

La pérdida de la oportunidad, daño a una situación favorable

The Loss of Chance, damage to a favorable situation

David Ellister Zamora-Smith

Universidad de Panamá

República de Panamá

david.zamora@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8781-1222>

Recibido: enero 2025

Aprobado: marzo 2025



Resumen

El daño es un concepto unitario que se divide en una serie de rubros indemnizables para facilitar su estudio y reconocimiento en juicio, entre ellos, la pérdida de oportunidad o de chance (galicismo). Esta figura ha sido problemática, ya que, una vez frustrada, desaparece la probabilidad de perseguir el resultado beneficioso, y por ende, dificulta al juzgador reconocer el grado de concreción que tenía la víctima previamente al hecho dañoso. Este rubro indemnizable consiste en el detrimento de un interés jurídico y se expresa como la injusta interrupción de una situación favorable que mantenía la víctima antes del hecho ilícito acaecido. Así, en el presente trabajo se pretende reconocer la importancia de evidenciar, analizar y reconocer la existencia de una -previa- situación favorable para la víctima, antes del acaecimiento del hecho nocivo. Para demostrar su viabilidad, hemos recurrido a un breve recuento histórico, a la doctrina, al derecho comparado, a las normas extranjeras que reconocen expresamente la figura en estudio y a la evocación de casos emblemáticos. Todo ello ante la fiel premisa de que el derecho de daños se rige por el principio de reparación integral.

Abstract

Damage is a unitary concept that is divided into a series of indemnifiable items to facilitate its study and recognition in court, including the loss of opportunity or chance (galicism). This figure has been problematic, since, once frustrated, the probability of pursuing the beneficial result disappears, and thus it is difficult for the judge to recognize the degree of concreteness that the victim had prior to the harmful fact. This indemnifiable item consists of the detriment of a legal interest and is expressed as the unjust interruption of a favourable situation maintained by the victim before the wrongful act occurred. Thus, the present work aims to recognize the importance of evidencing, analyzing and recognizing the existence of a favourable situation

for the victim before the occurrence of the harmful event. In order to demonstrate its feasibility, we have used a brief historical account, the doctrine, comparative law, foreign standards which expressly recognize the figure under study and the evocation of emblematic cases. This is in the light of the correct premise that the right to damages is governed by the principle of comprehensive reparation.

Palabras claves

Daño, derecho civil, interés jurídico, relación de causalidad, responsabilidad civil.

Keywords

Damage, civil law, legal interest, causal link, civil liability.

Introducción

En la actualidad, la responsabilidad civil se centra en la reparación integral, concepto que, si bien es complejo de materializar en su totalidad, tiene como propósito que todo menoscabo sufrido injustamente por una persona sea reparado. Sin embargo, ¿qué sucede cuando situaciones favorables son injustamente arruinadas por un tercero? Ciertamente, esta condición enmarca un supuesto de hecho en el que resulta necesario que la víctima pueda presumir con certeza la oportunidad de adquirir una ventaja, un beneficio, un premio o de evitarse un detrimento, supuesto que puede evidenciarse tanto en un escenario contractual como extracontractual.

Como antecedente de mayor referencia tenemos que la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, Resolución de fecha 11 de mayo de 2015 reconoció que la pérdida de oportunidad como daño a una situación favorable demuestra una ponderación aceptada doctrinal y jurisprudencialmente, específicamente, cuando las partes se vean afectadas por el incumplimiento de un contrato, funcionando desde entonces la figura en estudio se estima dentro de los parámetros de un arbitraje en derecho, esto a pesar de su ausencia regulatoria.

La importancia de esta investigación consiste en evidenciar que, al arruinar la situación favorable de forma antijurídica, puede solicitarse su reconocimiento por el derecho. Por consiguiente, nos hemos centrado en definir cómo el daño, como concepto unitario, ha sido ampliado por la doctrina y por el derecho comparado, llegando a nuestros tribunales por medio de la jurisprudencia. De esta forma, se pretende brindar herramientas para asimilar la existencia de un derecho más justo.

1. La responsabilidad civil y el daño

La responsabilidad civil tiene como primer sistema de aplicación la venganza privada, aplicada principalmente por hombres libres (*Lex talionis*). Luego pasó a la composición voluntaria evolucionando hacia la composición legal y seguidamente se intensificó la represión del Estado hasta llegar con el actual sistema de responsabilidad civil con sus antecedentes próximos en Francia, siglo XIX, resultado de los estudios de Jean Domat y Robert Joseph Pothier quienes influyeron en la elaboración del Código de Napoleón (1804) específicamente artículos 1382-1384 (Mazeaud *et al.*, 1977).

Así también tenemos que la noción de responsabilidad civil tiene como principal

tarea reprimir el daño injusto causado a otro, como bien dispone nuestro Código Civil (1916), artículo 986 en materia contractual y artículo 1644 en materia extracontractual, por no cumplir con el deber legal impositivo de no dañar a los demás (Principio de Ulpiano que reguló la vida de la sociedad romana: *alterum non laedere*)¹.

Dicho esto, tenemos que los elementos de la responsabilidad que deben concurrir para que se exija indemnización son los siguientes: el hecho ilícito, el factor de atribución, el nexo de causalidad y el daño; siendo el último de ellos el que activa la obligación de reparar lo afectado, ya que, de lo contrario, no tendría sentido cuestionar la existencia de los demás elementos si el daño no cuenta con las cualidades de serio, cierto y subsistente.

Para Bustamante (1997) el daño es: “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones legítimas (daño moral)” (p. 167). De este modo, todos los daños que sean ciertos merecen ser reparados, y, por ende, su indemnización debe ser reconocida por el derecho, incluso cuando el rubro indemnizable no se encuentre registrado de forma expresa en el derecho positivo.

Reiteramos que lo importante es que se repare el daño injustamente percibido, lo que no siempre coincidirá en un bien jurídico. Para justificar lo anterior nos apoyamos en el concepto legal que ofrece el Código Civil

y Comercial de la Nación (2015) (Argentina) en su artículo 1737 cuando destaca que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico [...]”.

La noción anterior se resume en el “*interés jurídico*”, término más abarcador que el “bien jurídico”, ya que no solamente contempla las cosas, sino que también rescata el valor mismo del derecho subjetivo del individuo, lo que le permite acudir ante al juez para reclamar la afectación del ejercicio de su derecho. Siendo así, cuando el interés jurídico ya no sea ejercitable, deberá ser susceptible de un valor, como ocurrió con la intimidad, el honor, la reputación etc. (Picasso et. al., 2021). Dicho esto, pretendemos enfatizar que el interés jurídico que afectado se puede encontrar en la alteración injusta de una situación legítima y favorable en la que una persona ya no pueda concretar -por causa de otro- sus necesidades o proyecciones.

En consecuencia, considerar que el daño de una seria y real situación favorable no sea reparado sería considerar que existe un daño jurídico, o, dicho en términos metafóricos, que el Derecho permite que se produzca, por muy perjudicial que resulte, la alteración del devenir de la persona (Yzquierdo, 2021). En consecuencia, una decisión inicua del juzgador colocaría en desventaja a la víctima y, a su vez, estaría contrariando el principio básico de reparación integral.

2. La pérdida de la oportunidad: un daño a una situación favorable

Cuando nos referimos a la pérdida de la oportunidad conviene profundizar en

¹ Del latín que significa “no dañar a otro” elaborado como precepto por Ulpiano. Este principio conforma uno de los tres principios cardinales que fundamentan lo justo (“*ius*”), vivir honestamente (“*honeste vivere*”) y dar a cada uno lo suyo (“*suum ius cuique tribuere*”).

definiciones menos tradicionales del “daño”. Por ejemplo, De Cupis (1975) señala que: “[el] daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (p. 85), mientras que Gamarra anota que el daño es la contrafigura de la ventaja, provecho o beneficio que golpea una situación positiva, individualizada en un bien o en una ventaja que termina por suprimirse por otro (como se citó en Prévôt y Chai, 2007, p.2).

El daño no solo constituye el detrimento o el menoscabo a un bien jurídico, sino que también, como ya mencionamos, consiste en la lesión de un “interés jurídico”, lo que puede incluir la reclamación del derecho legítimo de un modo de “estar” diferente al que se encontraba la víctima con anterioridad al hecho lesivo. Con la situación favorable arruinada, se afecta la certeza de una esperanza legítima con probabilidad de éxito, lo que en sí supone un perjuicio.

Explicado lo anterior, conviene referirnos a los orígenes de la figura, su noción y la configuración del nexo causal para evidenciar la existencia del daño a una situación favorable.

2.1. Orígenes del rubro indemnizable

La teoría jurídica de la pérdida de la oportunidad tiene sus inicios a nivel jurisprudencial en Francia como “*la perte d’une chance*” y, luego en Inglaterra, como “*The loss of chance recovery*”, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, bajo el análisis del cercenamiento de ganar un proceso judicial y un supuesto de concurso de dotes artísticos, respectivamente.

Por su parte, la primera resolución que mencionó en sus considerandos el análisis de la «*perte de chance*» data del 17 de julio

de 1889. Se refirió a la obstaculización de un funcionario en tramitar un recurso de apelación dentro de un proceso judicial, lo que afectó al interesado sin que pudiera conocer cual hubiese sido el resultado del proceso de haber prosperado el recurso. Seguidamente, la *perte de chance* fue invocada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en Francia, por medio de la Sentencia de 17 de marzo de 1911, con relación al ejercicio profesional de la abogacía ante la omisión de ejercer la acción correspondiente.

Paralelamente, en el derecho inglés, *The loss of chance recovery* fue analizado por la Corte de Apelaciones en sentencia de 1911, en la controversia *Chaplin vs Hicks*, respecto a un concurso de selección de 12 artistas teatrales que tendrían trabajo por 3 años, pero que serían electas de las 50 más votadas por los lectores del periódico. Al ser preseleccionada dentro de los 50 preliminares, la señorita Chaplin, con altos dotes artísticos, fue notificada del lugar y la hora de la audición de forma tardía, por lo que no le fue posible llegar a tiempo, cercenándole así una situación favorable. El señor Hicks tuvo que indemnizarla por la negligencia de su gestión.

En 1917, otra sentencia del derecho anglosajón, caso *Kansas City del Texas Court of Civil Appeal M. & O. Ry. Co. vs Bell*, consistió en que el demandante tuvo la oportunidad real y cierta de ganar el premio en una feria de ganado, pero ello fue frustrado por el retraso del transporte de los animales.

2.2. La oportunidad o chance

En términos sencillos, la oportunidad (u chance) es la posibilidad seria, cierta y objetiva de conseguir algo en torno a determinado acontecimiento futuro. Por su parte, Ríos (2019) considera que el derecho de chance es

“la situación fáctica de una legítima y probable expectativa de obtener una ganancia o evitar un perjuicio” (p. 177).

En palabras de Zannoni (1993):

la chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esperanza al sujeto, conlleva un daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado como tal (p. 78).

Sigue diciendo el autor que la razonabilidad de esta contingencia debe ser seria, esto quiere decir que la chance debe ser real y objetiva, con una alta probabilidad de concretarse según el normal transcurrir de los hechos o, dicho de otro modo, que sea una oportunidad con serias probabilidades de producirse.

El derecho de oportunidad (chance) considera una órbita en la que existe la legitimidad y la facultad de ejercitar el acceso a un provecho o beneficio (o la potencial viabilidad de evitar un daño), por lo que considera una probabilidad de resultado razonablemente efectivo, aunque al mismo tiempo aleatorio y desconocido. Y es que la propia existencia de la oportunidad (chance) descansa en la incertidumbre, en la expectativa de su éxito y que no se puede prever hasta que se concrete, pero a causa del agente, ya no se concretará, siendo precisamente esto lo que se le reprocha como consecuencia de su conducta.

El hecho de ostentar el derecho de “oportunidad” o “chance” implica la “probabilidad” intrínseca de obtener un premio, un beneficio, una ganancia o la facilidad de evitar un perjuicio o pérdida. Ello no quiere

decir que se trate del reconocimiento de una mera expectativa, sino de una probabilidad razonable para no incidir en lo hipotético o eventual.

2.3. El daño en la oportunidad

Debe tenerse en cuenta que nadie está facultado para destruir la libertad de otro en una sociedad que goza de seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, la destrucción del curso normal de la víctima de ejercitar su derecho a acceder a los beneficios, ganancias o situaciones favorables, constituye la destrucción de un interés jurídico en la situación favorable que -muy probablemente- gozaría la víctima sino hubiese sido alcanzado por lo injusto.

De tal forma, para que se configure el daño en el derecho de oportunidad (pérdida de oportunidad o pérdida de chance), consideramos esencial la concurrencia de tres elementos: (i) certeza de existencia de una oportunidad (seria, cierta, objetiva y legítima); (ii) Probabilidad del resultado esperado (expectativa), y; (iii) la destrucción o disminución significativa de la oportunidad de percibir el probable beneficio esperado (frustración en la chance u oportunidad).

Como ya mencionamos, para que la oportunidad cobre relevancia jurídica, debe existir una razonable y seria “probabilidad” de lograr una “expectativa”, la cual debe estar objetivamente evidenciada antes del acaecimiento del hecho ilícito y no como un hecho meramente accidental o remoto.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad por daño en la pérdida de la oportunidad, nos situamos ante una particularidad: bajo este rubro, el ofensor nunca será responsable de la no concreción

del resultado final, sino exclusivamente de la “oportunidad frustrada”, que logra su balance en el grado de las probabilidades objetivas de éxito, en la medida que la misma pudo llevarse a cabo: a mayor probabilidad de éxito que evidenciaba la oportunidad, mayor grado de indemnización.

Ahora bien, asignarle valor a la oportunidad utilizando como factor determinante el grado de éxito que tenía la víctima en su probabilidad ya resulta bastante problemático. Aunque muchos consideran que la expectativa –por incierta- no debe formar parte del valor de este daño, la simple lógica nos lleva a reconocerla como referente.

A pesar de ello, la expectativa se verifica con medios objetivos, como los datos empíricos o el conocimiento previo ante situaciones abstractas y similares, la estadística, las evidencias actuariales y la legitimidad del objeto perseguido, etc.; y también con medios subjetivos, centrándonos de forma muy particular en la legitimidad del sujeto en cuanto a sus condiciones y variables necesarias para reclamar la pérdida de la oportunidad, sus capacidades, sus cualidades y los factores de tiempo, modo y lugar con los cuales hubiese ejercitado su derecho de oportunidad.

Gherzi y Weingarten (2016) agregan un elemento que podría facilitar este análisis: la “historicidad”, un ejercicio detallado de retrospectiva que evoque una mirada en lo viable y realizable; es decir, como si el daño en la oportunidad no hubiese sido causado, simulando la extirpación del hecho dañoso del escenario, con el fin de evidenciar que existió un injusto y sustancial cambio en el normal devenir de la víctima. Una reflexión que acude como referencia para fijar la magnitud de la

expectativa, coeficiente del daño existente en la pérdida de la oportunidad.

A tal efecto, Krieger y Jalil (2021) opinan que es necesario un doble esfuerzo probatorio

se debe probar la posibilidad cierta de obtener el incremento patrimonial [...] y por otro, el grado de posibilidad que tenía de obtener el premio, dado que, cuanto mayor sea la certeza sobre las posibilidades de incremento patrimonial, mayor será el monto por reconocer sobre el incremento perdido (p. 35).

Esto se debe a que el daño gira en torno a una situación fáctica que, de ser injustamente frustrada, se convertiría en un evento desfavorable para la víctima, sin que sea necesario acreditar otros rubros indemnizables más que la oportunidad perdida como daño injusto y con indiscutibles consecuencias.

2.4. La pérdida de la oportunidad es un daño autónomo y actual

La pérdida de la oportunidad es autónoma porque constituye una afectación a la oportunidad misma -y no una fracción de la misma-, lo que se configura como una lesión distinta al daño emergente, al lucro cesante o el daño moral. Es actual toda vez que la oportunidad, como situación legítima, debe ser cierta y real al momento de su frustración, lo que lo hace un detrimento indemnizable.

2.5. El nexo de causalidad se dirige a la oportunidad cercenada

La configuración jurídica del nexo causalidad pasa por una serie de cambios, sentidos y significados hasta que se obtiene

una noción para el derecho (Frota, 2016, p. 41), pero nos limitamos al significado de nexo de causalidad que se dirige a evidenciar la correspondencia que existe entre un hecho ilícito y el daño que efectivamente producido en cabeza de la víctima.

Primeramente, debemos aclarar que la dificultad de establecer la relación de causalidad en los supuestos de pérdida de la oportunidad está en el error de establecer el vínculo entre el hecho ilícito y el resultado final esperado, pero cabe anotar que la ausencia de concreción de la expectativa solo se obtiene con el ejercicio de la oportunidad, que sea dicho de paso: ha sido destruida por el agente.

Afirma Chabas que la relación de causalidad debe existir entre el hecho ilícito lesivo y una “chance” y “nada más que eso”, el acaecer lesivo es la expectativa de competir, participar, y no el resultado de ganar y triunfar que no resultan imputables a quien destruye esa probabilidad como lo explicaremos a continuación (como se citó en Prévôt y Chai, 2007).

Ramos (2024), aporta una reflexión con razonado atino cuando señala que el nexo causalidad

se impone determinar mediante patrones objetivos, un pronóstico causal sobre la incidencia del hecho lesivo en aquella oportunidad beneficiosa, es decir, [...] representa la conducta activa o pasiva del dañador, en la cadena causal al punto que frustra el probable beneficio para la víctima (p. 82).

El nexo de causalidad es entre el hecho

antijurídico y el perjuicio en la oportunidad misma, al punto de considerar que sin ese acto (ilícito) el ejercicio de la situación favorable seguiría latente (De Trazegnies, 2000). En ese sentido, la relación entre causa y efecto no solamente es previsible, sino también directa e inmediata.

En este caso, la consecuencia esperada con el ejercicio de la oportunidad registra porciones de incertidumbre (el azar, el riesgo, la naturaleza misma) que corresponde a otro evento ajeno al actuar ilícito. Esto es así, porque el éxito, aun con el pleno ejercicio de la oportunidad, depende de otros factores externos, como la propia gestión y esfuerzo del agente para lograrlo. Por consiguiente, reiteramos que la expectativa en el premio o el éxito, por definición, no puede ser absoluta sino probable.

A tener en cuenta que, para reconocer el nexo causalidad entre la pérdida de la oportunidad y el hecho ilícito, resulta necesario apartarnos de los viejos dogmas que solicitan una idea absoluta del nexo causalidad (del todo o nada), que solo entraría en escena para desnaturalizar la función primordial de la responsabilidad civil, reparar íntegramente los daños ocasionados para que los mismos no sean soportados injustamente.

Vemos entonces que el nexo causalidad, cuando se trata de la pérdida de la oportunidad, tiene una función justa, dado que busca que se indemnice con equivalencia el daño producido por la conducta del agente, rebanando la cuota que corresponde al azar y el riesgo natural en cabeza de la víctima. Ante tal efecto, es totalmente aceptable que el nexo causalidad en la pérdida de la oportunidad presente poca claridad, y esto se debe a que la dinámica de este daño cuestiona “una situación favorable”

más que a un bien jurídico tradicional.

Es decir, que se adentra en lo fáctico y no siempre muestra evidencias tangibles o económicas, más que una reflexión retrospectiva y prospectiva necesaria en los hechos acreditados en juicio: “¿qué hubiese sido si no se hubiese frustrado la oportunidad?”.

En síntesis, lo natural y cotidiano de la expectativa no puede ser disipado del panorama. Es allí que el nexo de causal opera con una suerte de concausa “conjunta”, en el que los dos factores, hecho ilícito, y del otro lado, el azar, el riesgo o simplemente incertidumbre natural en la expectativa impiden que la chance sea resarcida con el equivalente del premio o beneficio total deseado.

Por ejemplo, un paciente de cáncer con 50% por ciento de supervivencia fallece por falta de diagnóstico oportuno. Ciertamente, este hecho no fue el único que causó el fallecimiento de la víctima, reduciendo sus posibilidades a 0%. La enfermedad ya venía deteriorando su nivel de supervivencia, por lo que ese otro porcentaje del 50% no puede ser achacado al galeno, ya que es ajeno a su actuar negligente. Y es que no podemos obviar que el paciente llegó por atención con previas limitaciones de sobrevivir, siendo injusto reprocharle al galeno una responsabilidad total en el daño final (muerte), sino por la pérdida de la oportunidad de supervivencia del paciente.

Es por ello que la indemnización en casos médicos derivados de la omisión, o bien, de la tardanza en la prestación de los servicios de curación, queda acreditada con la probabilidad que tenía el paciente de preservar su vida.

3. Ejemplos y casos de referencia

El daño en la pérdida de la oportunidad, con efecto de afectación en una situación favorable,

se evidencia en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ha cobrado incluso interés en los estudiosos del derecho en lo que respecta a los supuestos de responsabilidad precontractual (Viney, 2007), cuya naturaleza jurídica aún se discute.

Con ello, solo queremos resaltar que los casos no se limitan al supuesto del caballo de carrera que no llega a tiempo a la competición por culpa de un conductor negligente que ocasionó un accidente de tránsito. Caballo que, a pesar de ser el favorito, no puede ser indemnizado con la suma que obtendría de haber llegado en el primer lugar de la competición, dado que no puede ignorarse el alea natural que existe en el hecho de concursar en una carrera que requiere esfuerzo y contempla riesgos que el propio caballo debe asumir para lograr el primer puesto.

La figura en estudio destaca como un daño en los procesos de curación o supervivencia del paciente por mala praxis médica y en los litigios judiciales por negligencia del abogado por no presentar una acción judicial en el tiempo oportuno o en aquellos casos que deja precluir un término judicial negligentemente, privando a su cliente de una probabilidad de triunfo.

Nos referiremos a casos emblemáticos que nos permiten demostrar que la pérdida de oportunidad, como afectación a una situación favorable, ha sido reconocido en diversos supuestos:

- Estados Unidos (1925): *Zinnel y United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp.*, en el que se discutió sobre la vida de un marinero que cayó de la borda y no pudo ser rescatado, siendo el debate la culpa de un resultado que no se podía

comprobar. Tras la ausencia de una cuerda de seguridad de tres pies por encima de la cubierta y cuya existencia no implicaría la certeza de que el marinero habría sujetado la misma o que al sujetarla habría detenido su caída y salvarse, perdiendo la oportunidad de sobrevivir.

- Italia (1983): en materia laboral, la *Corte di Cassazione* reconoció el resarcimiento por la *perdita di chance* de dos sujetos que habían visto desvanecidas injustamente su situación favorable de trabajo. El empresario solicitó a la empresa de colocación una serie de trabajadores para una contratación, siendo estos sometidos a las pruebas físicas, pero no a las psicotécnicas, privándolos así de ser ascendidos.
- Italia (1992): uno de los casos más simbólicos de la pérdida de oportunidad se ventiló en materia de rescisión contractual, por medio de una demanda interpuesta por un equipo de carreras en contra de su propio piloto, por una supuesta “falta de voluntad de integrarse al equipo”, dado que el conductor se comprometió a obtener los mejores resultados y a causa de la estricta interpretación, después de las primeras pruebas se excluyó al piloto por vaticinar prematuramente malos resultados en sus compromisos. El piloto, sin mediar mayores confrontaciones, contrademandó igualmente la rescisión del contrato por incumplido, el pago de la devolución del contrato y la indemnización por daños, perjuicios y pérdida de posibilidades, dado que fue excluido ilícitamente del Campeonato Intercontinental de Fórmula 3000, el cual comprometía su posibilidad de ser partícipe de la competición de Fórmula 1 (máxima de la disciplina deportiva) y cuyo requisito obligatorio era haber competido previamente en ligas inferiores.
- España (1998): se analizaba como perspectiva de un daño inmaterial por tratarse de un caso de oportunidad de curación. Se trata del caso de un enfermo con dolor precordial con radiación a cuello y brazo no admitido en un hospital y remitido a otro, ocasionó gravedad en el paciente, dejando de hablar y respirar en el trayecto, falleciendo a la llegada del derivado nosocomio. El Tribunal consideró la negligencia del primer centro médico al rechazar la atención e ingreso del enfermo, pero supuso que el daño a indemnizar no correspondía a la muerte sino la oportunidad de sobrevivir.
- España (2006): el Tribunal Supremo, Sala 1ª, continuó con esta innovación mediante resolución de 10 de mayo de 2006, nuevamente reconoció la pérdida de oportunidad por violación al deber de informar en el caso de una niña en el que se le diagnosticó un tumor en la pierna, y ante la probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación ocasionándole alteraciones en el nervio ciático provocando así una segunda operación, pero esta vez con mayores secuelas. Se reconoció el daño a la pérdida de oportunidad porque la segunda intervención no era urgente, pero no se informó debidamente a la paciente para desistir de la operación a pesar de las primeras secuelas.
- Brasil (2011): el *Órgão Julgador 31ª Câmara de Direito Civil*, el 6 de septiembre de 2011 reconoció la pérdida de obtener un resultado favorable cuyo antecedente descansa en el abandono familiar, más

allá de lo afectivo, por una oportunidad de educación y ayuda económica que el padre no proporcionó a su hijo, privándolo de la situación favorable para prepararse adecuadamente para la vida laboral.

- Argentina (2014): el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), en su artículo 1738. “Indemnización”, comprende, entre otras cosas, “la pérdida de chances”. Seguidamente rescata en su artículo 1739. “Requisitos”, que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.
- Francia (2015): *Le Tribunal d’instance* reconoció la pérdida de oportunidad de supervivencia de un caballo, por no ofrecerle tratamiento y salvarlo por la ausencia de exámenes de rutina, retrasando el suministro de antibióticos llevándolo a ser sacrificado.
- Panamá (2017): la Sala Primera de lo Civil, bajo la ponencia de Hernán De León Batista, se pronunció sobre el particular en el caso de Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo), cuando reconoció el daño por pérdida de oportunidad de ascenso de los demandantes, uniformados del cuerpo de Operaciones Especiales Motorizadas (“*linces*”) de la Policía Nacional, quienes realizaban su ronda de rigor en la provincia de Bocas del Toro pero fueron perjudicados en su anatomía al perder la pierna izquierda debido a un accidente de tránsito por parte del vehículo conducido por el señor Atencio Araúz. Como consecuencia del accidente, ambos fueron

reasignados a trabajos administrativos en la institución en la cual laboran “como oficinistas”, lo cual dio paso para que la judicatura desarrollara sobre la pérdida de posibilidad de un futuro mejor de los miembros de la fuerza pública (ascenso). Las consideraciones se fundaron en la certeza de chance de los oficiales en ascender si hubiesen permanecido como “policías operativos”, con un toque de incertidumbre porque todavía no eran plenos merecedores del cargo al momento de los hechos analizadas en dicha causa.

- Panamá (2019): la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y de lo Laboral reconoció la existencia de la pérdida de oportunidad como consecuencia de la emisión del Decreto No 25 de 11 de noviembre de 2014, proferido por el Tribunal Electoral (el cual fue declarado inconstitucional previamente a la interposición de la demanda). El mencionado decreto impidió al demandante la posibilidad de resultar reelecto al cargo de Diputado de la Asamblea Nacional para el periodo 2014-2019. El actor judicial era un político previamente aceptado y venía ocupando el cargo por cuatro (4) periodos consecutivos. La superioridad reconoce la pérdida de oportunidad bajo el fundamento de que existían otros candidatos a Diputados y que ello dificultaba afirmar que existiera certeza que el demandante hubiese resultado electo, considerando que lo evidenciado se dirigía más bien a “una probabilidad”, toda vez que debía superar a otros candidatos en las elecciones generales, existiendo dos curules a ocupar en su circuito.

- Principios de *Unidroit* (1995). Estos principios contemplan específicamente en el artículo 7.4.3., numeral 2, la “pérdida de la oportunidad”. Dicho artículo reza así: “La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca”.

4. Impresión en su reclamación

La pérdida de oportunidad como un daño a una situación favorable no prospera en decisiones judiciales o arbitrales a causa de la impresión con la que es invocada y acreditada.

Son varios los casos en que este daño es citado de forma desmedida sin tan siquiera adentrarse a acreditar los supuestos básicos en el que se apoya este daño resarcible: la oportunidad y su valor en la expectativa. Ambos aspectos están sujetos a probanza por la parte interesada.

Un ejemplo de ello lo proporciona la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, por medio de Resolución de 8 de septiembre de 2015, bajo la ponencia del entonces Magistrado Hernán de León Batista, cuando afirma que:

[...] el simple hecho de ser propietario de dos fincas sobre las cuales pesa una

anotación provisional de la demanda, sin indicio alguno de que el dueño pretendiera un proyecto o su venta, no basta para acreditar que perdió la “posibilidad” de obtener un posible beneficio”.

Para ejemplificarlo, el caso en que una chica que ha sufrido una lesión visible en el rostro (cicatrices ampliamente visibles), “desea” ganar el título de Miss Universo, al no encontrarse inscrita en el certamen nacional de belleza de su país para ser seleccionada entre las finalistas nacionales, no puede presumir la existencia de la oportunidad frustrada de no poder ser la reina de belleza del Mundo. Hasta aquí se omite la seriedad de la probanza del hecho cierto que constituye la oportunidad, pero también puede darse el caso en el que no se compruebe las probabilidades serias de éxito en la expectativa esperada.

Por último, debemos enfatizar en que el daño no consiste en un acto de beneficencia en el que el juez ensaya cuando el daño en juicio sea ambiguo, o bien, cuando pretenda reconocer parcialmente el daño con una discrecionalidad que no amerita el caso. Muy por el contrario, es un rubro que permite aplicar las más concretas y recíprocas facetas de justicia ante el daño acaecido.

Conclusiones

Con el concepto de reparación integral se busca que todo daño serio, cierto y subsistente sea indemnizado con fundamento legal en el Código Civil (1916) artículos 986 (responsabilidad contractual) y 1644 (responsabilidad extracontractual). Independientemente del régimen de responsabilidad que se considere aplicado debemos coincidir en que el agente, en ninguno de los supuestos, tiene la facultad para destruir la libertad de la víctima de permanecer como aspirante de una situación favorable o beneficiosa.

El derecho en la oportunidad ha sido reconocido por diversos sistemas jurídicos, por lo que el daño en ella debe comprenderse como la afectación de un interés jurídico, o dicho de forma práctica para los objetos de nuestro estudio: en una situación favorable. Obviar este supuesto sería asentar que el derecho está de acuerdo con que se produzcan efectos nocivos en la víctima, propagándose acontecimientos injustos y la errada idea de que se trata de un daño “jurídico”.

Entendemos que el daño -en general- constituye todo detrimento o menoscabo a un bien jurídico, también incluye la lesión de un “interés jurídico”, lo que puede traducirse a una real, cierta y razonable situación favorable,

es decir, un modo de “estar” diferente al que se encontraba la víctima con anterioridad al hecho lesivo. Si esta situación favorable es cercenada de manera injustificada, se afecta la certeza de una esperanza legítima con probabilidad de éxito, lo que en sí supone una afectación ilegítima.

Así pues, la posibilidad de que un marino pudiese salvarse la vida con la correcta colocación de las cuerdas de seguridad en un buque, para que no cayera por la borda; la negligente convocatoria de ciertos aspirantes a un empleo; la pérdida de oportunidad de curación y de sobrevivencia en materia médica, la pérdida de oportunidad del ejercicio adecuado del consentimiento informado para evitar secuelas más graves en el paciente, la pérdida de aptitudes físicas para ascender en cargos operativos de la Fuerza Pública o de perder la probabilidad de ser relecto como diputado por causa de una norma inconstitucional, son algunos de los ejemplos que confirman que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como una afectación a una situación favorable, no consiste en una utopía, casos en los cuales se concreta el evidente desplazamiento de una posición beneficiosa en la que se encontraba la víctima desde antes del hecho antijurídico.

Recomendación

Con el propósito de una correcta aplicación del principio de reparación integral, corresponde al juzgador reconocer todos los derechos afectados a una persona los cuales no solamente se traducen a meros bienes jurídicos, sino también a intereses jurídicos, como es el caso de una situación favorable que mantenía la víctima. Por otro lado, en el caso de figuras jurídicas innominadas en la ley, como ocurre con la pérdida de oportunidad, no es óbice para que la misma sea desconocida

por el juzgador. En ese sentido, consideramos de suma importancia que la figura en estudio sea contemplada en futuras reformas al compendio civil patrio, con el fin de preservar el cuidado que los miembros de la sociedad deben tener con sus semejantes, proporcionar seguridad jurídica a los miembros de la sociedad, y al mismo tiempo, garantizar el reconocimiento como daño indemnizable de forma indiscutible.

Referencias bibliográficas

- Bustamante, J. (1997). Teoría General de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot.
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 octubre 7, 2014, 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Código Civil de la República de Panamá, 1916. Ley 2, agosto 22 de 1916. 22 de agosto de 1916 (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales. Resolución de 11 de mayo 2015 (Magistrado ponente: Luis Ramón Fábrega S.; mayo 11, 2015).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil. Resolución de 8 de septiembre de 2015 (Magistrado ponente: Hernán A. De León Batita; septiembre 8, 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Resolución de 22 de noviembre de 2019 (Magistrado ponente: Carlos Alberto Vásquez; noviembre 22, 2019).
- De Cupis, A. (1975). El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bosch Editor.
- De Trazegnies, F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual, Editorial Temis, S.A.
- Frota, P. (2016). Responsabilidad por daños. Imputación y Nexos de Causalidad, Editorial Juruá.
- Gherssi, C. y Weingarten, C. (2016). Daño al derecho de chance, Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Krieger, W. y JALIL, J. (2021). Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Editorial Astrea.
- H., Mazeaud; L. Mazeaud, y Tunc A. (1977). Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Picasso, S. y Sáenz, L. (2019). Tratado de Derecho de Daños, La Ley,
- Prévôt, J. y Chai, R. (2007). Pérdida de chance de curación, Editorial Astrea.
- Principios Unidroit (2018), Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, sobre los contratos comerciales internacionales.
- Ríos, C. (2019). Sistema de la responsabilidad, Editorial Astrea.

Viney, G. (2007). Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Yzquierdo, M. (2021), Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Dykinson, S.L.

Zannoni, E. (1993). El daño en la responsabilidad civil, Editorial Astrea.

David Ellister Zamora-Smith

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Capítulo de Honor Sigma Lambda; Maestría en Derecho Privado en énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá, Especialidad en Docencia Superior de la Universidad de Panamá, egresado del Programa de Posgrado de Actualización Jurídica de la Universidad de Buenos Aires, estudiante de los Cursos Intensivos Válidos para el Doctorado de la Universidad de

Buenos Aires; ha ocupado los cargos de Escribiente, Oficial Mayor, Secretario Judicial Interino y Asistente de Juez en los Juzgados de Circuito Civil y Seccional Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Ha dictado las asignaturas de Derecho Romano y Derecho Civil V de las Sucesiones en la Licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas y la asignatura de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho Privado de la Universidad de Panamá.