaso de la pretensión se realice teniendo en consideración la cuantía de la pretensión. En otras palabras, «la indemnización sería el resultado de aplicar el porcentaje de probabilidad o prosperabilidad de la pretensión a la cantidad solicitada en el proceso frustrado por la impericia del letrado»⁶².

De cualquier modo, el tema no es pacífico siendo sumamente difícil establecer la cuantía correspondiente en los casos de pérdida de oportunidad procesal. Siempre existirá el riesgo de caer en arbitrariedades en la determinación de la indemnización. De ahí la importancia de seguir cuestionándose los procedimientos para realizar los cálculos que arrojen las probabilidades de éxito de la acción que no ha podido ser interpuesta por negligencia de un abogado.

2. La responsabilidad civil de los médicos y la pérdida de oportunidad de curación

Como indica parte de la doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad está asentada en el ordenamiento jurídico español (en específico por los tribunales españoles) y se aplica como un criterio que reduce los requisitos y exigencias para la concurrencia del nexo causal como elemento constitutivo de la responsabilidad⁶³. En ese sentido, la pérdida de oportunidad en materias médicas-sanitarias, vino a reparar una situación injusta que se estaba generando desde una doble perspectiva. Desde un lado, el médico deja de responder por la totalidad de un daño sufrido por la víctima en aquellos casos en que el daño se explique por una complicación no imputable a una mala praxis médica⁶⁴. Desde otro lado, concede indemnizaciones a víctimas por daños que con anterioridad no hubiesen sido resarcidos en virtud del sistema todo o nada⁶⁵.

A. Ámbito de aplicación

La doctrina constata que esta teoría se ha ido aplicando por los tribunales en los casos de concausas, es decir, aquellos casos donde la actuación negligente del médico no explica

⁶² CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, cit., p. 396.

⁶³ ASENSI PALLARÉS, E. y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», cit., p. 229.

⁶⁴ SAIGÍ-ULLASTRE, U.; GÓMEZ-DURÁN, E.; ARIMANY-MANSO; J., «Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica», *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 39, núm. 4, 2013, p. 159.

⁶⁵ KADNER GRAZIANO, T., «Loss of a Chance in European Private Law – “All or nothing” or partial liability in cases of uncertain causation», cit., p. 1034.

del todo el resultado lesivo, motivo por el cual los jueces realizan una estimación proporcional, parcial, atendiendo el grado de relación existente entre el hecho lesivo con el daño final⁶⁶. Se aplica a los supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca⁶⁷.

Como señala Asúa González, se trata de casos en los que «no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido»⁶⁸. En palabras de Garcés-Garro, el ámbito de aplicación de la pérdida de oportunidad, consiste en los supuestos en los que «de no haber mediado una determinada actuación, las probabilidades de que el daño hubiera dejado de producirse son importantes pero insuficientes para poder tener por probado el requisito de causalidad»⁶⁹. Siguiendo a Arcos Vieira, la pérdida de oportunidad constituye «un expediente que ofrece a los perjudicados una alternativa ante los previsibles efectos de la imposibilidad de prueba suficiente del nexo causal»⁷⁰.

Con ello, es posible afirmar que se ha delimitado el ámbito de aplicación de la pérdida de oportunidad para aquellos casos de incertidumbre causal, lo que conlleva a una tensión con la noción tradicional de causalidad, que niega de forma sistemática cualquier tipo de indemnización en aquellos casos que se coloquen bajo el umbral de certeza requerido para constatar que existe causa. En otras palabras, la teoría de la pérdida de oportunidad, sostiene que bajo el umbral de certeza exigido, también es posible tener en cuenta la probabilidad para establecer indemnizaciones inferiores al daño final⁷¹.

La doctrina ha indicado que los supuestos en los que opera la teoría de la pérdida de oportunidad en materias médico-sanitarias son; en primer lugar: error, omisiones o retraso en el diagnóstico o en el tratamiento; en segundo lugar: la falta de información o de consentimiento informado; en tercer lugar: los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales. Como se verá, la calificación de estas supuestas concausas de pérdida de oportunidad dista de ser un tema pacífico en la doctrina.

⁶⁶ ASENSI PALLARÉS, E. Y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», cit., p. 232.

⁶⁷ MOURE GONZÁLEZ, E. «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», cit., p. 61.

⁶⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, 1.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2008, p. 17.

⁶⁹ GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014, p.7.

⁷⁰ ARCOS VIEIRA, M., *Responsabilidad Civil por Infecciones Asociadas a la Asistencia Sanitaria*. Cizur Menor (Aranzadi), 2016, p. 50.

⁷¹ ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, cit., p. 21.

B. *Supuestos de hecho de la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*

1. Errores, omisiones o retraso en el diagnóstico y tratamiento

Esta hipótesis es el escenario base para la construcción de la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica-sanitaria. En concreto, ésta se refiere a casos en los que un paciente acude a un hospital, requiriendo la práctica de un diagnóstico o tratamiento concreto, a fin de mejorar o sanar de una enfermedad o situación que padece. No obstante, al existir un error o un retraso, ya sea en el diagnóstico o tratamiento, no se atiende a tiempo o de forma errónea el problema que aqueja al paciente. Ello puede generar tanto el fallecimiento como el empeoramiento irreversible de su estado de salud. Si bien cabe la posibilidad de que aun practicándose la prueba concreta el padecimiento no se hubiese detectado, existe la certeza de que el enfermo ha visto sus posibilidades de sanación reducidas⁷². Esto es lo que Luna Yerga denomina los daños pasivos, que son aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados⁷³.

Tanto el retraso como el error de diagnóstico constituyen supuestos de mala praxis médica, que llegado el caso pueden dar lugar o no a una pérdida de oportunidad⁷⁴. Lo anterior, dependerá del grado de probabilidad o de certeza que exista respecto de la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente. En consecuencia, si existe certeza de que la práctica médica tardía o errónea agravó la salud del paciente, se indemnizará íntegramente el daño, no operando la pérdida de oportunidad. A su vez, si las probabilidades son nulas o son muy bajas para vincular la práctica médica tardía o errónea con el agravamiento de la salud del paciente, de forma tal que lo que explica el desenlace de los hechos es la enfermedad que aquejaba al paciente, no procederá indemnización alguna. Solo en los casos en que se produce el error o retraso de diagnóstico, con probabilidades serias –no llegando a constituir certeza– de que ha producido el agravamiento de la salud del paciente, se generará derecho por pérdida de oportunidad⁷⁵. En la misma línea, Asensi y Cid-Luna, indican que debe existir una probabilidad causal seria, que no alcance el nivel

⁷² VICANDI MARTÍNEZ, A., «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?», *Revista DS: Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2, 2015, p. 20.

⁷³ LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», cit., p. 2.

⁷⁴ Por ejemplo, véase el caso en ALONSO MONTAÑEZ, B., «Reclamación de una indemnización por un error de diagnóstico inicial: indemnización por pérdida de oportunidad. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 18.10.2018», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 3, 2019, pp. 41-42.

⁷⁵ GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, p. 50.

máximo que permite dar por cierto el hecho causal, pero que a su vez supere un nivel mínimo de certidumbre⁷⁶.

Esta es la hipótesis donde la doctrina concuerda en situarla dentro del ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. En cambio, tanto los casos de falta de información o falta de consentimiento informado, como en los casos de errores en el diagnóstico prenatal, han sido materia de discusión por la doctrina al momento de que se les aplique la teoría de la pérdida de oportunidad.

2. La falta de información o de consentimiento informado

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota con las prestaciones médicas, sino que también incluye el derecho a la información previa de cualquier intervención médica, con advertencia de los riesgos, señalando tratamientos alternativos y la solicitud de consentimiento previo a la intervención⁷⁷. En ese sentido, los casos de omisión de información y/o falta de consentimiento informado son de aquellos supuestos en los que «no resulta probado, a través del documento de consentimiento informado, que el médico había informado al paciente de la complicación acaecida»⁷⁸. En estas situaciones, el comportamiento negligente radica en la falta de información o la falta de consentimiento informado que genera un resultado lesivo de la salud, integridad física o la vida del paciente⁷⁹. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo donde declara que la falta del deber de informar por parte del médico priva al paciente de ejercer su derecho a decidir por sí mismo en lo que respecta a su persona y a su vida⁸⁰. De hecho, actualmente el setenta por ciento de las reclamaciones por daños sanitarios se producen por vicios y/o defectos en el consentimiento informado o por falta de información al paciente⁸¹.

En estos casos, el objeto de la indemnización es la oportunidad que el paciente ha perdido, en atención a no haber recibido la información adecuada por parte del cuerpo médico. Mas no basta solo con ello; visto desde una perspectiva causal y entendiendo que solo se utiliza en aquellos casos de incertidumbre causal, es relevante que no se tenga conocimiento respecto a cómo se hubiera desarrollado los acontecimientos de haber obrado de forma de-

⁷⁶ ASENSI PALLARÉS, E. Y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», cit., p. 234.

⁷⁷ GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., p. 54.

⁷⁸ SAIGÍ-ULLASTRE, U./ GÓMEZ-DURÁN, E. /ARIMANY-MANSO, J., «Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica», cit., p. 158.

⁷⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, cit., p. 99.

⁸⁰ DE ANGEL YAGUEZ, R., «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II)». En *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, Barcelona (Bosch), 2008, 2.^a ed., p. 393

⁸¹ NAVARRO SIMÓN, E., «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016», *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, p. 314.

bida⁸². Esto tampoco debe llevar a considerar que cualquier resultado desafortunado lleva a una indemnización por pérdida de oportunidad, dado que deben tenerse en consideración los elementos aleatorios que toda intervención médica posee, sino solo aquellos riesgos que no han sido informados debidamente y que se han materializado en el caso concreto⁸³. En consecuencia, una vez concretado el riesgo que no se ha informado, la indemnización debe cuantificarse exclusivamente en función del valor de la pérdida de oportunidades de curación y no por la integridad del daño a la salud sufrido por el paciente producto de la actuación médica⁸⁴.

Cabe destacar que existen algunos autores que afirman que en los casos de falta de información o falta de consentimiento no debe aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad. Martín-Casals y Solé Feliú estiman que todas las alternativas pasan por una decisión del propio paciente y no en el terreno de lo azaroso, de la aleatoriedad⁸⁵. Por tanto, estos autores sostienen la idea de que no se puede utilizar la pérdida de oportunidad en aquellos supuestos donde la incertidumbre proviene en virtud de la decisión de la propia víctima. En definitiva, en estos casos nos encontramos ante una privación de la facultad de tomar una decisión por parte del paciente, pero no ante una pérdida de oportunidad en sentido estricto. En un sentido similar, Arcos Vieira sostiene que la noción de pérdida de oportunidad se identifica con la de probabilidad de un resultado incierto, y con ello implica siempre la presencia de aleatoriedad en la producción del daño. En función de ello, la autora estima que la frustración de esa probabilidad no se debe relacionar con la pérdida de opciones, entendidas estas como meras posibilidades del paciente de haber actuado de forma diferente; en consecuencia de ello, estima que la falta de información al paciente sobre el riesgo de contraer una infección no le es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad⁸⁶.

3. Erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales

Los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales se vinculan con la responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar, lo que en derecho comparado ha sido denominado como «wrongful birth», es decir, aquellos casos en que un feto nace con una malformación congénita que no fue detectada a tiempo durante la gestación o comunicada

⁸² ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, cit., p. 99.

⁸³ GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., pp. 54-55.

⁸⁴ RUBIO TORRANO, E., «Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 55-56.

⁸⁵ MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1114-1115.

⁸⁶ ARCOS VIEIRA, M., *Responsabilidad Civil por Infecciones Asociadas a la Asistencia Sanitaria*, cit., p. 52.

a los progenitores⁸⁷, a pesar de que era posible⁸⁸. En estos casos, la posibilidad de reclamar el daño se debe limitar a la gestante, atendido a que la facultad de interrupción del embarazo le pertenece exclusivamente a ella, siendo su voluntad la que ha de tenerse en cuenta (y no la de su pareja)⁸⁹.

¿Constituyen los casos de «wrongful birth» supuestos de pérdida de oportunidad? No coincido con parte de la doctrina (Medina Alcoz⁹⁰, Saigí⁹¹, Gallardo⁹²) que consideran este supuesto de hecho como uno de aquellos en los cuales debe ser utilizada la teoría de la pérdida de oportunidad. En ese sentido, comparto la opinión de Martín-Casals y Solé Feliú⁹³, seguida por Luna Yerga⁹⁴, quienes indican que la principal característica de la pérdida de oportunidad es el azar. En específico, estos autores sostienen que la pérdida de oportunidad está pensada para aquellos casos que consisten en la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando la posibilidad del mismo aparezca como suficientemente seria, por lo que el daño no puede verse afectado por la voluntad del paciente⁹⁵. En dichos casos, se entiende como evento favorable de la víctima todo aquél que sea aleatorio, casual o producto del azar o como mínimo de la voluntad de un tercero (en el sentido de que resulta ajeno a la víctima). Por tanto, en los casos en que el evento pudiese depender de la voluntad de la víctima, se debería descartar la utilización de la teoría de la pérdida de oportunidad, entre ellos, los casos de «wrongful birth», dado que la facultad de interrumpir el embarazo depende de la madre, que, como perjudicada, viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la demanda.

En este aspecto, destaco el planteamiento de Arcos Vieira, quien no concuerda con la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los casos de «wrongful birth», pues sostiene que conjeturar sobre lo que el paciente pudiera haber decidido de haber contado con una información diferente no equivale a calcular el incremento de las de alcanzar un resultado favorable. Señala que en estos tipos de casos no cabe la aplicación de la pérdida de oportunidad, sino la indemnización íntegra del daño consistente en la pérdida de liber-

⁸⁷ LUNA YERGA, Á., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», cit., p. 13.

⁸⁸ VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 3, 2013, p. 42.

⁸⁹ MACÍA MORILLO, A., «El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo», *RJUAM*, núm. 23, 2011, p. 85.

⁹⁰ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudios doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, cit., pp. 202-203.

⁹¹ SAIGÍ-ULLASTRE, U./GÓMEZ-DURÁN, E./ARIMANY-MANSO, J., «Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica», cit., p.158-159.

⁹² GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., p. 45.

⁹³ MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», cit., pp. 1114-1115.

⁹⁴ LUNA YERGA, Á. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, 1.ª ed., Madrid (Civitas), 2004, p. 549.

⁹⁵ MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 73, 2007, p. 540.

tad de decidir con los necesarios elementos de juicio⁹⁶. Así también, concuerdo con lo que esgrime Vicandi Martínez, quien destaca que la pérdida de oportunidad para los casos de «wrongful birth» presenta más problemas que soluciones, dado que basta acudir a dos ideas para descartar su aplicación, a saber: la situación final beneficiosa (en la figura en estudio resultaría que el evento favorable debería equipararse al aborto) y la cuestión azarosa (en este caso no hablamos estrictamente de azar, sino que se encuentra la voluntad de la madre, traducida en su decisión, ya sea de interrumpir o continuar su embarazo)⁹⁷.

C. *Sobre el quantum indemnizatorio*

Si bien la pérdida de oportunidad resulta útil para enfrentar los problemas de incertidumbre causal, ésta también acarrea problemas en la determinación y valoración del daño⁹⁸. Ello, en consecuencia a que, a efectos indemnizatorios, será el juez quien deba apoyarse en las pruebas presentadas para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cuál debe establecerse el grado de pérdida de las oportunidades⁹⁹. Sin embargo, ¿qué parámetros se utilizan para fijar esa indemnización? Lo cierto es que el porcentaje de probabilidad no deja de revestir importantes dificultades, dado que ingresamos al terreno de la incertidumbre, entre lo que pudo ser pero no fue y de lo que nunca sabremos qué hubiera podido suceder¹⁰⁰. Ante ello, la doctrina ha propuesto más de una herramienta para la determinación del quantum indemnizatorio para las hipótesis de pérdida de oportunidad en materias médico-sanitarias.

Lo primero que se debe señalar es que el resarcimiento no será conforme al daño final, sino que será acorde al porcentaje de la oportunidad de haberlo obtenido¹⁰¹, otorgando una indemnización proporcional al perjudicado. Así, la indemnización por pérdida de oportunidad en materias médico-sanitarias, queda circunscrita a los casos de estricta incertidumbre causal, descartando los supuestos en que exista razonable certeza (procede indemnización íntegra) y aquellos en los que las probabilidades sean muy bajas (la víctima no tiene derecho a indemnización)¹⁰².

Por su parte, algunos autores sostienen que se deben observar tanto las condiciones preexistentes del paciente, como averiguar si ha adoptado las precauciones necesarias en

⁹⁶ ARCOS VIEIRA, M., *Responsabilidad Civil por Infecciones Asociadas a la Asistencia Sanitaria*, cit., pp. 52-53.

⁹⁷ VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente», cit., p. 50.

⁹⁸ ARCOS VIEIRA, M., *Responsabilidad Civil por Infecciones Asociadas a la Asistencia Sanitaria*, cit., p. 58.

⁹⁹ GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», cit., p. 10.

¹⁰⁰ GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., p. 63.

¹⁰¹ ASENSI PALLARÉS, E. Y CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», cit., p. 232.

¹⁰² GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», cit., p. 10.

función de su estado de salud¹⁰³, la edad, capacidad laboral de los perjudicados, grado de invalidez en caso de supervivencia, entre otros¹⁰⁴. Todos estos antecedentes deben ser considerados al momento de determinar la probabilidad en concreto. A su vez, en lo relativo al cálculo de la indemnización, otros autores agregan que para la valoración de la oportunidad es menester aventurar qué es lo que hubiera sucedido de no haber incurrido el facultativo demandado en negligencia¹⁰⁵, es decir, la idea de que la indemnización «se fija teniendo en cuenta la probabilidad de que, con el comportamiento debido, el daño no se hubiera producido»¹⁰⁶. Del mismo modo, Gallardo sostiene que el cálculo de la indemnización se realiza atendiendo al daño final que ha sufrido el paciente y proyectar sobre el mismo el porcentaje de probabilidad de que ese daño no hubiese acontecido¹⁰⁷.

En definitiva, para poder establecer una «probabilidad razonable» que permita que la oportunidad pérdida tenga mérito indemnizatorio en los supuestos de incertidumbre causal, se debe tener en cuenta por un lado la estadística, pero al mismo tiempo ésta se debe conjugar con otras circunstancias concurrentes, en consideración de que el campo médico sanitario normalmente el daño se explica por una multiplicidad de causas¹⁰⁸. En razón de ello, no se debe otorgar un valor absoluto a la estadística y se deben valorar otros aspectos al momento de determinar la probabilidad en un caso concreto¹⁰⁹.

IV. REFLEXIONES Y APORTES EN TORNO A LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

1. Aproximaciones que no son excluyentes entre sí

De la lectura de lo que ha dicho la doctrina en materias de pérdida de oportunidad, se puede desprender, con cierta facilidad, que el ordenamiento jurídico español en la actualidad

¹⁰³ MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», cit., pp. 65-66.

¹⁰⁴ GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», cit., p. 23.

¹⁰⁵ LUNA YERGA, Á., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», cit., p. 8.

¹⁰⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C., «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112, 2020, pp. 222-223.

¹⁰⁷ En rigor, la autora señala que «indemnizar la pérdida de oportunidad no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final incierto el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso». En GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., p. 64.

¹⁰⁸ GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», cit., pp. 51-52.

¹⁰⁹ GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», cit., p. 12.

contempla la pérdida de oportunidad desde ambas perspectivas expuestas, a saber: desde el daño y desde la causalidad.

Por un lado, se observa que, en materias atinentes a la responsabilidad civil de los abogados, al aproximarnos a la pérdida de oportunidad procesal, ha prevalecido una lectura del enfoque que denominamos «francés». En ese sentido, se ha entendido la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, el cual se puede distinguir del daño final, que consiste en la pérdida de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable. En general, como se observa del estudio, la doctrina que más se ha dedicado a analizar la pérdida de oportunidad procesal, se ha decantado por la utilización de esta noción de pérdida de oportunidad.

En contrapartida, es posible distinguir una diferencia en el tratamiento de la pérdida de oportunidad en materias médico-sanitarias en el ordenamiento jurídico español. Al desarrollar la responsabilidad civil médica y al aproximarnos a la pérdida de oportunidad de curación o sobrevivencia, se manifiesta la comprensión de esta figura desde una perspectiva causal, prevaleciendo –según la dicotomía presentada al inicio– el enfoque «anglosajón». En virtud de éste, se presta auxilio al perjudicado, quien, sofocado por los estándares probatorios clásicos, encuentra una herramienta eficaz para probar desde una probabilidad razonable, preponderante, la relación de causalidad en un determinado caso. Se ha revisado cómo la doctrina ha trabajado en materias médico-sanitarias el desarrollo de esta teoría, estableciendo distintas hipótesis, todas relacionadas con los problemas relativos a la determinación del vínculo causal.

Ante este panorama, cabe preguntarse: ¿existe una incongruencia en el ordenamiento jurídico español? Estimo importante, a efectos de responder la pregunta en cuestión, realizar una comparación entre el contexto que rodea la relación abogado-cliente, con el que rodea la relación médico-paciente. En ese sentido, y a diferencia de maximalismos teóricos de ciertos autores para que predomine un enfoque único sobre pérdida de oportunidad, observo varias diferencias al realizar esa comparación que permiten entender un tratamiento distinto a las situaciones en estudio.

En primer lugar, se ha dicho que la relación médico paciente está envuelta en una multiplicidad de factores (circunstancias concomitantes del paciente, la enfermedad previa, su metabolismo, su historial médico, su carga genética, sus antecedentes familiares, entre otros), de agentes, de situaciones que influyen al momento de explicar un daño. Esa multiplicidad de factores no la observo en la relación del abogado con su cliente, por más grande que sea el despacho de abogados, la multiplicidad de circunstancias que reúne la medicina (situación personal del paciente, más de un diagnóstico posible ante un mismo mal y no por ello erróneo, entre otros), el ejercicio de la abogacía no la posee.

En segundo lugar, los supuestos de pérdida de oportunidad procesal proporcionan complicaciones distintas a las de la pérdida de oportunidad de curación o de sobrevivencia. En el primer supuesto, estamos en presencia de un abogado que, a partir de su actuar negli-

gente (no presentar demanda, no presentar recurso, no presentar contestación, entre otras) ha frustrado la posibilidad de su cliente de obtener un resultado favorable o de evitar un resultado desfavorable. ¿Existe alguna duda respecto a quién ha sido el responsable de ese acto dañoso? La verdad es que en la mayoría de los casos la respuesta es no. No obstante, en estos casos, la pregunta que surge se refiere a cuál es el daño resarcible, es decir, nos preguntamos si ese daño posee la característica de cierto o no, pero no nos preguntamos si es que el abogado es responsable o no, nos preguntamos de qué es responsable el abogado, cuál será el daño que se le imputará a éste. En cambio, en el segundo supuesto, estamos en presencia de un médico que, a partir de su actuar negligente (erróneo o tardío diagnóstico, dejaré de lado otros supuestos), ha hecho que el paciente sufra un daño. En este caso, a diferencia de lo que hemos visto en la pérdida de oportunidad procesal dentro del contexto de la relación abogado-cliente, debemos tener en consideración la multiplicidad de factores que rondan alrededor de ese diagnóstico erróneo o tardío. La medicina no es una ciencia exacta, no siempre la suma de factores lleva a un mismo resultado, dependerá de todo el universo de datos del paciente (las enfermedades que sufre como también: situación personal, edad, condición física, alergias, umbral de dolor, antecedentes familiares, entre una infinidad de factores¹¹⁰). Esto nos lleva a que ante la pregunta de quién ha sido el responsable del acto dañoso, no se pueda responder de forma inmediata el médico, teniendo que sumergirnos en las profundas aguas de la causalidad, para ver el cúmulo de causas que explican el daño (por ejemplo, puede ser la muerte o la posibilidad de haber accedido a una mejor supervivencia), el cual, a diferencia de la pérdida de oportunidad procesal, si tenemos conocimiento cierto de cuál es.

En consecuencia, se observa que la teoría de la pérdida de oportunidad es útil para ayudar al cliente que ha sufrido la frustración de una pretensión judicial, contribuyendo a determinar cuál sería el daño cierto en función de la probabilidad del mismo. Mientras que, en materias médicas, la pérdida de oportunidad brinda respuestas para sortear las dificultades en la determinación del vínculo causal que sufre el paciente perjudicado al momento de poder explicar lo que le ha pasado.

Volviendo a la pregunta respecto a si existe una incongruencia en el ordenamiento jurídico español, la respuesta a mi juicio sería que no.

Desde mi perspectiva, es perfectamente viable la coexistencia de ambos enfoques. De este modo, su utilización es pertinente en casos donde no se tenga certeza de la certidumbre del daño (como se vislumbra de forma paradigmática en los casos de responsabilidad civil de los abogados en casos de pérdida de oportunidad procesal por frustración de acciones judiciales), pero al mismo tiempo, es pertinente que ésta sea utilizada donde existan dificultades para probar el nexo causal (los ejemplos paradigmáticos se encuentran en materias médicas). Como señala Asúa González, la expresión pérdida de oportunidad es tan amplia

¹¹⁰ A mayor abundamiento, recomiendo la lectura de la concomitancia de condiciones y la incidencia de las condiciones preexistentes del paciente en la producción del resultado nocivo en PREVOT, J. y CHAIA, R., *Pérdida de chance de curación*, Buenos Aires (Astrea), 2007, pp. 111-133.

que da espacio para más –de lo que ella llama– una «inteligencia»¹¹¹. Considero que gran parte de estas confusiones surgen a partir del origen casuístico de esta teoría. Diferentes Cortes o Tribunales, en distintos países, se enfrentaron con situaciones de hecho en donde las reglas tradicionales no brindaban las mejores soluciones o derechamente no proporcionaban respuestas a problemas concretos. Es así como, desde ciertas intuiciones jurídicas, ha ido surgiendo la teoría de la pérdida de oportunidad y con ella sus respectivos enfoques como respuesta al escenario descrito. Estimo que estas aproximaciones no son excluyentes entre sí, su aplicación siempre dependerá de lo que exija el caso concreto.

2. Herramienta subsidiaria

Qué duda cabe que la teoría de la pérdida de oportunidad ha ido abriendo nuevas vías indemnizatorias¹¹². A pesar de ello, dentro de aquellos lineamientos que se deben esgrimir y destacar respecto a la teoría de la pérdida de oportunidad, hay que resaltar aquel que señala el carácter subsidiario que tiene esta herramienta. Por ende, esta doctrina debe ser utilizada estrictamente en aquellos casos donde las reglas generales han fallado. De este modo, tanto el abogado como el médico, tienen una tranquilidad, cierta plataforma que les permite desarrollar su actividad profesional. En ese sentido, no se debe apostar por un sistema que constantemente esté indagando y revisando en exceso la actuación de estos profesionales.

En particular, es menester centrarse en el enfoque desde la causalidad de la teoría de la pérdida de oportunidad, en atención a que ésta ha brindado un mayor debate y resalta a partir del mismo, la necesidad de establecer ciertos límites en su aplicación. Como expone Xiol Ríos, la pérdida de oportunidad ha servido de concepto-válvula que ha permitido incorporar valoraciones jurídicas extraídas de la aplicación de los principios de responsabilidad civil a supuestos de dificultad causal donde se presentan casos de probabilidad razonable, pero no suficiente para dar por acreditado el nexo causal¹¹³. Sin embargo, ¿cuáles son sus límites? Se debe tener cuidado en el uso de esta teoría para no sufrir una substitución sistemática de las reglas tradicionales en materias de responsabilidad civil.

Martín-Casals, al tratar la responsabilidad proporcional limita la aplicación de esta regla para aquellos casos de incertidumbre causal «indeterminista», es decir, casos donde la probabilidad es una característica de la situación en sí misma, en el sentido de que es

¹¹¹ La autora sostiene que existe una primera inteligencia que pivota sobre la causalidad, estableciendo la idea de responsabilidad proporcional ante casos de incertidumbre causal, mientras que existe una segunda inteligencia donde la causalidad es cierta, pero de un daño distinto al final, como lo es el daño que vimos en sede del daño. En ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, cit., p. 77.

¹¹² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, p. 25.

¹¹³ XIOL RÍOS, J., «La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual», en *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, p. 241.

imposible probar la causalidad atendiendo parámetros objetivos. Con ello, prosigue el autor, se descarta la aplicación de la regla de responsabilidad proporcional a los casos de incertidumbre «epistemológica o evidenciaria», que se refiere a aquellos casos donde no se puede probar la causalidad «porque aquel a quien le corresponde la carga de la prueba no puede dar a conocer determinados hechos con las garantías suficientes para que tengan valor probatorio»¹¹⁴. En ese contexto, el autor brinda un ejemplo para dar a entender la diferencia, señalando que en los casos de falta de información (como puede ser el de «wrongful birth»), la regla de responsabilidad proporcional no se debería aplicar dado que la incertidumbre se vincula con la decisión que habría adoptado la víctima si hubiera recibido una determinada información, y en esos casos, el juez no puede saber lo que habría hecho el paciente si hubiese sido debidamente informado acerca de los riesgos. En estas situaciones, la incertidumbre es epistemológica, dado que se encuentra en el hecho de que no es posible probar la causalidad en el juicio, pero no en el hecho de que la situación sea de aquellas a las cuales no se les pueda aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Por su parte, Luna Yerga, señala la necesidad de limitar la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad precisamente para evitar la sustitución de las reglas tradicionales. Para ello, el autor indica que en ciertos casos se debe negar la reparación cuando: (i) se produce la mera reducción estadística de probabilidades; (ii) la producción del daño depende de eventos futuros; (iii) la probabilidad estadística sea superior al umbral de certeza (en este caso procede indemnización total); (iv) existan probabilidades estadísticas muy reducidas¹¹⁵.

Estos intentos reflejan esfuerzos por limitar el campo de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. Estimo importante estas consideraciones, bajo el entendido que proporcionan un campo de aplicación que limita el uso desmedido de esta teoría. Estableciendo límites se deja de entender como un concepto supletorio, y ello es relevante debido a que precisamente las normas generales son las que deben tener ese carácter, acudiendo a herramientas específicas cuando el sistema tradicional no ofrezca garantías ni respuestas suficientes para determinadas situaciones de hecho. De ello, que resulte importante la comprensión de la pérdida de oportunidad como herramienta subsidiaria en los casos donde las reglas generales no proporcionen respuestas satisfactorias.

V. CONCLUSIONES

La relevancia de la teoría de la pérdida de oportunidad es indiscutible. Esta especial figura dista de ser aún la «hermana pobre del Derecho de daños», pasando a tomar protagonismo, siendo hoy una pieza de estudio importante dentro del Derecho de daños. Si bien tuvo su origen en la jurisprudencia, de forma paralela e independiente en Inglaterra y

¹¹⁴ MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», cit., pp. 52-53.

¹¹⁵ LUNA YERGA, Á., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», cit., p. 15.

Francia, ha sido la doctrina, con el paso del tiempo, la que ha ido nutriendo de contenido a esta construcción jurídica. Dado el contenido disperso de esta teoría, resulta un ejercicio difícil a través de una definición englobar todo aquello que conlleva e implica la pérdida de una oportunidad. El análisis desarrollado del tema ha permitido detectar que esta teoría siempre estará vinculada a la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, que a su vez contiene una suerte de azar o alea que genera una incertidumbre respecto al resultado final. Probabilidad e incertidumbre son elementos que tienen un rol preponderante en la teoría de la pérdida de oportunidad.

Se explicó que esta desaparición de probabilidades, puede ser observada desde el llamado enfoque «francés» que fundamenta la teoría de la pérdida de oportunidad desde el daño. Así también, puede ser comprendida esta desaparición de probabilidades desde el llamado enfoque «anglosajón», el cual observa el problema de la oportunidad desde el vínculo causal. Estos dos enfoques lejos de apaciguar el debate, han abierto más ventanas en cuanto al tratamiento de esta cuestión, aumentando los alcances y las problemáticas en torno a esta teoría.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, se concluye que –además de su plena vigencia– la literatura especializada ha utilizado principalmente la teoría ontológica, para resolver los casos de pérdida de oportunidad procesal, mientras que otra parte de la doctrina utiliza el enfoque de la causalidad para resolver los casos de responsabilidad médica. Más allá de diferencias y matices entre los especialistas, estas construcciones doctrinales valiosas han ayudado a determinar el ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. Es así como en materia de abogados observamos que la pérdida de oportunidad se circunscribe a los daños derivados de la actuación de estos profesionales, junto con la privación de pretensión y la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos de la jurisdicción. Del mismo modo, en materias médicas se pueden valorar importantes aportes por parte de la doctrina, estableciendo su ámbito de aplicación para casos de concausas, casos de incertidumbre causal, centrándose en las hipótesis relativas a los errores, omisiones o retrasos en el diagnóstico y tratamiento, los supuestos de falta de información y los supuestos de erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales.

Otra de las conclusiones es que debe aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad exclusivamente a los supuestos de error o retraso en el diagnóstico o tratamiento. A mi juicio, no resulta aplicable en los casos de falta de información ni en los casos de erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales, en función de que la incertidumbre proviene en virtud de la decisión de la propia víctima. En estos casos no hay presencia de aleatoriedad en la producción del daño. Por ello, estimo que no debe ser utilizada la teoría de la pérdida de oportunidad, sino que se debe indemnizar el daño consistente en la pérdida de libertad de decidir con los necesarios elementos de juicio.

Se observan ciertos esfuerzos por algunos autores para que prevalezca uno de los enfoques, es decir, normalmente la teoría ha sido presentada con ánimos de posicionar un

enfoque sobre el otro. Esta situación al contrastarla con la realidad resulta contradictoria, toda vez que se observa la vigencia de ambas teorías en la actualidad. Ante ello, es importante resaltar como conclusión, la aparente contradicción de utilizar una perspectiva para el supuesto de la responsabilidad civil de los abogados y otra perspectiva para la responsabilidad civil de los médicos. A mi juicio, estamos en presencia de dos situaciones de hecho que no merecen el mismo tratamiento. Si bien ambos enfoques se avocan a la desaparición de probabilidad, la primera se dedica a resolver la certidumbre del daño (porque está claro el vínculo causal), mientras que la otra se dedica a resolver la certidumbre del nexo de causalidad. Además, se debe tener en consideración las diferencias esgrimidas entre la relación médico-paciente en comparación a la del abogado-cliente, que también justifican un tratamiento diverso en cuanto a las oportunidades perdidas se refiere. En suma, considero que intentar resolver todo desde una sola perspectiva, deja de dar un adecuado tratamiento a hipótesis que están circunscritas a la teoría de la pérdida de oportunidad en un sentido amplio.

Así también, más allá de la amplitud de esta teoría, es importante imponer cotos, límites, frenos para su correcta aplicación. En ese sentido, la teoría de la pérdida de oportunidad debe ser considerada como una herramienta subsidiaria, debiendo ser utilizada estrictamente para los casos donde las reglas generales han fallado, teniendo en consideración el ámbito de aplicación para esta teoría. Limitado el campo de aplicación de esta teoría, se evita la utilización desmedida de la misma.

Finalmente, recalco, que es de suma importancia, seguir desarrollando criterios para que, primero, los jueces puedan enfrentarse y resolver casos de esta naturaleza, y segundo, tengan pautas a seguir en la búsqueda de mecanismos que permitan dar respuestas a las diversas preguntas que tiene actualmente la responsabilidad civil vinculadas a la teoría de la pérdida de oportunidad. La dogmática civil tiene que continuar con esta ardua e importante tarea.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MONTAÑEZ, B., «Responsabilidad de abogado por pérdida de oportunidad. Pretensión frustrada que resultaba en todo caso inviable. Cuantificación del daño: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14.09.18», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2019, pp. 54-55.

ALONSO MONTAÑEZ, B., «Reclamación de una indemnización por un error de diagnóstico inicial: indemnización por pérdida de oportunidad. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 18.10.2018», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2019, pp. 41-42.

ARCOS VIEIRA, M., *Responsabilidad Civil por Infecciones Asociadas a la Asistencia Sanitaria*, Cizur Menor (Aranzadi), 2016.

- ASENSI PALLARÉS, E.; CID-LUNA CLARES, I., «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm 8, 2013, pp. 228-239.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*. Primera Edición, Cizur Menor (Aranzadi), 2008.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112, 2020, pp. 207-226.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2006.
- CARDONA FERREIRA, R., «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 56-74.
- CHABAS, F., «La pérdida de una oportunidad («chance») en el derecho francés de la responsabilidad civil» (Traducción de Fernando Moreno Quijano), *Revista IARCE*, núm. 8, 2000, pp. 48-69.
- CHABAS, F., *Cien años de responsabilidad civil en Francia*. (Traducción y anotaciones de Mauricio Tapia), 1.^a ed., Santiago (Olejnik), 2017.
- COBREROS MENDAZONA, E., «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 96, 2013, pp. 73-110.
- CRESPO MORA, M., *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, 1.^a ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2005.
- CRESPO MORA, M., «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en derecho español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 12, 2009, pp. 101-133.
- DE ANGEL YAGUEZ, R., «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II)», *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. 1, Barcelona (Bosch), 2008, 2.^a ed., pp. 329-412.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2008.
- FRASCA, R., «Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages», *Journal of Legal Economics*, vol. 15, núm. 2, 2009, pp. 91-104.

- GALLARDO CASTILLO, M., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 35-66.
- GARCÉS-GARRO RANZ, M., «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 2014, pp. 6-24.
- GOLDBERG, J. y ZIPURSKY, B., *The Oxford introductions to U.S. law. Torts*, New York (Oxford University Press), 2010.
- GONZÁLEZ BARRIOS, I., «Abogado que redacta de manera defectuosa una carta de despido y luego no asiste el juicio: inexistencia de pérdida de oportunidad: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7.05.19», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 10, 2019, pp. 42-43.
- INFANTINO, M. y ZERVOGIANNI E., *Causation in European Tort Law*, 1ª., ed., Cambridge (Cambridge University Press), 2017.
- KADNER GRAZIANO, T., «Loss of a Chance in European Private Law – «All or nothing» or partial liability in cases of uncertain causation», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2008, pp. 1009-1042.
- KING, J., «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Pre-existing Conditions and Future Consequences», *The Yale Law Journal*, n'um. 90, 1981, pp. 1353-1397.
- LE TOURNEAU, P., *Responsabilité civile professionnelle*, París (Daloz), 2005.
- LUNA YERGA, Á., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, 1.ª ed., Madrid (Civitas), 2004.
- LUNA YERGA, Á., «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1-18.
- MACÍA MORILLO, A., «El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, pp. 83-98.
- MARTÍ MARTÍ, J., *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador. Especial referencia a la ley de sociedades profesionales. Cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, 2.ª ed., Barcelona (Bosch), 2009.

- MARTÍN-CASALS, M y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097-1122
- MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 73, 2007, pp. 517-544
- MARTÍN-CASALS, M., «La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Murcia (Editum), 2011, 1ª. ed., pp. 11-112.
- MCBRIDE, N. y BAGSHAW, R., *Tort Law*, 6.ª ed., New York (Pearson Education Limited), 2018.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudios doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1ªed., Cizur Menor (Civitas), 2007, 564 pp.
- MEDINA ALCOZ, L., «Capítulo V. El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. 1, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pp. 719-930.
- MEDINA ALCOZ, L., «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 30, 2009, pp. 31-74.
- MOURE GONZÁLEZ, E., «La salud cesante. O cómo valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Revista DS: Derecho y salud*, vol. 27, núm. 1. 2017, pp. 57-75.
- MÜLLER, C., *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berna (Stämpfli), 2002.
- NAVARRO SIMÓN, E., «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016», *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 313-327.
- PREVOT, J.; CHAIA, R., *Pérdida de chance de curación*, Buenos Aires (Astrea), 2007.
- RÍOS ERAZO, I. y SILVA GOÑI, R., *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 1.ª ed., Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2014.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «La teoría de la pérdida de oportunidad. Comentario a una reciente monografía», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 2009, pp. 6-26.

- RUBIO TORRANO, E., «Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53-59.
- SAIGÍ-ULLASTRE, U.; GÓMEZ-DURÁN, E.; ARIMANY-MANSO, J., «Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica», *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 39, núm. 4, 2013, pp. 157-161.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra (Aranzadi), 2001.
- VAN DAM, C., *European Tort Law*, 2.^a ed., Oxford (Oxford University Press), 2014.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 3, 2013, pp. 40-59.
- VICANDI MARTÍNEZ, A., «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?», *Revista DS: Derecho y Salud*, vol. 25, núm. 2, 2015, pp. 9-64.
- VICENTE DOMINGO, E., «Capítulo III. El daño», *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pp. 301-443.
- VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, 3.^a ed., Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 2006.
- WINIGER, B.; KOZIOL, H.; KOCH, B.; ZIMMERMANN, R. (Eds) *Digest of European Tort Law*, vol. 1, Viena/Nueva York (Springer SpringerWienNewYork), 2007.
- XIOL RÍOS, J., «La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual», *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, pp. 205-286.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «28 de enero de 1998. Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 47, 1998, pp. 673-688.