

ANÁLISIS



Concursal

Resarcimiento por la «pérdida de oportunidad» de haber saneado la empresa si los bancos hubieran cumplido compromisos de financiación

(STS, Sala Primera, núm. 1944/2025, de 23 diciembre)

Por segunda vez, el Tribunal Supremo aplica la técnica de la indemnización por pérdida de oportunidad fuera del ámbito de la responsabilidad sanitaria y llega a indemnizar supuestos que habrían quedado no indemnizados.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El caso

El 4 de abril del 2001, Graphiland suscribió con Caja de Burgos (que después se integró en Banca Cívica, hoy Caixabank, S.A.) una póliza de cesión de créditos (de descuento de papel comercial). También suscribió con BBVA una póliza de cesión de créditos en soporte magnético —el 25 de mayo del 2005—. Se trataba de contratos de *factoring*. El 7 de julio del 2011, Graphiland fue declarada en concurso voluntario de acreedores. Tras esta declaración, Caixabank y BBVA bloquearon las líneas de descuento de papel comercial.

Graphiland elaboró en agosto del 2011 un plan de viabilidad del que dio traslado a la administración concursal y a los acreedores financieros. Este plan partía, para la continuidad de la actividad empresarial y el cumplimiento de un convenio, del necesario mantenimiento de un nivel de financiación que permitiera el flujo de los ingresos y los pagos, de una refinanciación de la deuda y, principalmente, de una reestructuración de la empresa y una reducción de los gastos mediante un procedimiento de extinción de contratos de trabajo y una reducción sustancial de las retribuciones, en especial, de los directivos/socios. Las entidades financieras rechazaron renovar las pólizas. El Juzgado de lo Mercantil, por auto de 11 de junio del 2012, acordó el cierre y el cese total de la actividad empresarial de la concursada por los argumentos de la administración concursal. Se nos informa de que ya existían dos sentencias firmes que declararon el incumplimiento contractual de las entidades bancarias.

La concursada demandó a las entidades el resarcimiento de los daños y perjuicios

provocados a la actora. La demanda se fundaba en la «pérdida de oportunidad» provocada a Graphiland, con el consiguiente daño derivado de la imposibilidad de conseguir la aprobación del plan de viabilidad presentado para lograr un convenio concursal, que hubiera permitido la continuidad de la actividad por reestructuración de la deuda y la normalización del flujo de caja, que traía causa del incumplimiento de las demandadas —declarado por dos sentencias firmes— de sus contratos de cesión de créditos y de descuento de créditos. La indemnización del daño reclamada se fundaba en la valoración del negocio por la destrucción de su valor comercial —en concreto, por la diferencia entre el valor de la empresa según las proyecciones del primer plan de viabilidad (agosto del 2011) y el valor de la empresa según las proyecciones de la revisión del plan de viabilidad— como resultado del incumplimiento de las demandadas (enero del 2012).

Graphiland ha interpuesto un recurso de casación basado en un solo motivo, a saber: la indemnización de la «pérdida de la oportunidad» de haber sacado la empresa adelante si los financiadores hubieran cumplido sus contratos de crédito.

2. Sentencia

El motivo es estimado. Es indemnizable el daño de la pérdida de oportunidad por la frustración del plan de viabilidad de una sociedad declarada en concurso de acreedores, un daño derivado del incumplimiento contractual (judicialmente declarado) por parte de las entidades financieras demandadas debido al rechazo injustificado de la remesa de créditos tras la declaración de concurso. Este

incumplimiento no es la única causa concurrente al desplome de la empresa.

La jurisprudencia de la Sala Primera ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidad¹ y la ha aplicado a la responsabilidad civil de los profesionales en el ámbito legal y sanitario. La primera resolución de esta Sala en la que se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad es la Sentencia de 10 de octubre de 1998, recurso 1496/1994, en un supuesto de responsabilidad de una enfermera a la que se imputa la pérdida de la oportunidad de efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano; no se sabe si al final hubiera dado resultado, de manera que sólo se le puede imputar la pérdida de unas expectativas.

La teoría de la pérdida de oportunidad, que se ha consolidado en el derecho de daños en la responsabilidad de los profesionales sanitarios, abogados y procuradores (como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 105/2019, de 19 de febrero), se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, en el que se pueden distinguir tres franjas: una superior, cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra; otra inferior, cuando se puede asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias, y una central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria que, sin alcanzar el nivel máximo, sí supera el mínimo.

Opera como un paliativo del radical principio del «todo o nada», a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, a modo de una imputación probabilística (STS, Sala Primera, núm. 50/2020, de 22 de enero), pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad. El comportamiento que priva de una oportunidad (*chance*) es un suceso que ha podido ser condición necesaria del daño, pero también no serlo.

Se trata de un remedio ante la incertidumbre causal, con la consecuencia de una reducción proporcional de la indemnización. Está prevista para los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido (STS, Sala Primera, núm. 171/2020, de 11 de marzo). Es necesario que se aprecie una probabilidad causal seria, real y no desdeñable.

Como señala la Sentencia núm. 456/2021, de 28 de junio, el daño por pérdida de oportunidad es hipotético, por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la pretensión no ejercida hubiera resultado beneficiosa para los demandantes.

Sobre el cálculo de la indemnización en términos de probabilidad, como se declaró en la Sentencia núm. 105/2019, de 19 de febrero, en unos casos, la Sala

¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, rec. 1496/1994; de 25 de octubre de 1997, rec. 427/1995; núm. 504/2003, de 27 de mayo; núm. 948/2011, de 16 de enero; núm. 227/2016, de 8 de abril; núm. 5/2019, de 19 de febrero; núm. 456/2021, de 28 de junio; núm. 204/2024, de 19 de febrero, y núm. 1692/2025, de 25 de noviembre, entre otras.

Primera ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada y ha concedido toda la indemnización, mientras que, en otros (STS núm. 967/2011, de 2 de enero del 2012), ha limitado la indemnización «en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado».

En el presente caso, tras la declaración de concurso de la demandante, las entidades financieras demandadas incumplieron sus respectivos contratos de cesión de créditos y denegaron injustificadamente las respectivas remesas de efectos que Graphiland pretendía que abonaran conforme a los contratos suscritos. El incumplimiento contractual consta declarado respecto de ambas demandadas por sentencias firmes. La parte recurrente sostiene que ello le produjo la pérdida de oportunidad de alcanzar un convenio. En la instancia ha quedado acreditado que, en la solicitud de concurso, Graphiland pretendía continuar con la actividad empresarial y planteaba la opción de alcanzar un convenio con los acreedores. Indicó que era necesario el mantenimiento del nivel de financiación que le permitiera el flujo normalizado de compras y ventas. La sociedad venía operando mediante esa mecánica de cesión de créditos. A la fecha de la declaración de concursos, los contratos de cesión de créditos estaban en vigor. De hecho, las pólizas que se incumplieron datan del 2001 y del 2005, y ambas habían sido renovadas antes del concurso.

La administración concursal, entre las causas de la solitud de cese de la actividad, en el informe de 12 de marzo del 2012, reseñó la falta de líneas de descuento en la primera fase del concurso y la insuficiencia

para generar liquidez de las que se consiguieron posteriormente, junto con la disminución de las ventas, y una reestructuración insuficiente de los costes. En su declaración, el administrador concursal manifestó que el mantenimiento de las líneas de descuento era un elemento importante para la continuidad, aunque reconoció que existían otras causas significativas para el cese de la actividad, y también señaló que, aunque la falta de financiación por la suspensión de las líneas de descuento era una causa y había dudado inicialmente sobre si se hubiera evitado la liquidación, finalmente había considerado que, con las causas estructurales existentes, el cese se habría producido más tarde.

La sentencia recurrida, aunque afirma que no puede prescindir de la presencia y existencia de la causa invocada de la aceptación del plan de viabilidad que pudiera haber llevado al convenio de los acreedores, entiende que no puede erigirse como causa única ni tampoco como relevante o suficiente por sí sola para producir el resultado, y no acoge la pretensión porque entiende que no reúne las características de influencia decisiva.

La concurrencia de estas otras causas, sin desdeñar la relevancia que tuvo la frustración de las líneas de descuento, nos llevan a considerar que, del importe en el que la demandante valora el perjuicio, se ha de atribuir a la pérdida de oportunidad imputable a las demandadas el 15 % de la cifra de pérdida de valor de la empresa.

3. Comentario

La doctrina de la «pérdida de oportunidad» emplea el cálculo de probabilidades

para sustituir o para remediar un proceso cognitivo con el que no se puede determinar la «causa cierta» de un evento dañoso. Lo que se indemniza es la pérdida de una probabilidad salvadora en un estado de cosas contrafáctico que el demandado se

La doctrina de la «pérdida de oportunidad» se vincula normalmente con un problema de causalidad

encontraba en obligación de procurar. La oportunidad (*chance*) que se pierde irreversiblemente es la de que, en un estado de cosas conforme a Derecho, el daño, probablemente, no se habría producido. En otro sentido más impropio y mucho más amplio, se indemniza un daño hasta el grado de probabilidad que suministra su prueba cuando ésta no ha llegado a la certeza subjetiva del juez, es decir, se indemniza por ochenta cuando la prueba practicada no ha ido más allá de suministrar una probabilidad de daño del 80 %. Pero este último supuesto no debería nunca catalogarse como indemnización por la pérdida de una oportunidad, aunque es también un procedimiento probabilístico.

Desde su nacimiento como teoría unificada, la doctrina ha sido sistemática, pero únicamente aplicada en la vía civil (no en otras: procesos de licitación de contratos públicos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) a la responsabilidad por negligencia profesional del abogado y a la responsabilidad médico-sanitaria, muchas veces en el contexto de (falta) de

«consentimiento informado del paciente», diagnosis tardías, *chances* de abortar una criatura con síndrome de Down. Probablemente, los casos civiles icónicos siguen siendo los de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998 [pérdida de la expectativa de reimplantación de una mano cercenada] y de la de 19 de febrero del 2019 [fallecimiento de un niño por asfixia en el jardín de infancia], tratamientos anticonceptivos fallidos y mala praxis en general. Respecto de los «diagnósticos tardíos», el de la Sentencia del Tribunal

Supremo núm. 334/2024, de 6 de marzo. En el contencioso administrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de febrero del 2012 (RJ 2012\3819). Pero también la «oportunidad de nacer» del niño malogrado por mala praxis, *chance* tanto más sólida cuanto más se acerca el día del accidente al término de la gestación materna (STS, Sala Tercera, de 31 de marzo del 2009).

Pero la realidad no está sujeta a límites en este punto y cabe una aplicación generalizada. Hay al menos tres casos (más el presente) en los que se ha aplicado en contextos distintos de la responsabilidad profesional. En las sentencias de la Sala Tercera de 1 de diciembre del 2021 (ECLI: ES:TS:2021:4432) y de 9 de julio del 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3399), el Tribunal Supremo analiza la posibilidad —alegada por el demandante— de reconocer una indemnización por pérdida de oportunidad en dos casos en los que una persona había sido excluida de una lista de candidatos al puesto de magistrado suplente y de administrador concursal,

respectivamente. Aunque en ambos supuestos la pretensión indemnizatoria se desestima —al entenderse, en el primero, que el daño era cierto y probado, pues el candidato habría obtenido el puesto de haberse seguido correctamente el proce-

Con esta doctrina siempre se acaba indemnizando algo, aunque a veces la cifra es infracompensatoria

dimiento, y, en el segundo, que se trataba de una mera «expectativa», expresión que parece aludir a la baja probabilidad de que el nombramiento llegara a producirse—, lo relevante es que el Tribunal Supremo no excluye, en principio, la aplicación de la doctrina de la «pérdida de oportunidad». En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1692/2025, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:5436), la doctrina se aplica a una contienda en el sector asegurador, pero finalmente también para desestimar la demanda.

La doctrina se vincula incorrectamente con un problema de causalidad. Y es un modo extraño de hablar el sostener que los bancos constituyen la causa adecuada de un 15 % del daño sufrido por el concursado y que hay otras causas adecuadas para el resto de los porcentajes. Incluso podríamos llegar a cien causas adecuadas, cada una de la probabilidad de un 1 %

de sufrir el daño. Yo no hablaría en estos casos de *pérdidas de oportunidades* (el 15 % de las oportunidades de haber salido adelante). Lo que se ha hecho es una cosa más drástica: se ha prescindido de un paso previo de selección y expurgo

de las causas concurrentes y todas se han dado por válidas, aunque ninguna fuera adecuada para la totalidad del daño. Todas las causas concurrentes cuentan. Se había dicho antes de esta sentencia que sólo contarían las que superasen una

frontera de *minimis*, y se daba por asentado que un 15 % no excedía la frontera de *minimis*, lo que la presente sentencia desmiente. No es que el concursado haya perdido una causa hipotética alternativa, que vale el 15 % del daño, sino que la conducta de los bancos equivale a un aporte causal del 15 % del conjunto de todas las causas concurrentes del desplome de la empresa. O mejor aún, que la «conducta lícita alternativa» de las entidades financieras habría incrementado un 15 % las probabilidades de que la empresa se hubiera saneado. No parece que se haya dejado a los bancos la posibilidad de probar que la conducta alternativa conforme a derecho habría sido fútil y no habría llevado a un final distinto del que resultó, lo cual es notoriamente lo más probable, pero ello, en el futuro, obligará a los bancos a jugar a la contra con hipótesis alternativas contrafácticas que, de hecho, no son comprobables.