

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE

Federico Torrealba Navas¹

I- Generalidades:

1- Concepto:

La doctrina y jurisprudencia francesas han desarrollado el concepto de “*perte d’une chance*” o pérdida de una oportunidad, como categoría autónoma de daño indemnizable². La doctrina³ y la jurisprudencia⁴ latinoamericanas han acogido dicho concepto con total naturalidad –incluido el galicismo “*chance*”–, como un instituto perfectamente adaptable a los viejos odres de los códigos de influencia

napoleónica⁵. Y es que, si bien el ante-proyecto francés de reforma a los regímenes de obligaciones y prescripción dedica una disposición expresa a la *perte d’une chance*⁶, lo cierto es que, tanto en Francia⁷, Italia⁸ y España⁹, como en Argentina¹⁰ y Colombia¹¹, la doctrina de la pérdida de chance ha florecido pretorianamente, sin necesidad de reformas legislativas. En los sistemas del *Common Law*, por su parte, se ha desarrollado la “*lost chance doctrine*”¹², que, según veremos, ofrece una solución alternativa a los excesos e inequidades del sistema “**todo o nada**”, o

1 Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
2 Según se verá, la jurisprudencia arbitral costarricense, ha hecho suyo dicho concepto, el aval expreso de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; aunque en un fallo reciente la Sala deja traslucir ciertas reservas.
3 Es de obligada consulta el trabajo de don Víctor **PÉREZ VARGAS**: *La pérdida de chance y la tutela del “affidamento” en un reciente laudo costarricense*, en: **Liber Amicorum per Francesco d. Busnelli**, Volume II, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pág 427 a 446.
4 Ver *infra*, sección VIII.
5 Y es que, en realidad, la noción de pérdida de chance no es propiamente, un “*vino nuevo*”. Según veremos, el primer caso reportado por la jurisprudencia francesa data de finales del Siglo XIX.
6 El proyecto del nuevo artículo 1346 del *Code Napoléon* dispone: “*La perte d’une chance constitue un préjudice réparable distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée.*” V. **CATALA, Pierre**: **Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription**. Ministère de la Justice, París, 2006.
7 V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN), 3e édition**, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91
8 V. **ALPA**, Guido, **Tratatto di Diritto civile. IV. La Responsabilità Civile**. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p 514-517.
9 V. **YZQUIERDO TOLSADA**, Mariano: **Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual**, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 152-155; y **VICENTE DOMINGO**, Elena, et al: **Tratado de Responsabilidad Civil**. Coordinado por L. Fernando **REGLERO CAMPOS**, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 261-263.
10 En la riquísima literatura argentina de responsabilidad civil los estudios sobre las chances son incontables. Un buen compendio se encuentra en el volumen de la **Revista de Derecho de Daños**, año 2008-1, dirigida por Jorge **MOSSET ITURRASPE** y Ricardo Luis **LORENZETTI**, dedicado a las “*Chances*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.
11 En la doctrina colombiana, es muy agudo **TAMAYO**, Javier: **Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo IV. De los Perjuicios y su Indemnización**. Temis, Bogotá, 1999, pp.32-35.
12 Ver: **EPSTEIN**, Richard: **Cases and Materials on Torts**, Sixth Edition, Aspen Law & Business, Nueva York, 1995, pp. 482-488; **MARKESINIS**, B.S. & S.F. **DEAKIN**: **Tort Law**. Clarendon Press, Oxford, Fourth Edition, United Kingdom, 1999; y **CANE**: **Tort Law and Economic Interests**. Clarendon Press, Oxford, 1996.

de balance de probabilidades¹³; función que también encarna, en los sistemas de tradición romanista, la noción de la pérdida de chance.

Superadas algunas resistencias apriorísticas¹⁴, la figura en estudio encaja perfectamente –tanto en el mundo contractual como en el aquiliano, tanto en el Derecho Privado como en el Público¹⁵-- dentro de la locución genérica “daños y perjuicios¹⁶”. A nivel ético, la pérdida de chance se ancla en el **principio de reparación integral**: En efecto, una indemnización que no tome en cuenta la patente realidad fáctica de las oportunidades frustradas a raíz del evento dañoso, se representa como injusta e insuficiente para colmar el principio de equivalencia entre daño y reparación. La figura de la pérdida de chance funge como instrumento acrisolador del daño y de la conexión causal. Con esta figura es posible rebanar finamente la grasa aleatoria y dejar el corte magro del verdadero perjuicio causado.

La **pérdida de oportunidad** se define como la desaparición de la probabilidad seria y real de

un evento favorable¹⁷. Bajo esta categoría se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza **patrimonial** –v.gr., la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos--, como daños **extrapatrimoniales**, por ejemplo: la pérdida de la oportunidad de supervivencia¹⁸ o la pérdida de la oportunidad de curación; o **mixtos**, como la privación de chances de superación profesional. Nuestra doctrina más autorizada propone un concepto amplio de este rubro indemnizatorio, al considerar que el “...*chance resarcible está fundamentado en una probabilidad de maduración de una situación jurídica, tanto de una expectativa como de un interés legítimo*”¹⁹ (es decir, la noción abarca mucho más que la mutilación del capullo de un derecho subjetivo).

2- Orígenes:

A- En el Derecho Privado:

La noción de pérdida de chance tiene antecedentes muy antiguos en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, que se

remontan a finales del siglo XIX²⁰. A lo largo del siglo XX la noción de pérdida de chance tuvo una explosión temática en la jurisprudencia francesa, llegando a incluir una rica variedad de pérdidas de oportunidad: de promoción profesional y laboral; de concertación de contratos; de desarrollo de empresas nuevas o existentes; de conquista de nuevos mercados; de obtención de lucro; de participación en concursos (el ejemplo arquetípico ha sido la participación en carreras de caballos); de curación y supervivencia, etc²¹. En la actualidad la figura se encuentra consolidada en la jurisprudencia.

B- En el Derecho Público:

El primer caso de pérdida de chance citado por los comentaristas de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue el **caso Bacon**, de 3 de agosto de 1928, en el que se condenó a la Administración a indemnizar a un funcionario la pérdida de oportunidades de ascenso a las que hubiera tenido legítimo derecho. Desde entonces y hasta el presente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha mantenido una línea uniforme y paralela²² con la línea jurisprudencial de la *Cour de Cassation*,

que reconoce la naturaleza de *préjudice certain* y, por consiguiente, el carácter indemnizable de la *perte d’une chance*. Entre muchas, la jurisprudencia administrativa ha considerado indemnizables: la pérdida de oportunidad de aplicar a exoneraciones fiscales; de obtener adjudicaciones en contrataciones administrativas; de desarrollar actividades profesionales concordes con los títulos universitarios del administrado, de obtener la reconducción de concesiones administrativas; de supervivencia y curación (a raíz de faltas en los servicios públicos hospitalarios), etc²³.

II. Elementos de la pérdida de oportunidad

El concepto jurídico de pérdida de oportunidad²⁴ se construye a partir de los siguientes cuatro elementos:

1- Un aspecto cierto: La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria.

El primer elemento de la figura en estudio es un **componente fáctico**: la existencia objetiva, con anterioridad al hecho dañoso, de una

13 Ver *infra*, la Sección V, punto 1-d.
14 Según veremos, *a priori* la figura parece contradecir la exigencia de certeza del daño indemnizable. Pero el pensamiento jurídico contemporáneo se ha encargado de desmitificar tales recelos, al exigir la existencia de una oportunidad seria y descartar las meras especulaciones. Los aspectos aleatorios se depuran, castigando el *quantum debitor*.
15 V. **SALLET**, Frédérique: **La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique**. Préface de Jacques Moreau. L.G.D.J., Paris, 1994, p. 2 y ss.
16 Recordemos cómo dicha expresión, que históricamente se limitó rígidamente al daño emergente y al lucro cesante (daños económicos), se ha dilatado progresivamente, para recibir dentro de su esfera semántica a los daños extrapatrimoniales.
17 V. **LE TOURNEAU**, Phillipe y Loïc **CADIET**: **Droit de la Responsabilité**, Dalloz, 1998, p. 213. Según la Corte de Casación francesa, “l’élément de préjudice constitué par la perte d’une chance presente un caractère certain chaque fois qu’est constatée la disparition (...) de la probabilité d’un événement favorable encoré que, par définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine”. (Cass. Crim., 6 juin 1990, citada por **CHARTIER**, Ives: **La réparation du préjudice**. Dalloz, Paris, 1996, p. 13.
18 V. **ZIVIZ**, Patricia: *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, en **Responsabilità Civile e Previdenza**. Rivista bimestrale di doctrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol LXIII, No. 3., 1998, pp. 705-727.
19 **PÉREZ VARGAS**, Víctor, *opus citatem*, p. 427.

20 El primer caso registrado data del 17 de julio de 1889 y se refería a la responsabilidad de un mandatario judicial por la omisión de interposición de un recurso en tiempo útil; tema, éste, que es recurrente en la jurisprudencia sobre pérdida de chances. V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN)**, 3e édition, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91
21 *Ibidem*. Vease la tipología que se presenta en la Sección V.
22 El paralelismo de las jurisprudencias judicial y administrativa se reflejó en la admisión casi simultánea de la pérdida de chance en materia médica, acaecida en ambas sedes a mediados de los años sesenta del Siglo anterior. V. **SALLET**, *op cit.*, p. 3 y ss.
23 *Ibidem*. Ver también: **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, Paris, 1996, p. 197 y ss.
24 “Si parla –in generale—di perdita di chances, quando la condotta colpevole del danneggiato abbia influito in termini negativi sull’ottenimento di un certo vantaggio e, nel contempo, non possa essere dimostrata la sussistenza di un nesso causale tra la perdita del vantaggio e la condotta colpevole, essendo tale risultato positivo per definizione aleatorio. In casi del genere, il dubbio connesso al giudizio di causalità si riflote sul tipo di danno che può essere risarcito: il pregiudizio viene incarnato, infatti, non già nella perdita del vantaggio sperato, bensì nella perdita delle chances favorevoli che quel risultato potesse essere ottenuto e che sono state vanificate dal comportamento del danneggiante. Le conseguenze sfavorevoli subite dalla vittima, pertanto, non assumono la natura di un danno futuro, ma sono rappresentate da un pregiudizio attuale consistente nella perdita di un’occasione favorevole.” **ZIVIZ**, *op.cit.* p. 707.

oportunidad **real y seria** de evitar una pérdida o de obtener un beneficio²⁵. La oportunidad jurídicamente relevante no puede basarse en meras conjeturas o especulaciones, sino que ha de cimentarse sobre circunstancias concretas anteriores al evento dañoso, a partir de las cuales se pueda anticipar el mantenimiento o el desarrollo de un curso de acontecimientos favorable al sujeto afectado. El examen retrospectivo del *status quo ante* (el estado de cosas previo al hecho dañoso) debe mostrar, en estado germinal, la simiente de otro estado de cosas preferible. Esta es, propiamente, la **oportunidad** que ostentaba el perjudicado antes del evento dañoso, y que resulta frustrada como consecuencia de éste. La pre-existencia objetiva de la oportunidad constituye un **hecho** que ha de ser acreditado con base en los elementos comunes de prueba.

Para ser jurídicamente relevante, la oportunidad ha de ser **seria**, es decir, con probabilidades razonables de realización, conforme al curso ordinario de los acontecimientos. El requisito de seriedad permite colar y descartar los reclamos fantasiosos y extravagantes²⁶.

Es importante resaltar que el carácter *potencial* de la oportunidad en modo alguno demerita su carácter de **hecho jurídico**, es decir, su condición de segmento de la realidad digno de reconocimiento y tutela --presuponiendo, claro está, su licitud y su concordancia con los valores del ordenamiento jurídico²⁷--.

El reconocimiento, por el Derecho, de la **realidad ontológica** y del **valor actual** de las

oportunidades, concuerda con el reconocimiento que, en otras disciplinas, se atribuye al mismo fenómeno. En el ámbito financiero, por ejemplo, el valor de los activos se ve decisivamente determinado por las proyecciones futuras. Lo dicho se hace patente, por ejemplo, en las transacciones de **fusión o adquisición de empresas**. Para calcular el valor de la empresa que se pretende adquirir o absorber, se pondera, a **valor presente**, su capacidad potencial para generar utilidades futuras. Tal proyección se cuantifica sobre la base de **datos objetivamente constatables**, como la cantidad de unidades productivas disponibles, el acceso a fuentes de financiamiento, el posicionamiento en el mercado, la clientela actual, el tamaño y la profundidad del mercado potencial, los recursos humanos disponibles --incluidos no sólo aquellos con los que ya cuenta la empresa, sino también los que ofrece el mercado--, la competitividad de los bienes o servicios, la situación regulatoria (permisos o concesiones administrativas), el entorno macroeconómico, etc. Todas estas variables permiten a los expertos en valoración de empresas²⁸, sustentar con razonabilidad de las proyecciones de generación de utilidades futuras, y ponerle un precio, hoy, a la compañía. La frustración de tales proyecciones originada en la interferencia nociva de otro, implica la desaparición de un valor económico preexistente. Dicho fenómeno, en el plano jurídico, puede ser planteado en clave de pérdida de oportunidad.

El reconocimiento jurídico del fenómeno de la oportunidad subyace en muchas figuras consagradas por el Derecho positivo. Por ejemplo,

en los institutos de la *patente de invención*²⁹ y del *establecimiento comercial e industrial*³⁰. Lo que define a la invención patentable es su aptitud potencial para las aplicaciones industriales. Lo que define al establecimiento comercial o industrial no es la conjunción agregativa de sus componentes individuales, sino **su teleología**: la organización empresarial a los fines de la generación de riqueza. El valor del establecimiento se determina, no mediante la suma de los valores individuales de sus elementos, sino con base en su **potencial sinérgico** para generar lucro. La Corte de Casación italiana ha comparado el fenómeno de la pérdida de chance con la pérdida del *avviamento* comercial³¹, donde la potencialidad del perjuicio en modo alguno opera en detrimento de su resarcibilidad.

2- Un aspecto incierto: La preexistencia de un álea.

El segundo componente de la figura de la pérdida de la *chance*, es la preexistencia de un **componente aleatorio**: el riesgo de no realización de la oportunidad. Al enfocarse el *status quo* anterior al evento dañoso, se verá al damnificado *emplazado* en una situación propensa a un desenvolvimiento favorable; pero también se podrán apreciar circunstancias objetivas que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad. Según veremos³², este margen de incertidumbre jurídicamente relevante es lo que distingue a la figura de la pérdida de chance de otras figuras como el daño futuro y el lucro cesante.

Conviene tener presente que si bien el concepto de pérdida de oportunidad entraña un álea, **éste no se indemniza**. Precisamente, de lo que se trata es de discernir las variables inciertas, para excluirlas de la indemnización. Al álea se le asigna una fracción porcentual que se excluye expresamente del *quantum debitur*, para dejar, únicamente, la fracción correspondiente a los aspectos ciertos del daño. Para efectos indemnizatorios, se **calcula la probabilidad** de la materialización de la oportunidad, de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos; o, dicho en otros términos, se descuenta el riesgo de no realización de la oportunidad³³. De esta forma, el concepto de pérdida de oportunidad **no viene a contraponerse al principio de certeza del daño, sino a confirmarlo**.

3- Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal, atribuible al responsable.

El tercer elemento de la figura de la pérdida de chance es la **interrupción del curso causal normal** de los acontecimientos por virtud de un hecho --activo u omisivo³⁴-- atribuible al responsable, cuyo efecto es la erradicación o el debilitamiento de la oportunidad preexistente al hecho dañoso. La interferencia nociva se produce en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud. El hecho nocivo elimina o socava la oportunidad preexistente, pero no el álea preexistente. Eliminada la oportunidad, el dilema aleatorio se eterniza, de tal suerte que ya nunca se podrá

25 V. CHARTIER, *op.cit.*, p.14.
26 Ver *infra*, Sección V, 2, a.
27 V. PÉREZ VARGAS, Víctor: **Derecho Privado**, Tercera edición San José, pp. 149-191.
28 Ver: CARVAJAL ZAMORA, Jose Julio: **Metodología para la Valoración de una Empresa Industrial del Sector Calzado en Costa Rica**. Tesis para la Maestría Profesional en Administración y Dirección de Empresas. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, mayo de 2001.

29 Cfr. Ley 6867 sobre Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales.
30 Arts 478 y ss. del Código de Comercio.
31 Cass. 25.6.1981, n. 4137 y 4.5.1982, n. 2765, citadas por Guido ALPA, *op.cit.*, p. 516.
32 Ver *infra*, Sección IV.
33 Ver *infra*, Sección VI.
34 Típicamente, en la responsabilidad médica: La omisión de tratamientos o diagnóstico oportuno.

saber si aquélla habría de materializarse, a falta del hecho dañoso. La historia queda para siempre truncada, sin su capítulo final.

4- **Un resultado cierto: La supresión o reducción significativa de la oportunidad preexistente.**

A raíz de la acción u omisión atribuida al responsable, se constata un resultado cierto, también de naturaleza **fáctica**: La –usualmente irreversible– desaparición o la patente reducción de la oportunidad preexistente. Si antes del hecho dañoso el damnificado contaba con un posicionamiento favorable, ahora, *ex post facto*, resulta claro que tal condición, o ha desaparecido o ha menguado significativamente³⁵. Por ejemplo, si antes de una campaña difamatoria el damnificado ostentaba una trayectoria profesional exitosa y ascendente, de tal forma que era posible augurar el acceso a puestos y niveles de ingreso superiores, ahora, luego de la diseminación de imputaciones estigmatizadoras, resulta ser que las puertas se han cerrado, que las oportunidades han decrecido sustancialmente, y que el damnificado se ve repelido por la *élite* profesional a la que parecía destinado a pertenecer. El resultado de la interferencia nociva no es hipotético, sino un hecho constatable empíricamente, por medio de elementos comunes de prueba. Para demostrar la pérdida de chance, el actor debe acreditar dos órdenes de hechos: Por un lado, las circunstancias que preexistían al evento dañoso. Por otro, las circunstancias resultantes de la acción u omisión del responsable.

III. **La discusión sobre el carácter indemnizable de la pérdida de chance.**

Los principales argumentos *en contra* del carácter resarcible de la pérdida de oportunidad suelen orbitar en torno a cinco centros gravitacionales: 1. Si se trata o no de un *daño*, en el sentido técnico del término. 2. Si se trata de un *daño cierto*, o si, por el contrario, se trata de una mera especulación conjetural de lo que pudo ser. 3. Si se trata de un *daño* susceptible de medición y cuantificación; 4. Si ha de calificarse como *daño actual* o si, por el contrario, se trata de un *daño futuro*; y 5. Si se trata de un *tertium genus*, o si la figura puede reducirse a alguna de las categorías tradicionales de *daño indemnizable*. Analicemos cada uno de ellos.

1- **¿Es un daño?**

Para quienes gustan de la simetría y el orden, la noción de pérdida de chance es un tanto incómoda, pues se resiste a una clasificación neta. ¿Es, como lo son el lucro cesante y el *daño emergente*, un *daño económico*? ¿Es, como lo son el *pretium doloris* y el *daño de afección*, un *daño moral*? ¿Es, *per se*, un *daño*, o acaso no es sino –zahieren algunos escépticos– una técnica para ahuyentar el fantasma de la incertidumbre?

El mejor modo de abordar la cuestión es partir del concepto jurídico de *daño*. Menuda tarea, pues ya sabemos que los conceptos jurídicos de uso más común suelen ser los más polisémicos y los que mayor espacio dejan a la discreción de los adjudicadores³⁶.

En el Derecho moderno de la responsabilidad civil, el concepto de *daño indemnizable* –en sentido amplio– se nutre de sendos componentes agregativos que conviene analizar: Uno fáctico y otro normativo. El *daño* es, a la vez, un hecho –sujeto a prueba–, y una categoría jurídica –una *fattispecie*–. Para que un reclamo indemnizatorio pueda tener éxito, deben reunirse ambos elementos: La prueba de circunstancias fácticas y el *encuadramiento* de ese fenómeno en una categoría dentro de un catálogo conceptual –que no es taxativo, pero sí intersubjetivamente selectivo– que aglutina el elenco de los “**daños indemnizables**”. Por ejemplo: Si yo pruebo que la destrucción de mi vehículo nuevo me generó una profunda frustración, pero la comunidad de entendidos –y, en especial, los adjudicadores–, consideran que el amor a las cosas no es un *daño moral* de afección indemnizable, probé el aspecto fáctico, pero no el encuadramiento en una categoría normativa respetable y aceptada intersubjetivamente como meritoria de una indemnización³⁷. Así ocurrió durante años con muchas de las categorías de *daño moral* que hoy día son de aceptación generalizada. En una época pretérita el *daño de moral afección* por la pérdida de seres queridos y el *daño estético* no eran miembros del exclusivo club de los *daños indemnizables*. Hoy lo son.

Analicemos con mayor profundidad ambos elementos –el fáctico y el normativo– del concepto jurídico de *daño indemnizable*.

En primer lugar, el *daño indemnizable* tiene un **componente de hecho**. El hecho nocivo implica una modificación desfavorable en la realidad *actual o potencial* del damnificado. De

este modo, el evento dañoso origina, bien una modificación del estado de cosas preexistente, o bien una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso dinámico favorable. En el primer caso, el *daño* se aprecia sin mayor esfuerzo, por contraste entre el *antes* y el *después*: Antes del evento, la víctima tenía un vehículo impecable; después, le quedó una masa de chatarra. En el segundo caso, la apreciación del *daño* requiere una labor intelectual un tanto más sofisticada de proyección del curso probable de los acontecimientos a falta del hecho atribuido al demandado. El análisis del lucro cesante exige este ejercicio de razonamiento retrospectivo-prospectivo de lo que hubiera ocurrido a falta del hecho calificado provisionalmente como dañoso. Al analizar el elemento fáctico del *daño*, la materia prima es el discurso descriptivo de la realidad del damnificado antes y después del evento dañoso. Sin embargo, ese insumo es, a menudo, insuficiente. A veces es indispensable, al menos en lo que concierne al lucro cesante y a *daños futuros*, figurar un estado de cosas virtual que, por tal, carece de correspondiente en la realidad. Si hablamos de *daños futuros*, como, por ejemplo, los dispositivos ortopédicos que requerirá de por vida una persona permanentemente discapacitada, el operador no tiene otro camino que anticipar los *daños futuros* con base en las estadísticas de expectativa de vida, pero nadie puede anticipar el futuro: La persona puede vivir más o menos.

Por otra parte, el concepto de *daño indemnizable* tiene un **componente normativo**. La ley y la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, han ido desarrollando

35 “Mais il existe une certitude, qui justifie une indemnisation: cette chance de réaliser un gain, ou d’éviter une perte, et qu’il était dans l’ordre possible –sinon probable– des choses, ne peut plus se produire.” CHARTIER, Yves, *op. cit.*, p. 14.

36 En palabras de PERELMAN, “...plus les notions juridiques applicables sont vagues et indéterminées, plus grand est le pouvoir d’appréciation laissé aux juges.”. PERELMAN, Chaïm: *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*. En: **Les notions à contenu variable en droit**. Etudes publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, Bruylant, Bruselas, 1984, p. 365.

37 Sobre el carácter no indemnizable del *daño moral* por la destrucción de un vehículo nuevo, ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 2005-00108 de las 9:40 horas del 18 de febrero de 2005.

categorías conceptuales o tipologías de lo que se *deben considerar* daños indemnizables. Esto significa que no toda mutación fáctica desfavorable del *status quo* del damnificado “tipifica” dentro de alguna de las categorías conceptuales aceptadas intersubjetivamente como daños indemnizables. En la actualidad, la definición de tales categorías corresponde, fundamentalmente, a la jurisprudencia, aunque en algunos sectores el legislador interviene en la definición de un determinado elenco oficial de daños indemnizables³⁸.

La noción de pérdida de chance u oportunidad se construye a partir de ambos componentes: el fáctico y el normativo. A nivel fáctico, es un hecho sujeto a prueba determinar si el actor gozaba de oportunidades serias y reales para aspirar a la conservación o a la realización de un estado de cosas favorable. Por ejemplo, si lo que se reclama es la pérdida de oportunidad de realización profesional como arquitecto, de gran utilidad sería probar que a la fecha del acaecimiento del evento calificado como dañoso el actor cursaba un año avanzado de la carrera de Arquitectura, y que su trayectoria estudiantil estaba adornada de buenas calificaciones. Tal prueba permite inferir, razonablemente y sin necesidad de incurrir en especulaciones, que la persona gozaba de una oportunidad seria y concreta —que no ostenta el ciudadano común que jamás puso un pie en la Facultad de Arquitectura—que obtener las acreditaciones necesarias para

el ejercicio de la profesión en cuestión. Si, en virtud de un evento atribuible al demandado, tal carrera se ve truncada, es muy claro que las oportunidades concretas, patentes y demostrables que el damnificado ostentaba antes del hecho dañoso, han sido suprimidas.

A nivel jurídico, la admisión o no de la pérdida de chance, como categoría abstracta de daño indemnizable, depende, en mucho, de reconocimiento de la figura en el ámbito intersubjetivo de los entendidos. Asidero a nivel positivo, lo hay: En el principio general de justicia del artículo 41 de la *Constitución Política* y en la dúctil locución “daños y perjuicios” presente en las grandes cláusulas de responsabilidad obligacional y aquiliana (artículos 702 y 1045 del *Código Civil*).

2- ¿Es un daño cierto?

La principal crítica que se suele dirigir contra la figura en estudio es el carácter incierto o hipotético de las chances cuya indemnización se pretende. Pero, en realidad, lo que es incierto no es la oportunidad, sino su realización. La oportunidad, propiamente dicha, constituye un dato cierto constatable a partir de la apreciación objetiva de circunstancias fácticas. El que no se conozca o pueda conocer con certeza cuál hubiera sido el resultado final a falta del hecho dañoso, no implica que el daño sea incierto o hipotético, ya que sí se sabe, con certeza, el estado fáctico de probabilidad anterior

38 Por ejemplo, el artículo 194 de la *Ley General de la Administración Pública* estatuye que en materia de daños especiales o discriminatorios originados en la conducta lícita del Estado, es únicamente indemnizable el daño emergente, y no el lucro cesante. Otro ejemplo es el artículo 706 del *Código Civil*, que limita los daños indemnizables a causa del incumplimiento de obligaciones pecuniarias, a las consecuencias meramente económicas, indemnizables por vía de intereses. Los daños morales están implícitamente excluidos.

al evento, esto es, la **pre-existencia objetiva de la oportunidad**³⁹; y se sabe, también, el resultado cierto del evento dañoso: La desaparición definitiva o la significativa reducción de la oportunidad pre-existente. La pérdida de chance es un fenómeno histórico que ha de ser demostrado *in concreto* por medio de los elementos comunes de prueba.

Cabe recordar, en cuanto a la certeza de la pérdida de chance, el siguiente pasaje de los **MAZEAUD y TUNC**⁴⁰, relativo al caso arquetípico tomado de la jurisprudencia francesa de finales de Siglo XIX⁴¹: la pérdida de oportunidad de ganar carreras de caballos —originada, v.gr., en la tardanza de un transportista que, a sabiendas del objeto de su contrato⁴², por culpa impide que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera--:

“Las probabilidades que se han perdido no son siempre “los castillos en el aire” de Perrette y de su cántaro de leche. A veces son reales. Ciertamente, la víctima aduce un perjuicio que contenía una virtualidad y eso es lo que hace sean

cuales sean las cualidades del caballo, nadie puede afirmar que habría llegado primero, y por eso no puede reclamar el premio su propietario; pero, al negarle a ese propietario una suma igual al premio, tal vez se le causa una injusticia, porque nadie puede sostener que el caballo no habría ganado la carrera. Pero, como observa muy exactamente LALOU, el perjuicio no deja de ser menos cierto: el caballo tenía una probabilidad de llegar; esa probabilidad es la que se ha perdido; y esa probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, que, aun cuando sea difícil de avaluar, no deja de ser menos indiscutible.”

Cabe observar, finalmente, que vínculo causal se establece entre el hecho generador y la desaparición de la oportunidad preexistente al evento dañoso. Por ello es que no se trata de un daño incierto o hipotético, en la medida en que no se presupone la realización de la oportunidad, sino tan sólo su existencia.

39 En palabras de **TAMAYO**: “A primera vista, podría decirse que no hay lugar a la indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no había la seguridad de que la víctima hubiera obtenido el beneficio esperado, en caso de no haber mediado la conducta ilícita del demandado. //Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar puesto que el daño sí es cierto y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo, dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos.” “...cuando el demandado ha privado a la víctima de la posibilidad de obtener un beneficio, entonces se produce un daño que debe ser indemnizado, y cuya evaluación se hará teniendo en cuenta el número de probabilidades que tenía el actor de haber conseguido la ganancia.” **TAMAYO**, Javier: **De la Responsabilidad Civil. Tomo IV. De los Perjuicios y su Indemnización**. Temis, Bogotá, 1999, pp.32-35.

40 **MAZEAUD**, Henri y León; **TUNC**: André: **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. Tomo I, Volumen I. Traducción de la quinta edición francesa, por Luis **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 312.

41 Limoges, 24 de marzo de 1896. Ibid.

42 Cabe acotar que en el Derecho civil francés de los contratos, únicamente son indemnizables los daños previsibles, salvada la hipótesis de dolo. Esto no aplica en el Derecho costarricense, donde el deudor sí responde por los daños imprevisibles concatenados con el incumplimiento de la obligación. Así fue resuelto en el caso de un transportista que, sin preverlo, causó con su tardanza en el transporte internacional de un motor, que un vehículo pudiera participar en una carrera automovilística: Sala Primera de la Corte, 214-F-S1-2009.

3- ¿Es un daño indemnizable?

Otro de los dardos que suelen lanzarse contra la figura de la pérdida de chance, apunta a las dificultades intrínsecas que ofrece la valoración de oportunidades, a los fines de la liquidación del *quantum debitur*. Y es que, si bien el adjudicador puede –en los casos en los que tal información ha sido recabada como parte del acervo probatorio– apoyarse en estadísticas, a los fines de establecer un porcentaje de probabilidades de realización del evento favorable, la determinación en definitiva nunca deja de ser prudencial, aproximativa y –si se quiere– arbitraria.

El antídoto contra el veneno de la crítica apuntada fue descubierto desde hace muchos años, y no es otro que aquel que en su momento patentó el daño moral para fraguarse una plaza dentro de la lista oficial de daños indemnizables: El hecho de que un perjuicio pueda presentar dificultades de evaluación, no lo hace menos indemnizable. En el Derecho moderno de la Responsabilidad Civil son muchas las hipótesis de daños indemnizables cuya cuantificación matemática es imposible⁴³. ¿Cómo valorar el *pretium doloris*? ¿Cómo darle un precio al oprobio y la estigmatización? ¿Cómo se puede traducir a una suma pecuniaria el riesgo de confusión generado entre el público consumidor por los productos apócrifos? Todos estas categorías de daño indemnizable ofrecen la misma dificultad y, respecto de todos ellos, es en última instancia el juez quien fija el *quantum* indemnizatorio, en ejercicio de sus poderes soberanos de apreciación. La falta de parámetros precisos para la medición del

daño o para su cuantificación, no constituye, *per se*, un obstáculo insalvable para reconocer el carácter indemnizable de un daño.

4- ¿Es un daño futuro?

La teoría general de la responsabilidad civil suele distinguir entre daños actuales y daños futuros. Los primeros son los que ya se han materializado a la **fecha focal** del análisis, entendida, ésta, como la fecha en que se sitúa intelectualmente el operador jurídico. Los segundos son los que, a la misma fecha, se representan como hechos futuros ciertos. Esta clasificación atañe tanto al daño emergente como al lucro cesante. Daños emergentes actuales serían, por ejemplo, los costos ya incurridos por el damnificado para auto reparar o aminorar el daño, *v.gr.*, la reparación del vehículo colisionado. Daños emergentes futuros serían, por ejemplo, los gastos en dispositivos ortopédicos que una persona permanentemente incapacitada deberá incurrir durante el resto de su vida. Lucro cesante actual serían las ganancias que, a la fecha focal del examen, ya debían haber ingresado al patrimonio del damnificado. Lucro cesante futuro serían las ganancias proyectadas para materializarse en una fecha posterior a la fecha del análisis. La diferencia fundamental entre los daños actuales y los futuros es que, respecto de éstos, el operador jurídico debe *pronosticar* lo que habría de ocurrir en un futuro. Respecto de los daños actuales, el operador cuenta con mayores elementos de juicio, *históricos*, para inducir qué hubiera ocurrido, probablemente, a falta del evento dañoso. Esto no excluye, sin embargo, que deban realizarse suposiciones, apoyadas en datos objetivos.

El estudio de la casuística jurisprudencial en el Derecho comparado revela que, generalmente, las pérdidas de oportunidad consideradas indemnizables son las ya consumadas. Una pérdida de oportunidad futura parece ser demasiado hipotética como para abrir espacio a la indemnización. Por ejemplo, si a raíz de una falta médica, un sujeto queda con propensión a sufrir, en el futuro, una afectación de la salud, pero al presente se encuentra en perfecto estado físico, la tendencia de los adjudicadores es ver un daño hipotético, no indemnizable. Aunque, según veremos más adelante, bien puede hablarse, en tales casos, de un daño consumado: el riesgo **actual** de un daño futuro, el cual es susceptible de indemnización, *per se*⁴⁴. Ahora bien, si a la fecha focal del análisis, la pérdida de oportunidad se presenta como un hecho histórico, y ya se cuenta con certeza de la desaparición definitiva de una oportunidad única e irreplicable, *v.gr.*, de curación, el reclamo cuenta con mayores posibilidades de éxito, en clave de pérdida de chance. Como se expuso anteriormente, uno de los elementos de la pérdida de chance es la **pre** existencia objetiva de la oportunidad. De allí que, según veremos enseguida, algunos consideren que la pérdida de oportunidad sea una **especie del género daño actual consumado**, en la medida en que se suprime un *bien*⁴⁵ que, de previo al evento dañoso, ya integraba la esfera de intereses y derechos jurídicamente relevantes del damnificado.

5- ¿Es un tertium genus?

Otra de las discusiones que suele avivar la noción de pérdida de chance, es si se

la debe considerar como un tipo particular, *sui generis*, de daño indemnizable, o si, por el contrario, es reductible a alguna de las categorías indemnizatorias tradicionales (daño emergente, lucro cesante, daño moral). *A priori*, esta discusión parecería tener interés meramente académico. Sin embargo, lo que en definitiva se resuelva goza de decisivo interés práctico, a los fines de la aplicación del principio procesal de congruencia (*ultra petita*, *extra petita*). La pregunta, concretamente, es si hay que pedir, expresamente, la indemnización de pérdida de oportunidad; o si el juzgador dispone de espacio de discrecionalidad, a la luz del principio *iura novit curia*, para otorgar la indemnización de pérdida de chance, aun cuando ésta no haya sido pedida en forma expresa. En términos generales, cabe observar que la noción en estudio es encuadrable bajo el –hoy⁴⁶– dilatadísimo espectro semántico de la locución “daños y perjuicios”. De modo tal que si el actor reclama una indemnización integral de daños y perjuicios, no se vulnera el principio de congruencia si el juzgador concede una pérdida de chance. Sin embargo, si lo que se reclama es, específicamente, la indemnización de un “daño emergente”, un “lucro cesante” y/o un “daño moral”, cobra vigencia la discusión sobre si la figura de la pérdida de chance resulta ser una subespecie de alguna de dichas nociones, o si, por el contrario, se trata de un rubro autónomo cuya concesión habría de requerir una pretensión *ex profeso*.

Cabe observar que las opiniones doctrinales están divididas en torno a la clasificación de la pérdida de chance dentro de la tipología

43 V. VINEY, Geneviève et Patrice JOURDAIN: **Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GUESTIN)**, 3e édition, L.G.D.J., Paris, 2006, P. 91

44 Ver *infra*, Sección IV, 3.

45 En sentido amplio, comprensivo de cualquier interés económico o moral digno de tutela, ex art. 41 de la *Constitución Política*.

46 En épocas pretéritas, la expresión daños y perjuicios se circunscribía y limitaba a la mancuerna de daños económicos: *damnum emergens-lucrum cessans*.

tradicional de daños indemnizables. Para algunos, la pérdida de chance califica como un daño emergente, en la medida en que, al integrar el patrimonio del damnificado al momento del advenimiento del evento dañoso, su supresión implica un verdadero decrecimiento patrimonial, es decir, un daño actual consumado⁴⁷. Hay quienes, por el contrario, encuadran la pérdida de oportunidad como un daño moral⁴⁸. Otros, equiparan la noción a un lucro cesante al que se le descuenta el riesgo de no realización. Sin embargo, según veremos en la última parte de este trabajo, el estudio de la jurisprudencia comparada nos revela cómo la noción de pérdida de chance suele dar cabida a afectaciones sumamente heterogéneas, tanto patrimoniales -p.ej., la pérdida de la oportunidad de devengar ganancias y de evitar daños económicos-, sino también morales -v.gr., la pérdida de oportunidad de curación y supervivencia, y la pérdida de oportunidad de evitar daños morales de afección-.

Por nuestra parte, adherimos la tesis de que la pérdida de oportunidad viene a ser una especie de **daño**, sea económico o moral. La noción de daño -cuando se la contrapone al lucro cesante-, presupone un estado de cosas anterior al evento dañoso, caracterizado por la presencia, dentro de la esfera jurídica del damnificado, de un **bien** en el más amplio sentido, comprensivo de los derechos patrimoniales sobre cosas corporales e incorporeales, derechos de crédito, derechos de propiedad intelectual, valores de la personalidad y demás **intereses jurídicos** dignos de tutela, incluidos

los intereses morales de la persona (art. 41 de la *Constitución Política*). La oportunidad indemnizable suele ser una realidad fáctica digna de tutela por el ordenamiento, materializada en proyectos de vida, proyectos empresariales o negocios, carreras académicas, deportivas o profesionales y, en general, posiciones de ventaja concreta en las que el damnificado se ha emplazado de previo al hecho dañoso, y que poseen la aptitud para evolucionar hacia estadios fácticos preferibles. El evento que suprime la oportunidad suele cercenar transversalmente el proceso dinámico o evolutivo en que se encontraba el individuo justo antes del acaecimiento del hecho, en una coyuntura histórica donde resulta imposible saber si el estado de cosas preferible se haría realidad. Si se toma como punto focal ese corte y se mira hacia atrás, se podrán apreciar muchos tallos mutilados, es decir, las oportunidades perdidas. En síntesis: El evento dañoso viene a restar algo valioso que el damnificado ya tenía en su esfera jurídica, *ex ante*. Algo que siendo lícito, había de considerarse como digno de tutela y respeto, no sólo por el ordenamiento en general, sino por los demás sujetos que se relacionen con el individuo, en atención al principio *alterum non laedere*, piedra angular del contrato social. Este fenómeno calza dentro del concepto jurídico de daño: **Todo aquello que el damnificado perdió** como consecuencia del hecho atribuido al responsable.

El calificar la pérdida de chance como una especie del género daño tiene importantes consecuencias jurídicas, que conviene des-

tacar. En primer lugar, en cuanto concierne al **principio procesal de congruencia**, si el actor solicita una indemnización de daños y perjuicios, el adjudicador -sea juez o árbitro- no incurre en ningún vicio de *extra petita* al conceder la pérdida de oportunidad, pues ésta está comprendida dentro de la esfera de significados posibles de la voz daño⁴⁹. Por otra parte, en cuanto concierne a la **responsabilidad por actividad lícita y funcionamiento normal** de la Administración Pública, la pérdida de chance sería indemnizable al tenor de lo dispuesto en el artículo 194 del *Ley General de la Administración Pública*⁵⁰. La Administración debe indemnizar a al administrado el valor de las oportunidades perdidas, como contrapartida del beneficio recibido por la colectividad a raíz del sacrificio particular impuesto discriminatoriamente al individuo.

IV. Distinción entre la pérdida de chance y otros conceptos:

1- Distinción con el lucro cesante.

A diferencia del lucro cesante, que es un perjuicio económico, la pérdida de chance puede referirse tanto a aspectos económicos -incluida la pérdida de oportunidad de devengar un lucro, o la pérdida de oportunidad de evitar un daño emergente-, como morales: la pérdida de oportunidad de curación, o la pérdida de oportunidad de sobrevivencia, etc. El concepto en estudio es **más amplio**

en cuanto a contenidos que el lucro cesante, que claramente se encuadra como un tipo de afectación patrimonial: Las ganancias o réditos dejados de producir. En la pérdida de oportunidad la relación de causalidad se establece entre el hecho dañoso y la **pérdida de una oportunidad**, no sólo de lucrar, sino también de otras aspiraciones legítimas, no necesariamente patrimoniales, como conservar o recuperar la salud. Aparte de la mayor amplitud *temática* de la noción de pérdida de oportunidad, conviene fijar la atención en las diferencias relativas a la conexión causal y al objeto sobre el cual recae la existencia de certeza.

Para refinar el análisis comparativo -excluyendo otras modalidades de pérdida de chance-, contraponamos, únicamente, el **lucro cesante** y la **pérdida de oportunidad de obtención de lucro**.

El concepto de lucro cesante requiere una relación de causalidad entre el hecho dañoso y la **frustración de una ganancia**. Se requiere, por consiguiente, un grado de certeza de que, a falta del evento dañoso, el damnificado hubiera obtenido un beneficio patrimonial. En el lucro cesante la certeza recae sobre la frustración de una **ganancia** que el damnificado aún no tenía, mientras que en la pérdida de chance la certeza recae sobre la frustración de la **oportunidad** que el damnificado ya tenía, de lucrar o de acceder a tales o cuales fuentes de lucro. Obsérvese la diferencia de enfoque:

47 En tal sentido, **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 153. En el mismo sentido, la decisión adoptada en sesión unitaria por la Corte de Casación italiana el 19 de diciembre de 1985, citada por **ALPA**, op.cit., pp. 516-517, donde se considera a la chance como un elemento del patrimonio, es decir, un bien.
48 En tal sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 1999, con ocasión de la pérdida de oportunidad de impugnar una sentencia, a causa de la negligencia del abogado director. Citada por Elena **VICENTE DOMINGO**, op.cit., p. 262.

49 Así lo consideró la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Disexport*, que comentaremos más adelante: Sentencia número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.
50 Esta norma declara indemnizable el daño, pero no el lucro cesante:
Artículo 194.- 1. *La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.*
2. *En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante. (...)*

En un caso se tiene una razonable certeza de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el damnificado iba a realizar una ganancia. En otro, no se tiene plena certeza sobre la realización del lucro, pero sí sobre la existencia objetiva de las condiciones propicias para lucrar o para acceder a fuentes de lucro. La relación de causalidad se establece, en un caso, entre el evento dañoso y la supresión del lucro; y, en otro, entre el evento dañoso y la eliminación de la oportunidad de lucrar, o de acceder a niveles superiores de ingreso. *A priori*, parecería un juego de palabras, pero un examen casuístico permite reflejar la utilidad, la autonomía conceptual e, incluso –según veremos– la posible concurrencia de ambas figuras, que permiten calibrar y ajustar el sistema indemnizatorio a mayores grados de precisión y equidad.

El lucro cesante y la pérdida de chance de lucrar difieren en cuanto a sus **exigencias probatorias**. La carga de la prueba del lucro cesante es más pesada que la carga de la prueba de la chance de lucrar. Para probar el lucro cesante, usualmente se requiere demostrar, *in concreto*, la preexistencia de una relación jurídica específica, es decir, un título o un derecho de crédito del que pueda derivarse razonablemente la certeza de la ganancia anticipada. Por ejemplo, si lo que se reclaman son rentas, se exige la demostración, no solo de titularidad, sino de la preexistencia de un contrato o, al menos, de un precontrato de locación. Igualmente, si lo que se reclama es la frustración de una venta, es preciso acreditar la preexistencia de contrato o de un precontrato de compraventa, o al menos, de una oferta firme recepticia de concertación de un contrato. En materia de pérdida de chance, por el contrario, no es necesario demostrar la existencia de una relación jurídica específica. Basta con demostrar la titularidad sobre un bien

o derecho apto para la generación de réditos o frutos y la mutilación de la potencialidad de obtener ganancia a raíz del hecho dañoso. En el ejemplo del inmueble generador de rentas, si no se tiene un contrato específico de arrendamiento a los fines de probar el lucro cesante, puede inferirse la pérdida de oportunidad de lucro, prácticamente *in re ipsa*, a partir del hecho mismo de la interferencia nociva en la disponibilidad del bien o en su potencial locativo.

El lucro cesante y la pérdida de oportunidad de obtener ganancias difieren también en cuanto a sus **efectos**. En la pérdida de oportunidad de lucro lo que se indemniza es, únicamente, **una fracción** del lucro cesante proyectado. La fracción excluida corresponde al **factor aleatorio**, que cobra relevancia jurídica en la pérdida de oportunidad. No es que en el lucro cesante no hay un álea. En la mayoría de los casos lo hay, por la simple imposibilidad de garantizar con absoluta certidumbre qué hubiera ocurrido a falta del hecho dañoso. Lo que ocurre es que cuanto el adjudicador considera tener certeza *razonable* de que la ganancia se hubiera realizado, acoge integralmente el reclamo de lucro cesante, y el álea citado deviene jurídicamente irrelevante. En la pérdida de oportunidad la fracción indemnizada corresponde a la **probabilidad** de realización del lucro, es decir, al valor económico de la oportunidad de lucrar erradicada a raíz del evento dañoso. Sería incorrecto decir que el lucro cesante se indemniza integralmente y la pérdida de oportunidad no. Ambos rubros se indemnizan integralmente. Lo que ocurre es que, para constatar la oportunidad indemnizable es preciso, primero, calcular el lucro cesante total, como valor de referencia y luego depurarlo descontándole el riesgo de no realización de la ganancia.

En la indemnización del lucro cesante normalmente se pasa por alto –es decir, se considera jurídicamente irrelevante– el álea intrínseco a la realización efectiva de prácticamente cualquier ingreso futuro proyectado. Consideremos el siguiente ejemplo. En el caso *Micangeli vs. DHL*⁵¹, se concedió al actor, a título de lucro cesante, el 100% de la suma que, a título de patrocinio, iba a percibir un corredor por la conducción de un vehículo en la competencia automovilística “*Las Tres Horas de Costa Rica*”. El plan original se frustró a raíz de que no llegaron a tiempo al país, en virtud del incumplimiento del transportista demandado, las piezas necesarias para habilitar el vehículo en cuestión para la competencia. En la especie, se condenó a la empresa transportista a indemnizar el 100% de lucro cesante consistente en la suma total dejada de percibir por el patrocinio pactado con un tercero. Como puede apreciarse, la sentencia da por sentado el cumplimiento del patrocinador, con lo cual se prescinde de un **riesgo asociado al efectivo cumplimiento de todo contrato**. También se da por sentado que, de haber cumplido el transportista, las piezas iban a ser instaladas a tiempo, y el vehículo iba a estar habilitado para competir. Es **imposible** que el juzgador pueda tener total y absoluta certeza de que, a falta del evento dañoso –es decir, en caso de haber llegado a tiempo los repuestos del motor–, los eventos se hubieran desarrollado en tal o cual sentido. No es posible asegurar con 100% de certidumbre que el patrocinador hubiera cumplido debidamente la prestación convenida, ni, tampoco, que por vía de ejecución forzosa el derecho de crédito se hubiera necesariamente transformado en una

suma tangible de dinero. (¿Cuántos débitos se quedan sin pagar? ¿Cuántas sentencias sin ejecutar?). Lo cierto del caso es que, en materia de lucro cesante, no es posible –en la mayor parte de los casos–, que el adjudicador (juez o árbitro) tenga 100% de certeza de que, a falta del hecho dañoso, la ganancia se hubiera realizado. Lo que se puede llegar a tener es, ciertamente, un grado de convicción razonable, *ceteris paribus*. La presunción de un estado de cosas constante, que presupone que no habrían de emerger obstáculos ulteriores para la realización efectiva del lucro proyectado, constituye, *stricto sensu*, una conjetura; una supresión, si se quiere, arbitraria, de un álea. De lo cual se sigue que en el lucro cesante el factor aleatorio relativo a las vicisitudes normales que pueden afectar la efectiva percepción de la ganancia proyectada adquiere el *status* de hecho jurídicamente **irrelevante**. En el lucro cesante, un grado de certeza inferior al 100% le genera al damnificado una indemnización del 100%. Ahora bien, si las dudas adquieren un peso suficiente como para influir en el estado de convicción del juez sobre si, en efecto, tal lucro se hubiera realizado a falta del evento dañoso, lo normal, bajo un sistema indemnizatorio de **todo o nada**⁵², que prescinda de concepto de pérdida de chance, es el rechazo total de la demanda. La noción de pérdida de chance ofrece a los operadores y adjudicadores, **una vía alternativa al sistema del todo o nada**, donde el factor aleatorio se excluye de la indemnización, sin que, por ello, arrastre al vacío de la irrelevancia jurídica la certeza que pudiera recaer sobre la erradicación de las condiciones preexistentes, propicias y favorables a la realización de una ganancia proyectada.

51 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 214-F-S1-2009 de las 9:36 horas del 10 de marzo de 2009.

52 Ver *infra*, Sección V, 1 (c).

El lucro cesante y la pérdida de oportunidad de lucrar **pueden concurrir** en un mismo caso. Supóngase que, en virtud de un evento dañoso X, se le impide de por vida a una joven abogada continuar ejerciendo su profesión, actividad que, a la fecha del evento dañoso, le deparaba un ingreso mensual promedio de dos mil dólares estadounidenses. El cálculo de lucro cesante parte de la fuente cierta de lucro que gozaba la damnificada al momento del hecho, la cual podría ser el ejercicio de labores como abogada *junior* o abogada asistente en un bufete de abogados, labor por la que percibía los citados dos mil dólares mensuales, en promedio. Es claro que la proyección del lucro cesante implica la consideración de variables como la expectativa de vida productiva, la formación de un fondo de retiro, las proyecciones en el costo de la vida y del valor del dinero en el tiempo, etc. Sin embargo, un examen más minucioso permite observar que si esta persona, a sus veinticinco años ya gozaba de una posición profesional consolidada, es razonable presumir que a sus treinta y cinco o cuarenta y cinco años hubiera accedido a niveles profesionales más retributivos. Máxime si sus antecedentes personales, académicos y laborales denotaban excelencia, talento y una trayectoria ascendente. A esta persona no solamente se le suprimió el lucro cesante consistente en sus dos mil dólares mensuales de abogada *junior*, proyectados y ajustados en el tiempo que le restaba de carrera profesional, sino de la oportunidad de ascender, de escalar a niveles y posiciones superiores de ingreso, que son los que la Abogacía y cualquier otra disciplina reserva a sus cultivadores más esforzados. No sólo se le coartó el salario mensual, sino que se le suprimió la plataforma de lanzamiento, el sitio donde se había posicionado para alcanzar su legítima aspiración de impulsarse hacia un proyecto de crecimiento profesional.

Parece ser, incluso, contrario a la experiencia y a la lógica presumir lo contrario, a saber, que esta persona se iba a quedar de por vida cumpliendo funciones asistenciales, que eran las reflejadas y retribuidas mediante los dos mil dólares mensuales. En un caso como el descrito, parece muy claro que, *además* del lucro cesante apoyado en la certeza de una fuente establecida de lucro, debería abrirse espacio a una indemnización complementaria, adicional, por pérdida de oportunidad, a fin de colmar y satisfacer a plenitud las demandas de justicia del **principio de reparación integral**. Para calcular el valor económico de la oportunidad de crecimiento perdida, debería seguirse un método como este: Primero: Proyectar una curva de ingresos que considere el acceso escalonado y progresivo a niveles superiores de ingreso. Segundo: Proyectar una curva de ingresos que contemple el lucro cesante puro, el que parte de la conservación lineal del mismo ingreso como abogada asistente. Tercero: A la primera curva restar la segunda (la cual se indemniza integralmente a título de lucro cesante). Cuarto: Al saldo, se ha de calcular un factor de probabilidad, lo cual, según se verá, se realiza de modo empírico, prudencial, aunque bien pueden contribuir, de estar disponibles, datos estadísticos o comparativos (*v.gr.*, ¿Cómo evolucionó la vida profesional de un conjunto de personas con similares características?). Eliminado el factor aleatorio, queda un porcentaje destinado a indemnizar la oportunidad perdida.

Consideremos otro ejemplo de **conurrencia de lucro cesante y pérdida de oportunidad**, ahora en el ámbito empresarial. Supóngase que, en virtud de un evento dañoso, una empresa de transportes se ve privada de activos equivalentes a un millón de dólares. El análisis de lucro cesante ha de tomar en cuenta la capacidad productiva y lucrativa

que ostentaba la empresa al momento del evento dañoso, incluyendo variables como la flotilla de vehículos que se disponía antes del evento, la cuota de mercado de la empresa, los recursos humanos con que contaba la compañía, la estructura de costos, etc. Sobre la base de tales elementos ciertos -históricos-- de la organización productiva de la empresa, es posible realizar una proyección razonable de las utilidades netas que hubiera generado la empresa sin necesidad de nuevas inyecciones de capital. Sin embargo, este análisis puede resultar insuficiente, si existen bases serias para considerar que la empresa tenía posibilidades de crecimiento a partir de la reinversión de utilidades, por ejemplo, en la adquisición una flotilla de vehículos adicionales y la expansión de sus operaciones. En este punto, la figura de la pérdida de oportunidad puede ser útil para compensar las posibilidades de crecimiento frustradas a raíz del evento dañoso. El concepto de pérdida de oportunidad puede ser muy útil para balancear la certeza incuestionable de las posibilidades de crecimiento con el álea del eventual comportamiento del mercado.

2- Distinción con el costo de oportunidad

El concepto económico y financiero del costo de oportunidad alude al valor del aprovechamiento alternativo de los recursos económicos. Esta noción muestra, en el plano económico, la más amplia regla de la vida de toda elección implica, al mismo tiempo, una renuncia.

El concepto jurídico de pérdida de chance puede coincidir con el concepto económico de costo de oportunidad, pero *no necesariamente*. Veamos: Si un sujeto ha invertido 100 unidades monetarias en una negociación que luego se trunca debido a que la contraparte ha

roto las tratativas en forma abusiva, el costo de oportunidad abarca, en términos generales, el valor económico de la asignación de las 100 unidades monetarias a una negociación o actividad lucrativa alternativa. *Jurídicamente*, el referido costo de oportunidad puede desagregarse o descomponerse en distintos daños indemnizables, comprensivos de daños emergentes, lucro cesante y pérdida de oportunidad. El daño emergente estaría integrado por dos partidas: las 100 unidades monetarias erogadas sin contrapartida útil y la fracción del capital erosionada a consecuencia de la inflación y la depreciación monetaria. El lucro cesante serían los rendimientos mínimos de crecimiento que un capital de 100 le hubiera podido deparar a su titular, *v.gr.*, una inversión a plazo en un banco estatal, durante el plazo en cuestión. La pérdida de oportunidad serían las opciones negociales más lucrativas y menos conservadoras que el damnificado dejó pasar o dejó de emprender por estar atado a la negociación truncada. La pérdida de oportunidad se ubica en una banda de rendimiento superior al lucro cesante, pero se ve castigada por la depuración del factor aleatorio; aunque, como puede apreciarse, son rubros independientes, agregativos. En suma, sería razonable suponer que, por la no disposición de un capital de 100, el damnificado sufrió: 1. Un daño emergente equivalente a los costos hundidos. 2. Un daño emergente equivalente los puntos porcentuales necesarios para restituir el valor original del capital (puntos de indexación). 3. Un lucro cesante equivalente a los puntos porcentuales que una inversión conservadora le hubiera generado al titular, de haber tenido el capital en su poder; y 4. Una pérdida de oportunidad de obtener rendimientos adicionales, en exceso del lucro cesante. Todos estos rubros encuadran dentro de la noción económica de costo de oportunidad.

3- *Distinción con el riesgo de daño futuro*

La creación de riesgo tiene dos roles claramente distinguibles en el universo conceptual de la responsabilidad civil. En un caso --el más común--, el riesgo creado funge como **factor de atribución** de responsabilidad, usualmente objetiva⁵³. En otro --menos conocido y poco estudiado por la doctrina--, la creación de un **riesgo** --también llamada **peligro de daño futuro**⁵⁴--constituye una **categoría de daño**, indemnizable *per se*⁵⁵. En esta hipótesis, la creación del riesgo es, en sí misma, el daño indemnizable, y puede derivar de la culpa o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad. La doctrina francesa⁵⁶ recoge, entre otros, los siguientes ejemplos tomados de sus repertorios de jurisprudencia: El riesgo de muerte originado en la pérdida de un órgano, el riesgo de agravación de un incendio a causa la instalación de reservas de combustible en zonas residenciales, el riesgo de confusión de la clientela en la competencia desleal, el riesgo de desprotección originado en la omisión de contratar seguros obligatorios, etc. Todos estos riesgos actuales de daños futuros constituyen daños indemnizables en cuanto tales.

El riesgo o peligro de daño futuro se compone de los siguientes elementos:

- a- Un estado de cosas ex ante, caracterizado por una situación de riesgo (X);

- b- El acaecimiento de un hecho (activo u omisivo), atribuible, al responsable y que viene a modificar negativamente status quo ante.
- c- El surgimiento -como consecuencia del hecho atribuible al responsable-, de un nuevo estado de cosas ex post, caracterizado por la emergencia de un riesgo actual y serio de un mal futuro (Y), que bien puede ser la agravación de la situación de riesgo preexistente (X + Y).

El riesgo **actual** de daño futuro puede ser considerado como un daño indemnizable *per se*; sin que sea necesario, a los fines de su indemnización, esperar a ver si se materializa o no el riesgo. De la comparación entre el estado de cosas *ex ante* y el estado *ex post*, se puede evidenciar la naturaleza **cierta** del riesgo de daño futuro, siempre que se trate de un riesgo serio, objetivamente aprehensible y susceptible de demostración. Así como en la pérdida de oportunidad no se indemnizan los sueños fantasiosos -los “castillos en el aire” de los **MAZEAUD**-, en el riesgo futuro no se han de indemnizar los malos presentimientos ni los presagios agoreros.

El surgimiento de un nuevo riesgo puede constituir un **dato objetivamente constatable**, y cuando es el efecto de un hecho atribuible a otro en virtud de un factor de atribución de responsabilidad civil, un **daño indemnizable**. Por ejemplo: Si el nuevo riesgo es la mayor

propensión a padecer problemas de salud, es claro que las primas de los seguros de vida que el damnificado se proponga tomar a futuro se incrementarán, al haberse incrementado el riesgo general de siniestralidad. Además el nuevo riesgo pasa a integrar el elenco de condiciones preexistentes, que quedarán excluidos de cobertura al tomar una póliza de gastos médicos. Los efectos **actuales** del riesgo de daño futuro no se agotan en las cuestiones de la accesibilidad o el precio de los seguros, sino que, en cuanto concierne a temas de salud, puede imponer un determinado estilo de vida al damnificado, al punto de tener que verse privado de ciertas actividades o goces, y de tener que vivir bajo la presencia constante de una espada de Damocles. Si el nuevo riesgo es la instalación -a contrapelo de las regulaciones urbanísticas- de una fábrica de municiones y explosivos en una zona residencial, el efecto inmediato pue-de ser el desmedro del valor venal de los inmuebles circunvecinos.

Cabe advertir que no suele ser tarea sencilla convencer a los adjudicadores de que el riesgo de un daño futuro sea un riesgo **actual** y cierto y, por tanto, indemnizable. Algunos juzgadores tienden a ver una simple conjetura, una posibilidad hipotética no susceptible de indemnización. Así lo consideró la jurisprudencia argentina --bajo la crítica de un destacado autor⁵⁷--, en el caso de un niño recién nacido que, en la sala de neonatología, fue asperjado con agua excesivamente caliente. En tal caso, la prueba pericial consideró que había un riesgo de daños en el epitelio germinal (productor de espermatozoides), pero que habría que

esperar a que el niño se desarrollase para poder hacerle un espermograma concluyente.

Comparemos las figuras de la pérdida de chance y el riesgo de daño futuro.

En la **pérdida de chance**, el damnificado tiene, de previo al evento dañoso, una oportunidad seria de acceder a un estado de cosas preferible o de evitar un perjuicio. Es, entonces, a raíz del evento atribuido al responsable, que esa oportunidad **pre-existente** desaparece o decrece sustancialmente. Desde este punto de vista, la noción pérdida de chance viene a ser una especie de daño actual consumado, pues implica la desaparición de un bien que el actor ya tenía dentro de su esfera de derechos e intereses jurídicamente relevantes. Por lo general, a la fecha focal de la demanda la pérdida de chance suele representarse como un hecho histórico⁵⁸. En la creación de riesgo futuro el esquema se invierte: el efecto del hecho atribuido al demandado no es hacer *desaparecer* una oportunidad preexistente, sino hacer *surgir el riesgo de un daño futuro*.

Las figuras *pérdida de chance* y el *riesgo de daño futuro* comparten sendos denominadores comunes: **1.** La existencia de un **elemento cierto**, con la diferencia de que en la pérdida de chance el elemento cierto es la *desaparición* de una oportunidad pre existente, mientras que en el riesgo futuro es el *surgimiento* de un nuevo riesgo; y **2.** La existencia de un **elemento aleatorio** que debe ser descontado de la indemnización. Si lo que se indemniza es el riesgo actual de un evento desfavorable futuro e incierto, la indemnización debe descontar la probabilidad de que no llegue

53 Aunque también cabe la creación culpable de riesgos.
54 V. **ZANNONI**, Eduardo: El beneficio o ganancia Frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro), en : **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 89-109.
55 V. **VINEY**, Geneviève et Patrice **JOURDAIN**: **Les conditions de la responsabilité**, op.cit., p. 91.p. 88-89.
56 Ibidem, nota 412.

57 V. **ZANONI**, op. cit., pp. 100-102.
58 En tal sentido, ver **MAZEAUD-TUNC**, op.cit., p. 307.

a materializarse el riesgo. Si lo que se indemniza es la pérdida de chance, se debe descontar la probabilidad de que no se hubiera llegado a realizar la oportunidad. La diferencia radica en que en la figura de la pérdida de oportunidad el componente aleatorio se ubica cronológicamente en el estado de cosas *ex ante*; mientras que en la figura del riesgo de daño futuro el componente aleatorio se ubica temporalmente en el estado de cosas *ex post*.

V. Funciones legítimas e ilegítimas del instituto de la pérdida de oportunidad:

Conviene discernir las funciones legítimas que puede asumir la pérdida de chance –acordes, como se verá, con el principio de reparación integral–, de otras ilegítimas. Ello contribuirá a disipar algunos resquemores apriorísticos y a demostrar la robustez científica de la figura en estudio.

1- Funciones legítimas:

La noción de pérdida de chance tiene una cuádruple función: **a)** Permite demarcar los límites del perjuicio causado; **b)** Permite establecer sólidamente el vínculo de causalidad; **c)** Sirve al principio de reparación integral, al ofrecer una solución alternativa a los excesos del sistema del “todo o nada”; y **d)** Funge como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia causal. Estudiemos cada una de dichas funciones legítimas.

a- Delimitar el daño:

La figura de la pérdida de chance funge, en primer término como instrumento conceptual útil para deslindar los aspectos ciertos -y, por tanto, indemnizables- del daño, de los

aspectos inciertos –que, en cuanto tales, no son susceptibles de resarcimiento–. La figura presta sus servicios al principio de reparación integral, en dos sentidos: Por un lado, elimina el exceso, al depurar y excluir de indemnización de las consecuencias hipotéticas, meramente conjeturales. Por otro, remedia el defecto, al rescatar fenómenos nocivos objetivamente constatables que, de otro modo, podrían ser absorbidos por el agujero negro de la irrelevancia jurídica.

Al segregarse los aspectos hipotéticos, el reclamo indemnizatorio cobra una mayor credibilidad. El “resto reservado”, es decir, la oportunidad perdida, sí puede ser descrito y probado por los medios de prueba de un hecho. Tal credibilidad se logra al concentrarse la atención en aquellas afectaciones objetivamente constatables, a los fines de satisfacer el requisito de certeza del daño.

Ejemplo: Concluida la etapa de organización e inversión pre operativas, una empresa de transporte aéreo de mercaderías incursiona en un determinado segmento del mercado o ruta comercial (ej, San José-Madrid), habiendo habilitado dos aeronaves a la prestación de los servicios. En los primeros meses de operación, la empresa se posiciona en el mercado y obtiene una cuota creciente de participación en el mercado de importaciones y exportaciones, desde y hacia ambos extremos de la ruta mercantil. La empresa tiene proyecciones de generación de renta y de reinversión de utilidades, a fin de expandir operaciones mediante el arrendamiento de dos nuevas aeronaves. En esas circunstancias, sobreviene un hecho dañoso que interrumpe drásticamente el desarrollo de la actividad comercial de la empresa. En un caso como el que se plantea, el concepto de pérdida de oportunidad puede ser muy útil para excluir

aspectos aleatorios, como la receptividad del mercado a la expansión de operaciones y, en general, la efectiva realización de las expectativas de crecimiento, las cuales dependerán, en última instancia, de una pluralidad de factores y variables, con un mayor o menor grado de incertidumbre. Al mismo tiempo, la noción de pérdida de oportunidad sirve para rescatar los aspectos ciertos, como lo es la preexistencia de una estructura empresarial y de un negocio en marcha con perspectivas serias de crecimiento. Certeza absoluta de la realización del lucro proyectado, no se tiene. Pero sí una certeza razonable de la preexistencia de las condiciones fácticas propicias para el florecimiento de una actividad mercantil con curva ascendente de crecimiento.

Al replantearse el daño, no en clave de lucro cesante, sino en clave de pérdida de oportunidad de generación de lucro, el reclamo emerge bajo una nueva luz de razonabilidad. La pérdida de chance sirve para describir con mayor precisión la verdadera entidad del daño causado. Además, según pasamos a exponer, el concepto sirve para anudar firmemente el nexo causal.

b- Ceñir el vínculo causal:

Encorsetado el daño dentro de su dimensión cierta, la figura de la pérdida de chance permite ajustar un sólido y apretado vínculo causal entre el hecho atribuido al responsable y el resultado dañoso. Según lo ha hecho ver la doctrina italiana⁵⁹, la cuestión de la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad atañe principalmente al estudio de la causalidad jurídica.

Ejemplo: Una aseguradora rechaza la solicitud del asegurado, de pre autorizar servicios

médicos en el extranjero al amparo de una póliza de gastos médicos, oponiendo la interpretación extensiva de una cláusula de limitación de cobertura o cualquier otro argumento falaz. A raíz del rechazo de la gestión, el asegurado se ve impedido de recibir oportunamente a la atención médica de primer orden en el extranjero, a la que hubiera podido acceder de haber sido aprobada oportunamente la gestión. El paciente fallece. *Ex post facto*, se demuestra que el argumento inicial de la aseguradora para denegar la pre autorización de servicios era ilegítimo y se prueba el incumplimiento contractual. Se pregunta: ¿Qué tipo de daño resulta indemnizable? ¿Pueden los allegados de *de cujus* reclamarle a la aseguradora responsabilidad –naturalmente aquiliana- por el daño moral de afección por la pérdida de un ser querido? En un caso como el planteado, parece muy difícil establecer una conexión causal entre el incumplimiento oportuno de la obligación de la aseguradora y el fallecimiento del asegurado. Para ello, se debería tener absoluta certeza de que, de haber recibido el tratamiento médico en cuestión, la persona se hubiera curado. Tal grado de certidumbre es prácticamente imposible de acreditar. Sin embargo, cambiando el enfoque, se podría llegar a demostrar, por ejemplo, con ayuda de estadísticas, que al asegurado se le privó, irreversiblemente, de una oportunidad única de supervivencia, de la que hubiera gozado de haber tenido acceso a los servicios cubiertos por la póliza. La conexión causal no es entre el incumplimiento contractual y la muerte del sujeto, sino entre el incumplimiento contractual y la pérdida de chance de sobrevivencia. En lo que concierne a los adeudos, la conexión causal, en el plano extracontractual, es entre

59 V. ALPA, op. cit., p. 515.

un incumplimiento contractual replanteado en clave de falta al deber genérico *neminem laedere*, y la pérdida de la oportunidad de evitar el daño moral de afección consistente en la desaparición del ser querido. En tal caso, se puede probar, objetivamente: Primero: Que el damnificado directo tenía una oportunidad objetiva preexistente de supervivencia, derivada de dos circunstancias objetivamente constatables: Disponibilidad de recursos económicos hasta la cobertura de la póliza de gastos médicos; y las estadísticas de supervivencia para dolencias similares en un hospital extranjero de primer orden. Segundo: Que dicha oportunidad fue coartada a raíz de una conducta antijurídica de la empresa aseguradora. Tercero: Que, *par ricochet*, los damnificados indirectos perdieron la oportunidad de evitarse el dolor y el sufrimiento por la pérdida del ser querido (el daño moral de afección).

c- Ofrecer una opción equitativa al sistema del todo o nada.

Una de las funciones capitales de la figura de la pérdida de chance es, a nuestro juicio, la de ofrecer una solución correctiva de las rigideces e injusticias del sistema del “todo o nada”, a fin de satisfacer, con mayor fidelidad, los mandatos del principio de reparación integral del daño. El principio de reparación integral ordena que se ha indemnizar *todo* el daño causado, pero *únicamente* el daño cierto resultante del hecho generador de responsabilidad civil. La noción de pérdida de chance sirve, según se verá, como un instrumento de precisión, útil para calibrar finamente la balanza de la justicia, evitando que se incline hacia uno u otro lado, evitando pecar por exceso o por defecto.

Pero...(se preguntará el ilustrado lector) ¿qué es el sistema del *todo o nada*? Ciertamente,

esta noción es poco conocida en la literatura de Derecho de Daños de tradición civilista. Es, en cambio, una noción de uso frecuente en la literatura y la jurisprudencia del *Common Law*. Sin embargo, según veremos, este concepto resulta ser útil para describir algunas premisas metodológicas *implícitamente* aceptadas en el Derecho de tradición civilista -incluido el Derecho costarricense-. Conviene advertir que cuando describamos la regla *all-or-nothing*, imperante en el Derecho inglés y en parte de las Cortes estadounidenses, el lector formado bajo la tradición romanista-francesa eventualmente podría suponer, *a priori*, que se trata de un precepto jurisprudencial ajeno a *nuestro* modo de pensar. Sin embargo, una reflexión más concienzuda, nos revelará que nuestra propia jurisprudencia acoge y aplica la misma regla del *todo-o-nada*, sólo que no en forma explícita. Dicha regla se aplica como pre comprensión implícita.

¿En qué consiste la regla *all-or-nothing*? En términos simples, la regla “*todo o nada*”, también denominada teoría del balance de probabilidades --aplicada por las cortes inglesas y por los tribunales estadounidenses más ortodoxos--, consiste en lo siguiente: Si del acervo probatorio resulta presumible (“*more likely than not*”), con un grado de certeza superior al 50%, que el resultado dañoso fue consecuencia de la conducta del demandado, éste ha de cargar con el 100% de la indemnización. Si, por el contrario, el grado de certeza no alcanza a inclinar a la derecha la balanza de probabilidades, sino que es del 49% o menos, la demanda se rechaza totalmente. O todo, o nada.

La aplicación de la regla “*all-or-nothing*” ha generado focos de insurgencia en la jurisprudencia estadounidense, por considerarse, en algunos casos, excesivamente

rígida e injusta. Dicha dialéctica se ha cristalizado en la formulación de la “*lost chance doctrine*” (doctrina de la oportunidad perdida), introducida -en el Derecho estadounidense- en el caso *Herskovits v. Group Health Cooperative*⁶⁰, del año 1983⁶¹. En dicho caso, se discutió la cuestión de la responsabilidad que le correspondía al demandado por la detección tardía de un cáncer de pulmón en circunstancias tales que, de haber sido diagnosticado el mal en su fase uno, el paciente hubiera tenido 39% de probabilidades de supervivencia por cinco años. Al haber sido detectado en una fase más avanzada, dichas probabilidades se redujeron al 25%. La sucesión del causante, no estando en posibilidades de probar que con la detección temprana y un adecuado tratamiento, el paciente hubiera sobrevivido para colmar su normal expectativa de vida, reclamó una indemnización por la reducción de probabilidades de supervivencia, derivada del errado diagnóstico inicial. Al tenor de la regla “todo o nada”, el reclamo hubiera estado destinado al fracaso, habida cuenta que existía una probabilidad superior al 50% de que el paciente hubiera fallecido por causas naturales. Sin embargo, la Corte de Apelaciones consideró que la disminución, en un 14%, de las probabilidades de supervivencia derivada del error de diagnóstico era suficiente para acoger la demanda. En el caso *Hicks v US*, 368 F. 2d 626, 632, la Corte de

Apelaciones del Cuarto Distrito de los Estados Unidos postuló el siguiente *obiter dictum*: “*Cuando la acción u omisión negligente de un demandado ha suprimido efectivamente la oportunidad de supervivencia de una persona, no le corresponde al demandado formular conjeturas sobre la medida de las oportunidades que él mismo puso fuera de toda posibilidad de realización. Si había una posibilidad sustancial de supervivencia y el demandado la destruyó, es responsable*”⁶². En el Derecho estadounidense, la jurisprudencia de las cortes estatales se encuentra actualmente dividida entre la regla “*all-or-nothing*” y la “*lost chance doctrine*”, aunque ésta muestra una tendencia *in crescendo*⁶³.

En el Derecho inglés domina la citada teoría del balance de probabilidades -cuya consecuencia es la aplicación de la regla *all-or-nothing*- con algunas excepciones (como de oportunidad. Se encuentran otros casos en los que las cortes, sin llegar a admitir expresamente el carácter indemnizable, *per se*, de la pérdida de oportunidad, han condenado a abogados (“*solicitors*”) a indemnizar las oportunidades perdidas de obtener beneficios económicos, a raíz de la omisión de presentar una demanda (*Kitchen v. Royal Air Forces Association*); por la conciliación negligente de un reclamo por menos de su verdadero valor (*Thompson v. Howley*); o por la omisión de la oportunidad de negociar más favorablemente

60 664 P.2d 474 (Washington, 1983), citada por Richard EPSTEIN, *op.cit.* pp. 482-488. Ver el análisis crítico que sobre el mismo precedente se hace en GLANON, Joseph W: *The Law of Torts*. 3rd. ed., Aspen, New York, 2005, pp. 170-171.

61 Vid: MARKESINIS, B.S. & S.F. DEAKIN: *Tort Law*. Clarendon Press, Oxford, Fourth Edition, United Kingdom, 1999, pp. 181-184.

62 Traducción libre del autor, del siguiente pasaje reproducido por EPSTEIN y por MARKESINIS-DEAKIN en sus obras citadas: “...when a defendant’s negligent action or inaction has effectively terminated a person’s chance of survival, it does not lie in the defendant’s mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that he has put beyond the possibility of realisation. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable.”. *Hicks v. US* 368 F. 2d 626, 632 (4th Circuit Court of Appeals).

63 *Ibidem*, p. 487.

la distribución de derechos y responsabilidades en un contrato de arrendamiento (*Allied Maples Group Ltd. V. Simmons & Simmons*)⁶⁴. Además, en la cuantificación de daños por incapacidad permanente, es usual que la compensación por futuras ganancias perdidas sea reducida mediante una tasa de descuento representativa de las normales vicisitudes de la vida y las eventuales contingencias no atribuibles al demandado, que pudieren influir negativamente, a futuro, en el pleno desarrollo de la vida productiva del damnificado.

En lo concerniente a la pérdida de oportunidades en materia de salud, uno de los casos líderes es *Hotson v. East Berkshire AHA*, del año 1987, donde el juez de juicio acogió la demanda de pérdida de oportunidad de curación originada en un error de diagnóstico oportuno de las lesiones sufridas por un niño de 13 años que cayó de un árbol. La evidencia médica mostró que, en los casos de diagnóstico y tratamiento oportuno, el 25% de los pacientes se evitan la necrosis en las coyunturas que llegó a desarrollar el joven. Los actores adujeron que, a consecuencia de la negligencia médica, se privó al paciente de la oportunidad de ser uno de los 25 entre 100 que se cura, evitando la necrosis con un tratamiento oportuno. El juez de juicio acogió la demanda. Sin embargo, la *House of Lords* la revocó, aplicando la regla ortodoxa del balance de probabilidades: Para establecer la relación causal, se requería una probabilidad superior al 50%. En este caso, la regla *all-or-nothing* dio al traste con la pretensión indemnizatoria.

La dicotomía planteada en el Derecho anglosajón entre la “*all-or-nothing rule*” y la “*lost chance doctrine*”, no deja de guardar cierta

similitud con la divergencia que se plantea, en los países de tradición civilista romano-francesa –y, concretamente, en el Derecho costarricense-- entre quienes rechazan y quienes defienden la noción de pérdida de chance. La posición contraria a la resarcibilidad de la pérdida de chance es, en el fondo, una teoría del “**todo o nada**”. O hay “*certeza*” de la conexión causal entre la acción u omisión del demandado y el daño (v.gr., la muerte del paciente) y se indemniza todo el daño o perjuicio. O hay dudas y se rechaza totalmente la demanda. No hay puntos intermedios. Sin embargo, la práctica revela que la certeza no siempre es absoluta. De hecho, respecto de algunos daños indemnizables, ese grado de certeza absoluta es imposible de alcanzar.

Si se examinan de cerca algunas categorías generalmente aceptadas como daños indemnizables, se observará que, algunas de ellas implican –a menudo de manera intrínseca y necesaria--, una dosis de conjetura, que a la postre se reputa como jurídicamente irrelevante. El operador completa la imagen del rompecabezas, con piezas que extrae de su propia industria intelectual. Lo que equivale a decir que el grado de incertidumbre carece, en estos casos, de influencia determinante o cuantitativa en el efecto de la responsabilidad civil: El daño se indemniza al 100%, aunque el adjudicador no tenga 100% de certeza.

Consideremos con mayor detenimiento dos categorías indemnizatorias cuyo reconocimiento es hoy generalizado: El **daño emergente futuro** y el **lucro cesante** –tanto consumado como futuro--. En uno y otro caso es prácticamente imposible que el adjudicador llegue a tener un grado absoluto de certeza, por

cuanto en ambos se requiere una proyección de lo que pudo ser a falta del hecho dañoso, o de lo que podrá ser a consecuencia de éste. Examinemos el *daño emergente futuro*, como podrían ser los costos de los dispositivos médicos y de los servicios de asistencia que requerirá la persona permanentemente incapacitada. En tales casos, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que existe un grado de certeza suficiente entre el evento dañoso y los daños futuros, a los fines de aceptar la indemnización. Sin embargo, lo cierto es que dicho grado de certeza no es –ni puede ser-- absoluto, pues se basa en la expectativa de vida del damnificado. Puede ocurrir, naturalmente, que la persona llegue a vivir más, o menos. He aquí un innegable aspecto aleatorio que, o suele ser preterido, o bien reputado como jurídicamente irrelevante, al menos en cuando concierne al grado de certeza exigido para acoger el reclamo indemnizatorio.

Examinemos, ahora, el *lucro cesante*. Cuando el reclamo de lucro cesante se acoge, el adjudicador por lo general razona que mediante la conexión causa-efecto entre el evento atribuido al demandado y la supresión de una fuente de lucro, puede considerarse satisfactoriamente demostrado el lucro cesante indemnizable. La prueba de la existencia de la fuente de lucro suele ser, en buena parte de los casos, un contrato que le habría de representar al damnificado la realización de una ganancia, de no haber acaecido el hecho dañoso. Sin embargo, en tales casos el operador normalmente hace caso omiso de un álea intrínseco a la ejecución de todo contrato: el riesgo de inejecución. Puede ser que yo tuviera un derecho de crédito derivado de un contrato, pero... ¿qué me garantizaba el cabal cumplimiento del deudor? ¿Qué me garantizaba su solvencia o su moral de

pago? ¿Cuántos contratos no se incumplen cotidianamente? Cabe observar que cuando el juez o el árbitro avalan el reclamo de lucro cesante, dan por hecho que el lucro anticipado era ya, prácticamente, una realidad; una fruta al alcance de la mano del damnificado. Si el lucro derivaba de un crédito, se da por sentado que el crédito iba a ser pagado tal cual. Aquí la certeza se completa con una dosis de fe, con la cual se termina por conjurar la ineluctable incertidumbre ligada a la efectiva realización de una ganancia esperada. De lo cual se deriva que, con un grado de certeza necesariamente inferior al 100%, se acoge el 100% del reclamo indemnizatorio.

Lo expuesto en el párrafo anterior también se aplica a la inversa. En buena parte de los casos, el aspecto aleatorio, las dudas o la falta de pruebas respecto de la realización del daño emergente futuro o la ganancia proyectada, terminan por descalabrar el reclamo indemnizatorio. Aquí el agnosticismo del adjudicador opera en contra del demandante.

La teoría civilista de la pérdida de chances, al igual que la doctrina estadounidense de la “*lost chance*”, procuran de algún modo moderar o matizar ese rígido escenario del “**todo o nada**”. La noción civilista de pérdida de oportunidad, **sin renunciar al dogma de certeza** del daño y del nexo causal, replantea el enfoque, aduciendo que el daño y el nexo causal son **otros**: Si la enfermedad no se diagnosticó a tiempo, sin que por ello pueda establecerse un sólido vínculo causal entre la omisión y la muerte del paciente, el daño no es la muerte, sino **otro**: La pérdida de oportunidad de sobrevivencia. Y el nexo causal ya no es entre la omisión y el deceso, sino **otro**, que viene a ligar el error de diagnóstico con el *nuevo* daño develado a partir del cambio de prisma, a saber: la pérdida de oportunidades

64 Vid, MARKESINIS-DEAKIN, *op.cit.*, p. 181-184 y CANE, *ibid.*, p. 137.

de sobrevivencia. De este modo, por vía de esta suerte de “novación” de los elementos en juego, se abre espacio a un punto intermedio entre el **“todo o nada”**, al tiempo que se respetan los principios de existencia y certeza del daño, de conexión causal entre la acción u omisión atribuida al demandado y el resultado dañoso, y de reparación integral del daño (-Reparación integral, ¿de cuál daño?- Del nuevo daño). La doctrina anglosajona de la *“lost chance”* no pasa por ese intríngulis conceptual, pero llega al mismo resultado práctico. Allí se reconoce lisa y llanamente que el adjudicador, en muchos casos, no puede llegar a un convencimiento total sobre si la conducta del demandado causó, efectivamente, el daño. Pero que ese estado de duda no implica, necesariamente, que se deba declinar el reclamo, siempre se demuestre que, en virtud de la acción u omisión del demandado, se redujeron las probabilidades de supervivencia.

Un ejemplo representativo de la aplicación jurisprudencial de la regla **“todo o nada”** se encuentra en el caso *Acreedores del Banco Federado vs. Banco Central de Costa Rica*⁶⁵, relativo a una acción colectiva de responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios sufridos por los acreedores como consecuencia de la quiebra de un banco del Sistema Bancario Nacional. Los actores consideraban que la Administración Pública incurrió en culpa *in vigilando*, por el incumplimiento de sus deberes de control, regulación y fiscalización del grupo financiero al que pertenecía el fallido. A título de indemnización, se reclamaba todo cuanto hiciere falta para satisfacer integralmente los créditos de los acreedores de la quiebra (capital e intereses), más daño moral. El

Juzgado de primera instancia rechazó el reclamo, aduciendo falta de conexidad causal entre las faltas alegadas y el daño reclamado. El Tribunal *Ad Quem*, por su parte, revocó la sentencia y declaró con lugar la demanda indemnizatoria. La Sala Primera de la Corte casó por el fondo la sentencia del Tribunal y confirmó la del Juzgado. En su análisis, el Alto Tribunal planteó la cuestión en clave de causalidad: *“Conviene recordar que, esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones, que dentro del análisis del nexo de causalidad, debe asociarse la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular. De allí se hace necesario determinar si la conducta administrativa señalada como lesiva, puede considerarse como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama. Esto porque la acción será considerada como la causa generadora del daño, en la medida en que el hecho particular haya potenciado la concreción del menoscabo que se reclama, de modo que este último surja como una consecuencia inmediata y directa de aquel. (...) En el caso de examen, en ningún momento se demostró la existencia de un nexo de causalidad entre la crisis de Coovivienda y la quiebra del Banco Federado, sino que pese a que se alega la existencia de hechos que afectaron a esas dos entidades, las cuales pertenecían a un mismo Grupo Financiero, es decir, al Grupo Fedecrédito R.L.; en el proceso no se logró demostrar que la crisis de aquella primera conllevara a la quiebra de la segunda. “ Y más adelante, agrega: “...en la resolución de alzada no se le atribuye al Banco Central alguna falta específica, en relación a su deber de fiscalización o tutela respecto al Banco Federado, sino que se le imputa una*

omisión al supervisar a Coovivienda, sin que se demuestre, tal y como se señalara en líneas precedentes, no sólo la existencia de tal conducta, sino su efectiva repercusión en la quiebra del Banco Federado.”

Consideró, la Sala Primera de la Corte, que no se había acreditado una conexión causal entre las faltas atribuidas a la Administración Pública y los daños reclamados por los actores, derivados de la quiebra. *“Ésta (la quiebra), lejos de ser una situación atribuible a la SUGEF en la fiscalización oportuna de un giro normal, en realidad obedece a una decisión de quienes entonces eran los directivos y gerentes de ambas entidades...”*

La demanda, en el caso comentado, se planteó en términos de **todo o nada**, lo cual de alguna manera se reflejó y quedó cristalizado en el péndulo de los *por tantos* de las sentencias de primera y segunda instancias y de la resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia. La discusión giró en torno a si la Administración Pública, por su conducta omisiva, había o no causado la quiebra del banco fallido. El caso, sin embargo, se prestaba para un enfoque alternativo en clave de **pérdida de chance**, eventualmente más fecundo para la parte actora. Presuponiendo que los actores hubieran estado en condiciones de probar la culpa *in vigilando* de la Administración – prueba que en la especie echa de menos el Alto Tribunal—cabía indagar –y, en su caso, probar-- si los acreedores del banco perdieron una oportunidad seria de evitar una pérdida económica. En otras palabras, la pregunta no era tanto si la Administración Pública causó o no la quiebra de la entidad, sino si la Administración tenía a su alcance los medios –jurídicos y fácticos—para detectar e interrumpir oportunamente la cadena causal originada por la mala administración del banco

y que culminó en el descalabro financiero de la institución, en perjuicio de sus acreedores. Cabía, entonces, preguntar si, como resultado de la inercia pasiva de la entidad pública a cargo de la supervisión del sistema financiero, se perdieron –en perjuicio de los acreedores— oportunidades de intervención curativa, a los fines de evitarle al banco su fatídico destino y a los acreedores su pérdida. En un caso como éste, posiblemente resulte imposible determinar y probar *ex post facto*, con absoluta certeza, si una intervención sanadora oportuna hubiera salvado al banco de la quiebra. Pero sí sería asequible demostrar, con un grado de certeza suficiente como para abrir espacio a la indemnización, la pre-existencia objetiva de las oportunidades serias de recuperación financiera --presuponiendo un funcionamiento normal y eficiente del sistema público de fiscalización y control de entidades financieras--, y su subsecuente desaparición a raíz del funcionamiento anormal o ilegítimo de los entes públicos encargados de la función supervisora. Cabe enfatizar que, como cualquier otro daño indemnizable, la prueba de la existencia previa y de la supresión sobreviniente de la oportunidad requiere una demostración *in concreto*. No va de suyo, cada vez que quiebra una entidad financiera privada, que el Estado deba responder, cual garante subsidiario. Es preciso demostrar la existencia de faltas específicas del servicio público, en conexión causal con la frustración de una oportunidad seria y real de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio. El enfoque propuesto concuerda con las aspiraciones legítimas del inversionista normalmente prudente y razonable: Quien invierte en una entidad financiera privada sabe (o debe saber) muy bien que el Estado no es su garante solidario o subsidiario; pero, por otro lado, debe poder confiar en que si el Estado permite la operación ostensible de un banco, es porque éste se encuentra sometido

65 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 1008-F-2006 de las 9:30 horas del 21 de diciembre de 2006.

a los mecanismos permanentes de control y fiscalización estatuidos por el ordenamiento jurídico. Y si tales mecanismos fallan, resulta legítimo indagar si existe conexión causal entre la indulgencia administrativa y el daño sufrido; o, al menos, entre tales faltas del servicio público y la pérdida de oportunidades de evitar el daño.

d- Fungir como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia causal

La figura de la pérdida de chance funge como instrumento de equidad en las hipótesis de concurrencia de procesos causales. Desde este punto de vista, el concepto en estudio ofrece, nuevamente, una alternativa al sistema del todo o nada, el cual se manifiesta, en el caso de pluralidad de fenómenos causales, en la aplicación de las reglas de responsabilidad solidaria e *in solidum*⁶⁶.

Analicemos cómo funciona, en principio, el sistema del todo o nada en materia de fenómenos causales múltiples. Supóngase, por ejemplo, que un sujeto queda encargado de la custodia de una casa de habitación. Por descuido negligente, deja abierta una ventana de la casa, circunstancia que aprovechan unos hampones para saquear el inmueble. En un caso como el planteado, se presenta un concurso de faltas: Por un lado, la falta dolosa de los ladrones; por otro, la negligencia del custodio. Surge la duda de si, de haberse cerrado diligentemente las ventanas, se hubiera evitado el robo. De la respuesta a esta pregunta depende la condena *in solidum* del custodio, si es que su falta se limita al incumplimiento de una obligación; solidaria, si es que actuó en connivencia con

los malhechores; o bien su absolución. Esta pregunta engendra un cuestionamiento de causalidad: Lo que se procura establecer es la conexión causa-efecto entre la conducta del custodio y el resultado dañoso. Esta indagación conduce a preguntar qué hubiera ocurrido a falta del hecho dañoso, es decir, si el cierre de la ventana hubiera ofrecido a los delincuentes un obstáculo insalvable o un elemento disuasivo a los fines de evitar el robo. Supóngase que en lugar de una ventana abierta, se trata de la activación de un sistema electrónico de alarma con conexión automática a un centro de monitoreo con vigilancia armada a cinco minutos de distancia. En tal caso, cabe preguntar de qué forma hubieran reaccionado presumiblemente los antisociales de haberse activado la bocina de la alarma. ¿Hubieran huido? ¿Hubieran tomado un par de objetos sin llegar a desmontar pantallas de televisión ni abrir cajas fuertes? Lo cierto es que, bajo el sistema de todo o nada, el custodio responde por el todo, en caso de darse por probada una falta en conexión causal con el resultado dañoso; o por nada, en caso de considerarse que, aun de haber procedido dentro de los límites de la diligencia que le era exigible, el hecho dañoso siempre se hubiera consumado. En un ejemplo como el propuesto, la noción de pérdida de oportunidad ofrece una solución alternativa, claramente más ajustada al principio de reparación integral. Visto que es imposible definir con certeza qué hubiera ocurrido de haber estado cerrada la ventana o activado el sistema de alarma, lo más razonable es atenerse a los hechos concretos objetivamente constatables: Desde el ángulo visual del propietario, la conducta negligente del custodio implicó la supresión de una oportunidad objetiva de evitar total o

66 Las obligaciones *in solidum* son aquellas con causa distinta y objeto común. Por ejemplo, la obligaciones indemnizatorias a cargo del causante de un daño y de su asegurador de responsabilidad civil.

parcialmente un daño. De este modo, en caso de condenatoria, el custodio responde, no necesariamente por el 100% del daño, si es que existe un margen aleatorio relativo a cómo se hubieran desarrollado los acontecimientos a falta del hecho dañoso.

La jurisprudencia española registra un caso ilustrativo de la utilidad del concepto de pérdida de chance en presencia de procesos causales múltiples⁶⁷. Un trabajador de una fábrica de helados sufrió un accidente laboral que implicó la amputación de una mano. El personal médico a cargo del transporte del paciente transportó la mano amputada al hospital, a fin de su reimplantación. Sin embargo, la mano fue transportada en hielo sintético, no en hielo natural, como procedía conforme a las buenas prácticas paramédicas. A consecuencia de lo anterior, la mano llegó congelada, muerta, y se perdió toda oportunidad de reimplantación. En tal caso, hubiera resultado excesivo imputar al personal médico la pérdida de la mano, pues cuando llegaron al lugar del hecho el accidente ya había ocurrido. La noción de pérdida de chance permitió reducir la concurrencia causal de la falta médica a una más justa medida: La pérdida de oportunidad de reimplantación de la mano --habida cuenta, además, que no había, como no suele haberla, certeza plena de que la operación hubiera tenido éxito--.

2)- Funciones ilegítimas:

a- Incentivar el oportunismo

Una de las preocupaciones que, a nivel de política judicial, puede suscitar la consagración jurisprudencial de la noción de pérdida de chance, es el eventual desbordamiento incontrolable de la litigiosidad. Temor que, dicho sea de paso, suele anteceder la introducción de toda nueva categoría de daño indemnizable. Podría creerse que abrir las puertas al resarcimiento de oportunidades, podría anegar el sistema de administración de justicia con una avalancha de reclamos frívolos de supuestas oportunidades perdidas.

Este desasosiego carece de fundamento, no sólo porque la figura ha gozado de una existencia pacífica y sobria, durante muchos años y en países con sistemas y tradición jurídica afines al nuestro, sino porque la noción científica de pérdida de chance tiene su propia estructura de defensas conceptuales para repeler y desincentivar los reclamos extravagantes. En primer lugar, no es *cualquier* oportunidad la que adquiere relevancia jurídica, sino una oportunidad **real y seria**, arraigada en elementos de prueba sujetos a una **apreciación *in concreto***. Si, *v.gr.*, quien escribe estas líneas se presentare a estrados reclamar la pérdida de oportunidad de hacer carrera como jugador de fútbol profesional, dicho reclamo carecería del menor sustento probatorio y estaría condenado al más rotundo fracaso. Vale el ejemplo extremo

67 Sentencia de 10 de octubre de 1998 (EDE 25080), citada por Mariano **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 154. Comenta dicho fallo el ilustre tratadista español, en los siguientes términos: “*Entiende el Supremo que hubo negligencia en la ATS, pero también que no se le podía imputar el fracaso en el reimplante, pues, incluso aunque el miembro no hubiera llegado al centro hospitalario, como llegó, en avanzado estado de congelación, resulta que ni siquiera en condiciones normales es seguro el éxito en la operación. Lo que sí se le imputó fue entonces la simple pérdida de la oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano de la que no se sabe si hubiera dado resultado. Una pérdida de expectativas que se valoró en un millón quinientas mil pesetas.*”

para mostrar cómo el reclamo de pérdida de oportunidad está sujeto a las mismas exigencias y rigurosidades probatorias que cualquier otro daño indemnizable. Quien alega haber perdido una oportunidad por causa de otro, tiene la carga de probar, en primer término, las circunstancias fácticas de las que se puede derivar, con certeza razonable, la **preexistencia** objetiva de la oportunidad cuya desaparición se reclama.

Por otra parte, la ponderación y exclusión, a los fines indemnizatorios, del **factor aleatorio**, sirve para desestimular aquellos reclamos en los que la probabilidad de la realización del evento favorable es muy frágil. Si alguien me sustrae un entero de lotería cuyo número y serie no puedo recordar o probar, ciertamente me priva de una chance de ganar el Premio Mayor, pero el aspecto aleatorio es tan substancial, que posiblemente mi oportunidad llegaría a estimarse en el módico precio de adquisición del entero de lotería. De este modo, si alguien pretende activar el sistema de Administración de Justicia a los fines de reclamar nimiedades, o incluso fantasiosas y disparatadas oportunidades perdidas, muy probablemente topará de frente con el severo rechazo del reclamo, condena en costas incluida; o bien con la aplastante realidad de una indemnización acorde a la verdadera entidad del perjuicio, igualmente nimia. Con lo cual se evitaría crear incentivos perversos a la búsqueda oportunista de oportunidades perdidas.

b- Disimular la falta de pruebas:

La noción pérdida de chance tampoco sirve para disimular la falta de pruebas. Como vimos, la parte actora debe probar, con los elementos de prueba con que acreditan los hechos, la existencia previa de la oportunidad, así como la conexión causal entre la acción u omisión

atribuida al responsable y la desaparición de la probabilidad de realización. Además, debe probar la seriedad de la oportunidad suprimida y la existencia de un grado de probabilidad de realización suficientemente alto, equivalente a la indemnización pretendida. Lo anterior no excluye, naturalmente, la aplicación de presunciones humanas (*res ipsa loquitur*), cuando lo perdido es la oportunidad de evitar, por ejemplo, un daño moral de afección. En síntesis: La pérdida de oportunidad no es distinta, en cuanto a las exigencias probatorias, de cualquier otro daño indemnizable.

c- Creación de premios de consolación

La pérdida de chance no implica una condena por dudas. Todo lo contrario. La condena presupone que el juzgador ha llegado a la convicción, con base en el acervo probatorio, de que el damnificado ha sufrido, a raíz de la acción u omisión atribuible al demandado, una mutación desfavorable de su *status quo ante*, a raíz de la eliminación de las condiciones de hecho que contenían, en germen, un estado de cosas preferible. Al acoger el reclamo de pérdida de oportunidad, el adjudicador pone, en el lado de balanza de la indemnización, un *quantum debitor* **razonablemente** equivalente a los efectos comprobados de la injerencia nociva del demandado en los proyectos y en la dinámica evolutiva del damnificado. Se propende a la reparación integral del daño. Advirtamos que, por más que se quiera, no siempre es posible crear una ecuación matemática entre daño y reparación. A semejantes aspiraciones de exactitud ya renunció, desde hace muchos años, el Derecho de la Responsabilidad Civil, desde el momento en que se terminó por reconocer el carácter indemnizable del daño moral. La reparación integral no siempre implica una equivalencia con arreglo a precios de mercado. A fin de

cuenta, lo que está en cuenta es una cuestión de Justicia: *Ius est Ars boni et aequo*.

VI. Metodología de determinación del quantum debitor:

La justipreciación de la pérdida de oportunidad se hace, normalmente, en dos etapas: a) Se calcula el perjuicio total sufrido por el damnificado; y b) Se calcula y descuenta el riesgo de no realización de la oportunidad. De este modo, se llega a un *quantum debitor* destinado a indemnizar **integralmente**⁶⁸ la pérdida de oportunidad, en la medida en que ésta resulta atribuible al demandado.

1- Cálculo del daño y/o perjuicio total

El primer paso consiste en identificar y estimar los daños y perjuicios sufridos por la víctima, con arreglo a los principios y técnicas propias del Derecho común.

Cabe advertir que la noción de pérdida de chance con frecuencia se utiliza a modo de elipsis, para expresar en forma sintética ideas más complejas. Por ejemplo, si se habla de pérdida de chance de supervivencia, en estricto sentido lo que se indemniza no es la pérdida de la oportunidad de conservar la vida, pues –al menos en el estado actual de nuestro Derecho positivo– la vida humana, en sí misma considerada, carece de valor económico. Los rubros indemnizables en las hipótesis de pérdida de la vida humana son

los efectos asociados del fallecimiento de la persona, como el sufrimiento de sus adeudos (daño moral de afección), la desaparición de un proveedor (pérdida de créditos alimentarios), etc. En forma simétrica, en caso de pérdida de chance de supervivencia, los rubros indemnizables serían la pérdida de la oportunidad de evitar un daño moral de afección, la pérdida de la oportunidad de conservar un crédito alimentario, etc.

2- Descuento del componente aleatorio

La segunda fase del cálculo de la indemnización consiste en calcular y descontar el porcentaje aleatorio, es decir, el riesgo preexistente de no realización de la oportunidad. Este paso es necesario para reforzar el principio de certeza: Lo que se indemniza es, propiamente, la pérdida de una probabilidad cierta, no un álea. Es necesario, entonces, castigar el *quantum* al que se arribó en la primera fase, mediante la aplicación de una tasa de descuento representativa del álea. Por lo demás, el descuento del factor aleatorio permite excluir la indemnización de oportunidades poco serias.

La experiencia jurisprudencial extranjera nos revela que la determinación del factor aleatorio se realiza, por parte de los adjudicadores, de modo *prudencial* –vale decir, **empíricamente**–⁶⁹. Lo cual no excluye que se pueda echar mano de estadísticas y peritajes para determinar, no sólo la pre existencia misma de la oportunidad, sino el grado de probabilidad de su realización. La utilización

68 Con las limitaciones intrínsecas que dicho principio afronta en materia de daños extrapatrimoniales, donde es materialmente imposible establecer una ecuación daño = reparación. Como se sabe, en el campo de los daños morales, el principio de reparación integral asume una función expresiva-simbólica, consistente en comunicarle a la víctima y a la colectividad que la pérdida no ha sido irrelevante para el Derecho.

69 Ver: **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. pp. 179-180.

de estadísticas es particularmente frecuente en materia de pérdida de oportunidades de supervivencia y de curación. Las estadísticas médicas sobre el porcentaje de pacientes que se salvan o curan en circunstancias análogas, resultan ser útiles no sólo para determinar la preexistencia objetiva de la chance, sino para justipreciar el *quantum debitur*. Lo que sí es cierto es que no es posible exigir, respecto de este rubro, una demostración científica con arreglo a las leyes de la Estadística y del Cálculo de Probabilidades, pues, en tanto que la regularidad estadística se apoya en la ley de los grandes números⁷⁰, aquí lo que se trata es de apreciar la probabilidad de realización de una oportunidad concreta y específica. Exigir una prueba de este tipo equivaldría a exigir una *probatio diabólica*, lo que conduciría a descartar por anticipado la resarcibilidad de la pérdida de chance. Amén que en muchas hipótesis no ha de haber información estadística disponible; lo cual, *per se*, no debería ser óbice para que se satisfaga el crédito indemnizatorio. Como se sabe, el Derecho de la responsabilidad civil tiene renunciadas las pretensiones de exactitud matemática entre daño y reparación (de lo cual resulta ser viva encarnación el daño moral).

70 **LAPLACE** (1749-1827) , uno los precursores del Cálculo de Probabilidades, definía la probabilidad de un suceso como “la razón entre el número de casos favorables y el de todos los casos posibles”. Por su parte, la ley empírica de regularidad estadística indica que “la frecuencia relativa de un suceso tiende a estabilizarse cuando el número de experimentos crece indefinidamente”. “Si lanzásemos al aire sucesivamente una moneda, en la mayoría de las ocasiones comprobaríamos que, en la medida en que aumente el número de tiradas, la frecuencia relativa del suceso c, obtener cara, se irá acercando a ½. Esto constituye un hecho empírico cuya generalización a un experimento cualquiera se conoce como **ley de regularidad estadística** y que podemos enunciar del siguiente modo: la frecuencia relativa de un suceso se estabiliza cuando el número de tiradas crece indefinidamente.” **FERNÁNDEZ-ABASCAL, GUIJARRO, ROJO y SANZ: Cálculo de Probabilidades y Estadística.** Ariel Economía, Barcelona, 1994, pgs. 6, 32.

71 Laudo de las 15:00 horas del 30 de abril de 2001, dictado por el Tribunal arbitral ad-hoc integrado por los doctores Víctor Pérez Vargas (Presidente), Enrique Castillo Barrantes y Sergio Artavia Barrantes, confirmado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (resolución número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001).

72 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 371-F-S1-2009.

VI. La pérdida de oportunidad en la jurisprudencia costarricense.

A pesar de no tratarse de un concepto propiamente novedoso en la doctrina y jurisprudencia de muchos países de tradición civilista, la pérdida de chance se mantuvo durante mucho tiempo fuera del menú de los tribunales costarricenses. No fue sino hasta el año 2001, con motivo del caso *Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Générale de Surveillance Holding, S. A.*⁷¹, que la *perte d’une chance* hizo su debut triunfal en el escenario costarricense, con el unánime aplauso desde el palco oficial de la Sala Primera de la Corte. Sin embargo, posteriormente la misma Sala —con distinta integración—ha dejado entrever, en el caso *Hampton y Hampton vs. I.C.E*⁷², ciertas reservas sobre la adaptabilidad de la figura en estudio al ordenamiento costarricense.

1- El caso Disexport:

En el caso *Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Générale de Surveillance Holding, S. A.*, el Tribunal Arbitral *iuris* a cargo de la resolución del conflicto, reconoció y declaró el carácter indemnizable de la oportunidad de devengar un lucro,

suprimida a los actores como consecuencia del incumplimiento, por la demandada, del contrato de consorcio concertado a los fines de la participación en la licitación de “**RITEVE**” (revisión técnica de vehículos). Se concedió a los actores, a título de indemnización por pérdida de oportunidad de realizar una ganancia (calificada en la parte dispositiva, a los fines de congruencia, como “indemnización parcial de perjuicios”), la suma de \$3.671.105.75 (tres millones seiscientos setenta y un mil ciento cinco dólares con setenta y cinco centavos). A dicho monto se llegó mediante el cálculo del perjuicio total y su multiplicación por un porcentaje prudencial de probabilidades de realización del lucro —el cual, en el caso comentado, hubiera dependido de diversas variables, como la adjudicación efectiva de la licitación y la obtención de utilidades a lo largo de la vida del contrato—.

2- Posición de la Sala Primera: Una bienvenida calurosa...algunas dudas subsecuentes.

En el caso *Disexport*, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁷³ avaló tanto la calificación del perjuicio como *pérdida de oportunidad*, como el método elegido por el Tribunal *juris* para la determinación del *quantum debitur*. La Sala enmarcó dichos encuadramiento y método dentro de los poderes soberanos de apreciación del juez y del árbitro. Afirmó el Alto Tribunal:

“**XII. En el primer motivo, aún cuando la demandada lo califica como “violación al principio del contradictorio” y la Sala en uso del principio del iura novit curia lo considera como una típica incongruencia, la censura se dirige a señalar la existencia de una**

73 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 766-F-2001, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

*indemnización ajena a las pretensiones de las actoras, fuera del objeto del proceso. Esto porque, según se indica, el laudo se apartó de la naturaleza y consecuencias de la resolución contractual e incluso de lo solicitado, pues en ningún momento las actoras formularon el tema de la **pérdida de oportunidad de ganar la licitación ni tampoco de la probabilidad posterior de obtener el resultado proyectado.** Este es, prácticamente, el mismo argumento formulado por las actoras para discutir el monto de la indemnización, la única diferencia es la forma como ese ruego se entrelaza con una causal determinada. Para la Sala **los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral para establecer el quantum de la indemnización no necesariamente debieron ser solicitados por las actoras, son criterios derivados de la lógica, de la experiencia, de la ponderación racional de una serie de factores para arribar a un monto ajustado a lo pedido y lo negado.** Para llegar a esa valoración por parte del Tribunal Arbitral las partes participaron en el contradictorio, por eso no puede señalarse la infracción a este principio, pues desde el inicio del proceso afirmaron y negaron, probaron y contraprobaron, alegaron y contraalegaron, sobre el tema de la responsabilidad y la indemnización económica. Como lo alegado es la falta de indicación de las actoras de los criterios utilizados por el Tribunal ello en sí mismo no constituye la causal de incongruencia, pues **lo contrario significaría aceptar el razonamiento absurdo de que al fallar en el laudo solo se podría aceptar la responsabilidad absoluta, como lo pretende la actora en los US \$27 millones, o ningún tipo de responsabilidad como sería la pretensión de la demanda. La justa ponderación entre lo pretendido por una***

parte y también lo pretendido por la otra, atendiendo a las circunstancias propias en las cuales se desarrolló una relación contractual concreta, o se pudo haber cumplido, es una tarea natural de todos los órganos judiciales, o extrajudiciales, encargados de fijar una indemnización, y esos criterios no son suministrados por las partes sino considerados por los jueces, atendiendo siempre a la búsqueda de una determinación justa o lo más justa posible. Resulta evidente la falta de concordancia de las partes con el monto fijado, pues a unas les parece muy bajo y a la otra muy alto, pero esa es una típica aplicación de normas de fondo, de valoración de pruebas, de criterios racionales o lógicos, cuya determinación en ningún caso puede ocasionar el vicio de incongruencia pues se encuentra dentro de los parámetros de discusión de las partes, de los hechos involucrados en el proceso, de la gravedad del perjuicio, en fin de una serie de factores cuya ponderación siempre deben cumplir los juzgadores.” (el énfasis es nuestro)

Cuando parecía que la figura de la pérdida de oportunidad había adquirido carta de ciudadanía en nuestro Derecho positivo, la misma Sala Primera de la Corte, en el caso *Hampton y Hampton vs. I.C.E*⁷⁴, insinúa sutilmente –sin llegar a un rechazo explícito– tener dudas sobre la adecuación de dicha figura al ordenamiento costarricense. El Alto Tribunal parece reservar para otro momento la toma definitiva de posición pues, de toda suerte, en el caso concreto no había pruebas

de la preexistencia de una oportunidad seria y palpable:

Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la procedencia de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cierto del caso es que el afectado no ha comprobado la existencia de una oportunidad, una situación de ventaja, real, que haya sido frustrada como consecuencia de una actuación ilegítima, aspecto sobre el cual el proceso se encuentra ayuno de pruebas.

Convendrá, por consiguiente, seguir muy de cerca la futura evolución pretoriana de la figura en estudio, a fin de determinar si habrá, o no, de alcanzar el *status* de **jurisprudencia reiterada**⁷⁵. Si se nos admite un vaticinio --por lo demás empírico--, diríamos que las chances de consolidación jurisprudencial de la figura de la pérdida de chance son muy favorables, dada la vocación de nuestro Alto Tribunal a catapultar nuestro Derecho de la responsabilidad civil hacia la modernidad. Vocación que se ha hecho patente en la introducción de figuras novedosas, como la indexación no convencional de obligaciones pecuniarias⁷⁶, el reconocimiento de intereses retroactivos sobre la cláusula penal⁷⁷ y la responsabilidad objetiva por el hecho nocivo de las cosas⁷⁸--entre otras--; cuyo sostén, a nivel positivo, es la cabeza de ángulo de nuestra catedral normativa: el artículo 41 de la *Constitución Política*. No sería, entonces, cosa de extrañar, el que llegare a consagrarse en forma definitiva una figura que, como la que aquí hemos estudiado, goza de pleno

74 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 371-F-S1-2009.

75 Respecto del cual se predica la integración al Derecho positivo, *ex art*, 9 del *Código Civil*.

76 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 1016-F-2004 de las 9:30 horas del 26 de noviembre de 2004.

77 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 731-F-2002 de las 10:55 del 25 de septiembre de 2002.

78 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 30-F-2005 de las 10:45 horas del 27 de enero de 2005.

reconocimiento y prestigio en los principales ordenamientos europeos y latinoamericanos de estirpe romano-francesa.

VII. Tipología y casuística de pérdidas de chance indemnizables.

Las posibles aplicaciones de la noción de pérdida de chance son ilimitadas⁷⁹. Cabe, no obstante, presentar un elenco de las hipótesis más recurrentes de chances indemnizables en los repertorios de jurisprudencia de tradición civilista.

1- La pérdida de oportunidades laborales y profesionales:

Uno de los principales focos temáticos de la jurisprudencia sobre pérdida de chance, es la interrupción de proyectos personales en el plano profesional, laboral y académico.

La jurisprudencia italiana ha considerado resarcible la pérdida de oportunidad de desarrollo de la carrera de un artista, a consecuencia de la lesión de su imagen⁸⁰.

Por su parte, la justicia argentina ha acogido reclamos por pérdida de oportunidad de desarrollar carreras deportivas. Por, ejemplo, el caso de un joven que, a raíz de un accidente, vio frustradas sus aspiraciones de convertirse en boxeador profesional⁸¹; o el caso de futbolista Claudio Caniggia, a quien el Club Boca Juniors le negó, ilegítimamente, la libertad de contratación.⁸².

En Francia, a partir de la decisión vertida en el caso Bacon⁸³, de 3 agosto de 1928, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés inauguró una línea jurisprudencial que se ha mantenido constante, que considera indemnizable la pérdida de oportunidades de ascenso o de promoción profesional o laboral. Esta línea se ha extendido, en la jurisprudencia administrativa, a la pérdida de oportunidades de obtención de diplomas, grados académicos y puestos de trabajo sujetos a concurso público, originadas en el funcionamiento irregular de la Administración Pública⁸⁴.

En materia de pérdida de oportunidad de obtención de grados académicos y profesionales –y, por consiguiente, de mejoramiento de la condición social–, la jurisprudencia civil francesa suele ponderar, *in concreto*, las cir-

79 V. **CHARTIER**, *op.cit.*, p.15.

80 Trib. Milano, 29.4.1976, citada por **ALPA**, Guido: **Tratatto di Diritto civile. IV. La responsabilità civile**. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 515.

81 CACirc.Jud. del Noreste de Chabut, 13-5-2005; L.L. Patagonia2005-1161, citada por Matilde **ZAVALA DE GONZÁLEZ** y Rodolfo **GONZÁLEZ ZAVALA**, en *Chances afectivas*, en: **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p.160. Dice la sentencia: “Corresponde hacer lugar al rubro por pérdida de chance solicitada por un accidentado, toda vez que de la prueba testimonial resulta como evidente que existió la probabilidad de que accediera a una carrera deportiva como boxeador profesional, circunstancia que no se dio, y en la que indudablemente influyó el accidente y la naturaleza de las lesiones sufridas con la consiguiente incapacidad sobreviniente.”

82 *Caniggia vs. Club Atlético Boca Juniors*, CNAT, Sala VII, 12-3-2002, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008., p.176.

83 Citado por **SALLET**, Frédérique: **La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique**. Préface de Jacques Moreau. L.G.D.J., Paris, 1994, p. 2 y ss.

84 Vid. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, Paris, 1996, p. 197 y ss.

cunstancias en las que se hallaba la víctima a la fecha del evento dañoso, v.gr., su nivel académico y su grado de avance en los estudios⁸⁵. En el caso de un estudiante que se vio obligado a interrumpir sus estudios a raíz de un síndrome frontal sufrido a consecuencia de un accidente automovilístico, se consideró que había perdido “...una oportunidad sería de adquirir una situación mejor a aquella a la cual sus facultades actuales le permiten aspirar”⁸⁶.

Se ha reconocido, a las víctimas indirectas (*par ricochet*), en caso de fallecimiento de la víctima directa, la pérdida de oportunidad de mejorar su situación social. Tal es, por ejemplo, el caso de una viuda, a quien se le reconoció el derecho a ser indemnizada por la pérdida de la oportunidad de beneficiarse de la carrera ascendente de su marido, fallecido en un accidente⁸⁷. La jurisprudencia argentina registra casos similares⁸⁸. En los casos de lesiones físicas, se ha reconocido la pérdida de chances laborales, por ejemplo, a consecuencia de un daño estético⁸⁹, o de la pérdida de un brazo, en el caso de una persona dedicada a trabajos manuales⁹⁰.

2- La pérdida de oportunidad de obtener ganancias.

La pérdida de oportunidad de lucro se concede, usualmente, cuando el actor demuestra haber estado en emplazado en una situación idónea para desarrollar una actividad económica lucrativa, pero sin poder probar la existencia de **relaciones jurídicas concretas** con sujetos determinados. Por ejemplo, en el caso de la frustración de la oportunidades de atraer una clientela potencial, a raíz de la inserción de un número telefónico erróneo en las Páginas Amarillas de la guía telefónica⁹¹; de comercializar una cosecha a consecuencia de la fumigación de un fundo vecino⁹²; de obtener crédito para actividades productivas a raíz de la errónea inclusión en una lista de morosos y su difusión por Internet⁹³; o de vender inmuebles a raíz de un embargo preventivo⁹⁴.

3- La pérdida de oportunidad de recibir rentas.

La jurisprudencia argentina registra dos tipos de hipótesis: 1. Si el propietario ostenta **un título**, es decir, un contrato o un precontrato de

arrendamiento, el damnificado tiene derecho a la indemnización del **lucro cesante**. 2. A falta de un contrato o de un precontrato específico, se reconoce la **pérdida de oportunidad** de obtener rentas⁹⁵.

4- La pérdida de oportunidad de ganar un juicio.

Los tribunales argentinos con frecuencia han acogido reclamos dirigidos contra abogados, a quienes se ha atribuido la pérdida de la oportunidad de ganar un juicio, a causa de un actuar negligente. Por ejemplo: Por no haber presentado la demanda, mediando un mandato⁹⁶; o por haber dejado perimir o caducar la instancia y prescribir la acción⁹⁷; o por no haber apelado en tiempo útil, o presentado el memorial de agravios, o producido la prueba ofrecida⁹⁸. En tales supuestos, el juez debe realizar “un juicio dentro de un juicio”, es decir, proyectar cómo se hubiera resuelto probablemente el caso, de no haber mediado el acto de negligencia. La demanda se acoge, naturalmente, sólo cuando se acredita la pre

existencia de una chance seria de ganar el juicio. Además, cuando la perención de la causa no impide el replanteamiento del caso, por no haber prescrito el derecho, se ha considerado no haber daño⁹⁹.

5- La pérdida de oportunidad de ganar un premio o un concurso

Las carreras de caballos han espoleado la creatividad jurídica, para montar, a partir de las vicisitudes del hipódromo, el modelo emblemático de la pérdida de oportunidad de participar (y de obtener ganancias) en competencias y concursos. El primer caso, del año 1957, se refería a las peripecias de un *jockey* malintencionado¹⁰⁰.

6- La pérdida de oportunidades administrativas: Exoneraciones fiscales, licencias, visados y adjudicaciones de contratos administrativos.

La jurisprudencia administrativa francesa ha acogido reclamos de indemnización de pérdida de oportunidades de exoneración

85 V. **LE TOURNEAU**, Philippe: **Droit de la responsabilité et des contrats**. Dalloz, París, 2006-2007, p. 394.
86 “...une chance sérieuse d’acquérir une situation meilleure que celle à laquelle ses facultés actuelles lui permettent de prétendre”. CA Pau, 27 oct. 1998, JAMP 1999/1175, citada por **LE TOURNEAU**, *op.cit.* p. 394.
87 Cass. Crim., 24 de febrero de 1970, JCP G 1970, 16456, citada por **LE TOURNEAU**, *loc.cit.* p. 1428.
88 CCCom.de Rosario, sala 3, 3-7-2007; cit por cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008,. p.176
89 CCCom. de San Martín, sala II, 13-2-2007. En **Chances**, *op.cit.*, p. 333.
90 SCJ de Mendoza, sala I, 5-11-2004.
91 CNCom., sala B, 3-9-2007.
92 CCCom, de Paraná, sala 2ª, 7-9-2005, en **Chances**, *op.cit.*, p. 491.
93 CNCom, sala E, 5-9-2006, *ibid*, p. 307.
94 CNCom, sala D. 6-9-2005, *loc.cit.* “Es procedente la indemnización por pérdida de la chance sufrida por un cliente bancario con fundamento en la imposibilidad que tuvo de vender ciertos inmuebles de su propiedad debido a las medidas cautelares trabadas sobre ellos por el banco, pues si bien es cierto que la traba de embargo sobre un bien no importa prohibición para que éste sea objeto de contrato ni traba de disponibilidad de la cosa, pueden existir interesados que prefieran realizar las operaciones sin condicionamientos ni espera alguna, lo que implicaría una pérdida de chance, que debe ser reparada.”

95 “Para que el actor hubiera podido reclamar un lucro cesante debió tener un título, como sería por ejemplo acreditar que tenía alquilado el inmueble y por el daño padecido el locatario resolvió el contrato. En esta hipótesis los cánones frustrados constituirían el lucro cesante, porque se tenía derecho a los mismos pero se vio perdida esa ganancia por la injerencia del daño. En cambio, ello no está acreditado en autos ni se argumenta, sólo se dice que no se puede arrendar el inmueble por las filtraciones sufridas que lo tornan inhábil o no deseable por quienes han tenido interés en arrendarlo.// En función de lo expuesto, debe desestimarse la pretensión de la actora a que se le indemnice con una suma equivalente a dos años de cánones locativos, pero como se ha acreditado en autos una “pérdida de chance” propongo a mis pares se conceda una indemnización equivalente sólo a seis (6) meses de cánones locativos...”. CCCMin. De San Juan, Sala Primera, 31-3-2004. En **Chances, Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, pp. 538-539. En el mismo sentido, CSJ, 26-10-2000, con ocasión de la retención indebida de un inmueble al cabo del contrato de arrendamiento, *ibid*, pp. 464-465. La sentencia SCJBA de 21 de 11 de 2001, indicó: “La frustración de acceder a la libre disponibilidad de un inmueble ubicado en un centro de veraneo, no corresponde indemnizarla como lucro cesante si no se acreditó la existencia de un contrato de locación o la promesa de darla en esa calidad. Su reparación está conformada por el fracaso de la posibilidad de alquilar el inmueble durante todo el tiempo en que el demandante se vio privado del mismo a título de pérdida chance.” *Ibid.*, p. 336.
96 CCCMin. de Mendoza, 24-11-94, **Chances**, *op.cit.*,p. 432.
97 Entre muchos, ver: CCCMin. de San Juan, Sala Primera, 25-6-2004. **Chances**,*op.cit.* pp. 527-530.
98 CNCiv., sala K, 29-4-2004, **Chances**, *op. cit.*,p. 287.
99 C2aCom.de laPlata, sala III, 22-2-2005, en **Chances**, *op.cit.*, pp. 320-321-
100 CE, 5-4-1957, *Entreprise Chemin*, Leb P. 244, citado por Frédérique **SALLET**, *op.cit.*, p.3.

fiscal (caso *Les Ardosières d’Angers*¹⁰¹), de obtener licencias de importación (caso *Société Beccaria*¹⁰²), y de adjudicación de contrataciones administrativas (caso *Sieur monti c/ commune de Ranspach*¹⁰³).

Igualmente, la jurisprudencia argentina ha acogido de reclamos de pérdida de oportunidad basados en la demora de una municipalidad en el visado de unos planos¹⁰⁴; en la inhabilitación incorrecta de una cuenta bancaria por parte del Banco Central de la República Argentina¹⁰⁵; o en la rescisión ilegítima de un contrato administrativo¹⁰⁶.

7- La pérdida de oportunidad de evitar daños económicos.

La jurisprudencia francesa registra abundantes casos en los que se ha considerado resarcible la pérdida de oportunidades de evitar daños. Por ejemplo: la pérdida de la oportunidad de no contratar, en las hipótesis de incumplimiento de obligaciones precontractuales de información¹⁰⁷; la pérdida de la oportunidad de evitar un siniestro, originada en el mal funcionamiento de un sistema de televigilancia¹⁰⁸; la pérdida de la oportunidad de evitar el riesgo de resiliación de un contrato de arrendamiento, atribuida a la omisión de un notario¹⁰⁹;

8- La pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia

Quizá el ámbito más polémico de la pérdida de chance, es el relativo a la pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia. Es aquí donde suelen encabritarse los guardianes de la ortodoxia, oponiéndose violentamente al resarcimiento de daños hipotéticos o conjeturales. No hay forma humana –dicen– de conocer, *con plena certeza*, cómo se hubiera comportado o reaccionado el organismo humano, de haber recibido tal o cual tratamiento o de haberse diagnosticado tal o cual dolencia en un momento determinado¹¹⁰. Y es que en materia de faltas médicas suele presentarse una imbricada concurrencia de procesos causales. El paciente ya presenta problemas de salud. Al momento en que el galeno es llamado a intervenir, ya está en curso un proceso causal debido a la enfermedad o las lesiones que sufre la persona. Las preguntas siempre difíciles de responder son: 1. ¿De qué modo la actuación médica (activa u omisiva) vino a entrelazarse con el proceso causal preexistente?; 2. ¿Qué efectos hubiera tenido una actuación distinta?; 3. En tal caso, ¿habría mejorado la salud del paciente? Y, finalmente –a fin de paliar o acaso reducir la incertidumbre–: ¿Perdió, al

menos, el paciente, a causa de la actuación médica, una oportunidad razonable y seria de salvar la vida o de mejorar su estado de salud? Las dificultades suelen acentuarse debido al hecho de que usualmente, en tales campos, los dictámenes periciales suelen ser extremadamente prudentes y conservadores en cuanto al establecimiento de vínculos de causalidad¹¹¹.

A pesar de las dificultades probatorias y de principio, la jurisprudencia favorable al resarcimiento de pérdidas de chances de supervivencia y de curación es abundante, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público. En Francia, tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado tienen establecido el carácter indemnizable de este tipo de daños, desde mediados de los años sesenta¹¹².

a jurisprudencia administrativa francesa ha acogido reclamos de indemnización de pérdida de chances de supervivencia y curación originadas –usualmente– en faltas de organización y servicio de los hospitales estatales y –excepcionalmente–en factores objetivos de atribución de responsabilidad administrativa¹¹³. El juez administrativo, al igual que el juez judicial, no ha observado, en el álea consubstancial a los aspectos relativos

a la salud, óbice para rechazar los reclamos de pérdida de oportunidad de curación o supervivencia¹¹⁴. Dicho álea no elimina el carácter de *prejudice certain*. A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes pérdidas indemnizables de oportunidad: de evitar una amputación, originada en la falta grave de un cirujano¹¹⁵; de supervivencia, a causa de un retardo injustificado --de más de 26 horas-- en la transmisión de los resultados de exámenes de laboratorio¹¹⁶; de recobrar el uso normal de una pierna, a causa de un error de diagnóstico y de la realización tardía de exámenes de laboratorio¹¹⁷; de recuperación de la fuerza muscular, a causa de la excesiva dilación entre dos operaciones¹¹⁸; de supervivencia, a causa del reenvío negligente a otro hospital¹¹⁹, etc. Mención aparte merecen otras hipótesis en las que la falta de información oportuna o suficiente --al paciente o a sus parientes--, ha sido considerada como la causante de la pérdida de oportunidad de curación. A causa de dicha omisión, el paciente o sus parientes no han podido decidir, por ejemplo, el oportuno traslado a un centro especializado¹²⁰. En otros casos la causa eficiente de la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia es la desatención negligente, por parte del personal del centro hospitalario, de las advertencias efectuadas por los parientes¹²¹.

101 V. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 198-199.

102 Ibid.

103 Ce, Sect, 13-5-1970, cit. por **SALLET**, op.cit., p. 45.

104 TSJ de Neuquén, 22-2-2007, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: *La pérdida de chance en la CSJN*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008., p.176

105 CNCCom. de Mercedes, sla I, 26-9-2006, ibídem.

106 CNCiv., sala B, 9-4-81, *Taximac S. A. v. Municipalidad de la Capital*, cit. por **PIEDECASAS**, Miguel: op. cit. p.177.

107 CA Rennes, 9 julio 1975, cit. por **LE TOURNEAU**, op. cit., p. 1425.

108 Cass. 1re civl, 6 octubre de 1998, cit. por **LE TOURNEAU**, ibid.

109 CA París, 1re ch. B.12 de enero de 1999, cit por **LE TOURNEAU**, ibid.

110 Véase la aguda reflexión que, sobre el tema de pérdida de chances de curación y supervivencia, ofrece Marcelo **LÓPEZ MESA** en su trabajo *“Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación”*, en **Revista de Derecho de Daños**, bajo la dirección de Jorge **MOSSET ITURRASPE** y Ricardo Luis **LORENZETTI**, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 7-52. Muy recomendable, también, es la obra especializada de Juan Manuel **PRÉVÔT** y Rubén Alberto **CHAIÁ: Pérdida de Chance de Curación**, Astrea, Buenos Aires, 2007.

111 V. **VINEY-JOURDAIN**, op.cit., p. 95, nota 451.

112 Cfr. **VINEY** y **JOURDAIN**, op. cit., p. 95 y ss; y **SALLET**, op.cit., p. 3.

113 Por ejemplo, en un caso en el que, a consecuencia de una vacunación obligatoria, se aceleró la evolución de la leucemia padecida por un niño (caso *Époux Boghossian*, de 23 de febrero de 1972, citado por **SALLET**, op.cit., p. 48). Se aplicó, allí, un régimen de responsabilidad sin falta estatuido en el *Code de la Santé Publique*.

114 V. **PAILLET**, Michel: **La responsabilité administrative**, Dalloz, París, 1996, p. 198.

115 Consejo de Estado, 6 de febrero de 1974, *Sieur Gomez*, ADJA 1974, p.456, citado por **SALLET**, op.cit., p. 52.

116 Corte Administrativa de Apelaciones de París, 13 de junio de 1989, *Consorts Lahouel*, ibídem.

117 Corte de Nancy, reunida en asamblea plenaria, de 13 de junio de 1989, ibídem.

118 Corte Administrativa de Apelaciones de Burdeos, 6 de junio de 1989, *Centre Hospitalier de Guéret*, ibídem..

119 Consejo de Estado, 20 de marzo de 1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulouse*, ibídem..

120 Consejo de Estado, 9 de julio de 1975, *Sieur Grandclément*; y 2 de diciembre de 1977, *Dame Rossier*, ambos citados por **SALLET**, op.cit., p. 53.

121 Consejo de Estado, 24 de abril de 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, citado por **SALLET**, loc.cit.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español registra el caso de una pérdida de oportunidad de reimplantación de la mano amputada de un trabajador, a causa de haber sido transportada la mano en hielo sintético y no en hielo natural¹²²

9- **La pérdida de oportunidades a raíz de la negativa al reconocimiento de un hijo.**

La jurisprudencia argentina ha acogido reclamos de pérdida de oportunidades –v.gr., de haber recibido una mejor educación, de haber crecido bajo condiciones mejores de existencia-- originadas en la **falta de reconocimiento de hijos**¹²³. En estos casos, se ha postulado la inferencia del daño *in re ipsa*, sin que sea necesario probar que el hijo haya padecido necesidades. Se infiere, por presunción humana, que el reconocimiento del hijo hubiera implicado mayores oportunidades de desarrollo personal¹²⁴

10- **Pérdida de chances de asistencia alimentaria.**

La jurisprudencia francesa suele acoger los reclamos de pérdida de oportunidad de **asistencia alimentaria**, tanto en materia de vínculos familiares de derecho, como en materia de vínculos *de facto*. Por ejemplo, las oportunidades de asistencia alimentaria perdidas por cónyuges, hijos, parejas de hecho e hijos afectivos de las víctimas directas de accidentes de tránsito¹²⁵. Sin embargo, en materia de oportunidades de asistencia alimentaria de parte de descendientes, la jurisprudencia francesa se manifiesta bastante hostil¹²⁶.

La jurisprudencia argentina ha desarrollado una línea conforme a la cual, en caso de fallecimiento de un niño, se reconoce a los padres el derecho a una indemnización por la pérdida de chance de recibir asistencia alimentaria de parte del hijo perdido, cuando, por virtud del paso del tiempo, los roles generacionales de productividad se hubieren invertido. Esta tesis jurisprudencial, hoy de aceptación mayoritaria en la Argentina¹²⁷, tiene

la particularidad de que cobija la pérdida de chances alimentarias actuales, sino también la pérdida de chances futuras de recibir alimentos, incluso, de un hijo en gestación¹²⁸. Esta doctrina se originó, históricamente¹²⁹, en una época en la que, por razones particulares del Derecho positivo imperante, la indemnización de daño moral estaba condicionada a la comprobación de un delito penal. A fin de no dejar a los padres sin indemnización, en los casos en que, por no haber delito penal de

por medio, no cabía indemnización de daño moral, la jurisprudencia halló una válvula de escape hacia la justicia en la figura del pérdida de chance de un lucro. Posteriormente, el requisito del delito penal fue eliminado del Derecho positivo argentino, a los fines de la procedencia de la indemnización del daño moral de afección; pero, para entonces la tesis de la resarcibilidad de la pérdida de chance de alimentación futura ya estaba muy arraigada en la cultura jurídica argentina.

122 Sentencia de 10 de octubre de 1998 (EDE 25080), citada por Mariano **YZQUIERDO TOLSADA**, op.cit., p. 154. Comenta dicho fallo el ilustre tratadista español, en los siguientes términos: “*Entiende el Supremo que hubo negligencia en la A.T.S., pero también que no se le podía imputar el fracaso en el reimplante, pues, incluso aunque el miembro no hubiera llegado al centro hospitalario, como llegó, en avanzado estado de congelación, resulta que ni siquiera en condiciones normales es seguro el éxito en la operación. Lo que sí se le imputó fue entonces la simple pérdida de la oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano de la que no se sabe si hubiera dado resultado. Una pérdida de expectativas que se valoró en un millón quinientas mil pesetas.*”

123 Por ejemplo, Suprema Corte de Mendoza, Sala I, 25 de mayo de 2004, citada por **MEDINA**, Graciela: *Pérdida de chance y responsabilidad por daños en el Derecho de Familia*, en **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 31.

124 “*Resulta evidente que por carecer de aporte alimentario el reclamante debió verse impedido de un mejor bienestar, de una mayor educación, de mejores esparcimientos y que se trata de hechos que no requieren prueba, pues es de público y notorio que con mayores ingresos se tienen mayores posibilidades...*” CCCLab. de Gualeguaychú, 4-9-2007. **Chances**, op. cit. pp 487-488.

125 V. **LE TOURNEAU**, op.cit., n. 1428.

126 V. **LE TOURNEAU**, op.cit., p. 393.

127 Aunque no sin estar expuesta a críticas, al menos en cuanto modelo indemnizatorio general. V. **ZANONI**, Eduardo: *El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales*, en: **Chances. Revista de Derecho de Daños**, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pp. 102-107.

128 C2aCCom.de la Plata, sala III, 15-2-2007. En **Chances**, op.cit., p. 329.

129 Según explica **ZANONI**, citando a **ORGÁZ** y a **IRIBARNE**. Ibidem, p. 105