

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**E. P. DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA  
OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANA”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**TESISTAS:**

**Bach. Hipólita Coz Pozo**

**ASESOR:**

**Dr. César Alfonso Najjar Farro**

**Huánuco – Perú**

**2020**



**“UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN”**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**E. P. DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA  
OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANA”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**TESISTAS:**

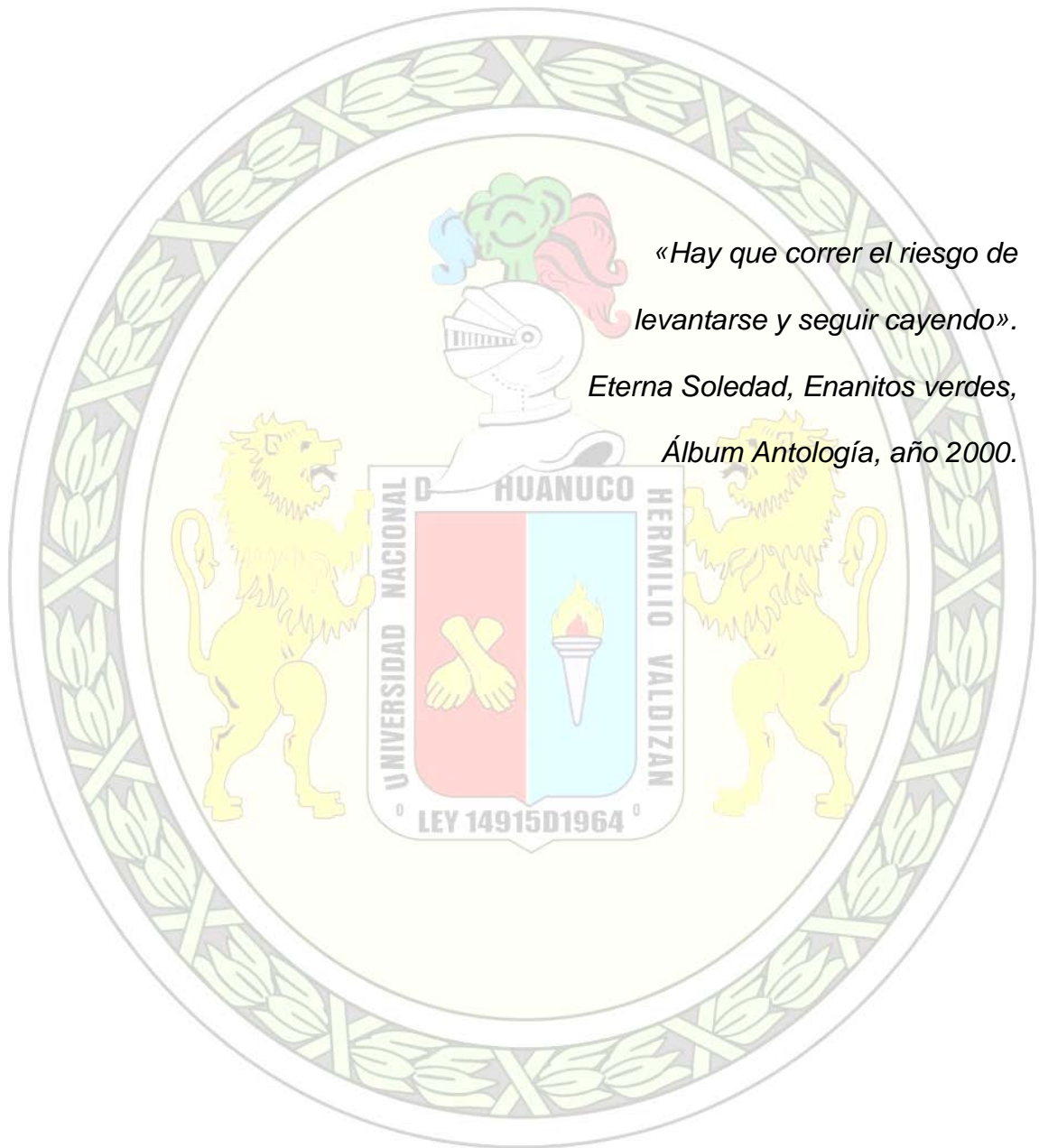
**Bach. Hipólita Coz Pozo**

**ASESOR:**

**Dr. César Alfonso Najjar Farro**

**Huánuco – Perú**

**2020**



*«Hay que correr el riesgo de levantarse y seguir cayendo».*

*Eterna Soledad, Enanitos verdes,*

*Álbum Antología, año 2000.*

**DEDICATORIA**

Este trabajo está dedicado a mis padres quienes han sido mi mayor fortaleza, y mis guías en el tramo de la vida. A ellos mi infinito amor.



**AGRADECIMIENTO**

A mis padres, mis hermanos, amigos y profesores que me han colmado de alegría y entusiasmo para seguir esta noble profesión y continuar en el camino mi preparación académica y profesional.





## RESUMEN

El presente trabajo resume el desarrollo de la teoría de la pérdida de la oportunidad dentro de la doctrina y analiza algunos casos a fin de estudiar en concreto los supuestos de aplicabilidad. Asimismo, este trabajo busca como fin ulterior el reconocer e incluir la teoría de la pérdida de oportunidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya sea través de la jurisprudencia o legislación. Para eso, se hace propicio realizar una introducción sobre algunos aspectos generales de la responsabilidad civil, en seguida se procederá a esquematizar el estudio pormenorizado de esta oportunidad pérdida, sentando las bases de su desarrollo en la doctrina y precisando sus presupuestos concurrentes y las pautas o criterios propicios para no generar un injusto y abuso de la teoría de la pérdida de oportunidad en plano de la realidad. Finalmente, se realizará un esbozo de algunos casos de doctrina comparada y casos en los que se ha discutido la pérdida de una chance.

**Palabras Claves:** Responsabilidad Civil, Pérdida de la Oportunidad, Causalidad, Probabilidad e Incertidumbre

## ABSTRACT

The present work summarizes the development of the theory of loss of chance within the doctrine and analyzes some cases in order to study specifically the assumptions of applicability. Likewise, this work seeks as a further goal to recognize and include the theory of loss of chance within our legal system either through jurisprudence or legislation. To this end, it is appropriate to provide an introduction to some general aspects of civil liability, and then proceed to outline the detailed study of this loss of opportunity, establishing the basis for its development in the doctrine and specifying its concurrent assumptions and the guidelines or criteria that are conducive to not generating an unjust and abusive theory of loss of opportunity on the level of reality. Finally, an outline will be made of some cases of comparative doctrine and cases in which the loss of a chance has been discussed.

Keywords: Liability, Loss of Chance, Causality, Probability and Uncertainty



## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b> .....	II
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	III
<b>RESUMEN</b> .....	IV
<b>ABSTRACT</b> .....	V
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	VIII
<b>I. TEMA Y PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	VIII
<b>II. ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	XI
1. Enfoque de Investigación.....	XI
2. Tipo de Investigación.....	XIII
3. Nivel de Investigación.....	XIV
4. Diseño de la Investigación.....	XIV
<b>III. MARCO SITUACIONAL</b> .....	XV
<b>CAPITULO I: UN ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ</b> .....	17
1. Fundamentos de la responsabilidad civil.....	18
2. La responsabilidad por inejecución de las obligaciones y aquiliana.....	23
3. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.....	25
4. La tutela resarcitoria como fin de la responsabilidad civil.....	26
5. El quantum reparatorio en el sistema de responsabilidad civil....	27
<b>CAPITULO II: ANATOMÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE</b> .....	29
1. Fundamentos del estudio de una pérdida de una chance.....	30

2.	Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad .....	34
3.	Hipótesis para la aplicación de la teoría de la chance.....	38
4.	El desarrollo doctrinal de la pérdida de una chance.....	39
4.1.	Técnica de facilitación probatoria.....	40
4.2.	Técnica frente la incertidumbre causal.....	41
4.3.	Regla de responsabilidad proporcional.....	43
5.	Los presupuestos de la pérdida de la oportunidad.....	44
5.1.	El hecho imputable: la negligencia.....	44
5.2.	La incertidumbre causal.....	45
5.3.	El perjuicio y cálculo de las probabilidades.....	46
6.	La doctrina de la pérdida de una chance en la teoría general de la causalidad.....	49
7.	La reparación de la pérdida de una chance.....	51
<b>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA.....</b>		<b>54</b>
1.	Análisis casuístico en Argentina.....	55
2.	Análisis casuístico en Chile.....	61
3.	Análisis casuístico en Colombia.....	63
4.	Análisis casuístico en España.....	65
5.	Algunos casos en el Perú.....	67
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>70</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>		<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>73</b>

## INTRODUCCIÓN

### I. TEMA Y PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que se realizará tiene como finalidad incluir como criterio la responsabilidad por pérdida de la oportunidad en nuestro sistema jurídico. Debemos señalar, que se parte de que la responsabilidad civil tiene como objetivo la tutela resarcitoria y que la base para resarcir un daño comprende que exista un daño objetivo, cierto y comprobable. En ese sentido, cabe resaltar que el núcleo de la investigación deberá partir en esclarecer si la pérdida de la oportunidad (o chance) se entiende como un daño autónomo o si se comprende dentro de las teorías causalistas. La primera entenderá a la pérdida de oportunidad como un daño en sí, mientras que la segunda, como un nexo causal difuso; entonces, no como un daño en sí sino como una posibilidad considerable del daño.

Por tanto, es la incertidumbre causal estricta la que debe construir la pérdida de una oportunidad en consideración de los supuestos que ha sugerido la jurisprudencia comparada: i) la responsabilidad por mala praxis del abogado; ii) la responsabilidad civil sanitaria y; iii) en la infracción a la obligación de comunicar. Nuestra investigación analizará cada una de estos supuestos para entender la incertidumbre causal como factor común a la aplicación de esta teoría en la práctica jurídica, ya que se hace clara la opinión de entender a esta como un sistema alternativo de imputación (Yong &



Rodríguez, 2011, p. 4) y, además, que el análisis de la causalidad y la culpa corresponde a las valoraciones que realiza el juez dependiendo de cada caso en concreto (Bermúdez, 2013, p. 34).

Así, nuestra investigación permitirá establecer que la tutela resarcitoria también abarque la posibilidad del daño. Esto es, que el concepto de resarcir no solo comprenda el daño mismo, sino que la reparación se extienda hasta la incertidumbre del daño. Pero, en determinados supuestos que ha expuesto la jurisprudencia comparada en donde es aplicable dicho criterio. En efecto, la teoría de la pérdida de oportunidad no es una figura legislada en nuestra codificación civil y menos en una ley especial. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos se ha tratado su regulación y aplicación, entendiéndolo como un daño autónomo o equiparándolo como un daño emergente actual. Su regulación implica entender como resarcible la pérdida de una chance. Ello nos expresa que cuando un sujeto, ya sea por su acción u omisión le quita una oportunidad o chance sugiere un daño reparable.

Empero, la jurisprudencia comparada entiende que la configuración de esta modalidad de daño en determinados supuestos. Entonces, la investigación se aborda no a partir de la casuística nacional sino, a través de la casuística de otros sistemas que han desarrollado dicha doctrina. Esto nos ha permitido un estudio que abarque la optimización de la responsabilidad civil y que su tutela intervenga en supuestos que no deben quedar impunes.

Por consiguiente, nuestra investigación se ha justificado por: i) establecer la incorporación o ii) ser un criterio interpretativo de la teoría de la pérdida de la oportunidad en nuestro sistema de tutelas civiles. Nos cabe mencionar que nuestro trabajo de investigación ha tenido como finalidad indagar la viabilidad de la pérdida de oportunidad como un daño resarcible. De otro, si esta institución se agota como un nexo de causalidad especial. Además, exponemos a esta misma institución como un criterio de equidad aplicable en nuestra legislación civil.

Asimismo, cabe hacer mención de las dificultades para la ejecución y viabilidad de nuestra investigación. De modo que, de lo expresado por la normativa institucional se afirma que el modelo anexado en la página n°15 del actual Reglamento de Grados y Títulos de nuestra universidad plasma un esquema cuantitativo. Uno de sus criterios ha sido pues, la planificación de la muestra en la que se debe abordar la investigación. No obstante, también se señala que el modelo propuesto puede ser adoptado o mejorado de acuerdo a las características singulares de la investigación de cada carrera profesional. El Reglamento solo hace mención de las áreas que puede investigar; pero no se aborda las orientaciones metodológicas que deba seguir. Esto último, es una realidad común a todas las carreras profesionales en pregrado, y nuestra facultad no cuenta con ninguna directiva o reglamento específico sobre los enfoques que se adecuen a las investigaciones de naturaleza jurídica.

Por ello a la búsqueda de nuestro repositorio institucional hemos podido constatar que han sido aprobadas dos investigaciones con este enfoque, ya que el muestreo dentro de sus tesis no se ha consignado. Las investigaciones a las cuales nos referimos son: i) *Derechos del niño y Límites para procrear en el Perú* del Abog. Erick Ronald Sara Falcón<sup>1</sup> y; ii) *Sistematización de la Teoría de la Intervención Delictiva y sus Efectos Prácticos en la Jurisprudencia Peruana sobre la base del Sistema Funcionalista – Normativo* del Abog. Eliezer Elías Camavilca Inocente<sup>2</sup>. Por tales consideraciones y antecedentes, se ha hecho viable seguir el enfoque cualitativo para la ejecución de la presente investigación.

## II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1. Enfoque de Investigación

El enfoque es aquella óptica por el cual se percibe u observa la realidad del fenómeno que se estudia y también, se tomará en consideración los intereses, las intencionalidades y conocimientos del investigador. Ahora bien, haremos uso del enfoque cualitativo porque se recomienda seguirla cuando el tema de estudio ha sido poco explorado o no se ha hecho investigación al respecto en ningún grupo social específico (Hernandez, Collado, & Pilar, 2006, p. 358).

---

<sup>1</sup> Este trabajo se puede ubicar en el siguiente link:

<http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/3906/TD00116C24.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>2</sup> Este trabajo se puede ubicar en el siguiente link:

<http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/1467/TD%2000092%20S26.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



Además, se recalca que las investigaciones cualitativas no se apoyan en datos para confirmar una teoría, sino que estas se fundamentan en procesos inductivos. Estos enfoques realizan un análisis desde premisas específicas a generales (Hernandez, Collado, & Pilar, 2006, p. 8). Entonces, el enfoque cualitativo *“esencialmente desarrolla procesos en términos descriptivos e interpreta acciones, lenguajes, hechos funcionalmente relevantes y los sitúa en una correlación con el más amplio contexto social”* (Martínez, 2011, p. 12).

Así, se observa que la finalidad de este tipo de investigaciones se encuentra en el contexto real, siendo problemas que no se presentan de forma independiente, sino que irrumpen en un contexto complejo y transdisciplinario. (Portilla, Andrés, & Isabel, 2015, p. 92). En efecto, el enfoque cualitativo se centra más en comprender e interpretar el fenómeno. Sus datos se recogen a través de la comprensión de los discursos de los sujetos que ocupan posiciones diferenciales en las estructuras sociales. Por ello, es indiferente que la muestra sea precisa (reflejada en números), porque estos modelos se enfocan más en el proceso descriptivo e interpretativo del fenómeno que se estudia. En consecuencia, Martínez (2006) ha dicho sobre este enfoque *“se interesa en el significado de las experiencias y los valores humanos, el punto de vista interno e individual de las personas y el ambiente natural en que ocurre el fenómeno estudiado, así como cuando buscamos una perspectiva cercana de los participantes”* (p. 11).

En ese sentido, nuestra tesis abordará un tema poco explorado y profundizado en nuestra doctrina de la responsabilidad civil. Por lo que no existe investigaciones con un análisis más científico sobre este tema. En efecto, el legislador del Código Civil de 1984 no incluyeron su regulación. Pero, a puertas de un Anteproyecto de Reforma de nuestra legislación civil actual y con el desarrollo de nuevas relaciones jurídicas, esta teoría puede incluirse en determinados supuestos de hecho específicos. La finalidad se encuentra una optimización en el funcionamiento de nuestro sistema de tutelas civiles. La pérdida de la chance es una institución no regulada ni desarrollada por la jurisprudencia y esta es causa por la que no se puede recoger la información de campo.

## **2. Tipo de Investigación**

La investigación es de tipo aplicado porque se orienta al análisis de los datos de la experiencia y busca construir de forma sistemática los conceptos dentro de la realidad empírica (Lara, 1991, p. 28). Nuestra investigación busca que la teoría de la oportunidad sea la respuesta a ciertos supuestos en el que un sujeto haya perdido una chance debido de contra parte o un tercero. Además, debemos recalcar que según la recolección de información, será de tipo documental por lo que nuestra investigación se basará – esencialmente – en *la información recogida o consultada en documentos o cualquier material*

*impreso susceptible de ser procesado, analizado e interpretado* (Álvarez, 2002, p. 32).

### **3. Nivel de Investigación**

La investigación se encuentra en el nivel explicativo, mediante este nivel nos podremos encargar de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. De igual forma, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación post facto), como de los efectos (investigación experimental), mediante la prueba de hipótesis (Fidias, 2012, p. 26). Se ha denominado a estos niveles también como nivel causativo porque este se enmarca el nivel de estudios de las causas de los eventos físicos o sociales.

Su interés se centra en conocer por qué ocurre un fenómeno, en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas (Álvarez, 2002, p. 31). Entonces, este nivel de investigación nos permitirá tener una estructura y un estudio profundo sobre la influencia de la teoría de la pérdida de la oportunidad en nuestro sistema de responsabilidad civil y cómo ha sido su tratamiento y aplicación en otros sistemas jurídicos.

### **4. Diseño de la Investigación**

El término diseño en el marco de una investigación cualitativa se refiere al abordaje de un proceso de investigación más flexible y abierto. Su curso de




las acciones se rige por la evolución de los acontecimientos y la interacción de los participantes. Así, el diseño se va ajustando a las condiciones del ambiente en el que el fenómeno se encuentra (Salgado, 2007, p. 72) . En ese sentido, el diseño más adecuado que se deberá seguir en nuestra investigación será el Diseño Investigación – Acción, ya que este “*se centra en aportar información que guíe la toma de decisiones para proyectos, procesos y reformas estructurales*” (Hernandez, Collado, & Pilar, 2006, p. 496).

Se agrega que, *mediante este diseño podremos resolver problemas cotidianos e inmediatos y mejoraremos las prácticas en las que se suscita fenómeno* (Salgado, 2007, p. 73). Este diseño inducirá a mejorar la práctica en términos funcionales (Vargas, 2009, p. 162); esto es, que las decisiones y acciones de los sujetos sean guiadas, corregidas y evaluadas dentro del sistema. Así, se pretende mediante nuestra investigación introducir la teoría de la pérdida de la oportunidad en el sistema jurídico peruano con la finalidad de mejorar la práctica funcional de la tutela resarcitoria en nuestro ordenamiento jurídico.

### **III. MARCO SITUACIONAL**

La teoría de la pérdida de oportunidad no es una figura legislada en nuestra codificación civil y menos en una ley especial. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos se ha tratado su regulación y aplicación, entendiéndolo como un daño autónomo o equiparándolo como un daño emergente actual. Su

regulación implica entender como resarcible la pérdida de una chance, en otras palabras, cuando un sujeto con acción u omisión le quita una oportunidad a otro, sugiere un daño y por tanto un daño que debe resarcirse. Pero, la jurisprudencia comparada entiende que la configuración de esta modalidad de daño en determinados supuestos, siguiendo ello la investigación se aborda no a partir de la casuística nacional sino, a través de la casuística de otros sistemas que han desarrollado esta doctrina con el fin de estudiar si este criterio doctrinal puede ayudar a optimizar la responsabilidad civil y cubrir supuestos que no deben quedar impune. En efecto, el derecho es perfectible y este tiende a cambiar de acuerdo a la realidad social que se presenta en todos los lugares del mundo. Nuestro propósito es estudiar la teoría de la pérdida de la oportunidad con el fin de poder establecer un criterio interpretativo para aquellos supuestos, que la jurisprudencia comparada ha sugerido. Así, pretendemos establecer que es viable que la pérdida de la oportunidad sea aplicada en nuestro ordenamiento jurídico.



## CAPITULO I: UN ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PERÚ

**SUMARIO:** 1. *Fundamentos de la responsabilidad civil.* 2. *La responsabilidad por inejecución de las obligaciones y aquiliana.* 3. *Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.* 4. *La tutela resarcitoria como fin de la responsabilidad civil.* 5. *El quantum reparatorio en el sistema de responsabilidad civil.*



## 1. Fundamentos de la responsabilidad civil

Existen diversas formas de entender la gestión de los daños en las relaciones de los particulares, de esa forma podemos mencionar dos sistemas. El primero, el sistema intervencionista que funciona con un fondo estatal para reparar los daños y un trámite procesal menos exigente para los reclamantes. Un ejemplo de este modelo es el instaurado mediante la Ley de Compensación de Accidentes de Nueva Zelanda promulgado en el año 1998.

El segundo modelo, el sistema no intervencionista de los que se basan las estructuras más liberales y descentralizadas. En estos, el Estado solo atiende la asistencia para reclamar las compensaciones bajo la iniciativa de parte de los reclamantes; es decir, bajo la relación demandante – demandado constituida en un proceso. En consecuencia, la responsabilidad civil del daño es atribuida a quien exclusivamente la ocasionó con dependencia de seguir un proceso en el que debe probarse ello (Papayannis, 2017, p. 2). También se remarca un tercer sistema denominado mixto que combina las características de ambos sistemas descritos (Papayannis, 2017, p. 3).

De forma concreta, nuestro ordenamiento jurídico adopta este sistema mixto para la distribución del resarcimiento de los daños. En efecto, en el Perú existen diversas instituciones encargadas de gestionar la indemnización de estos daños. Así tenemos que nuestro ordenamiento guarda la característica de un sistema intervencionista a través de la creación de organismos estatales

como la Oficina de Normalización Previsional (ONP)<sup>3</sup> y; como sistema no intervencionista, el inicio de procesos por a) *indemnización de daños y perjuicios*, en amparo de las disposiciones por inejecución de las obligaciones y; b) *la reparación civil*, correspondiente a las disposiciones por responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no solo los procesos judiciales expresan un sistema no intervencionista porque de manera alternativa los reclamantes pueden afiliarse a una institución financiera privada (AFP's)<sup>4</sup> para la gestión del sistema de pensiones de los aportantes.

Ahora bien, hemos demostrado que nuestro ordenamiento jurídico presenta diferentes mecanismos para la gestión de los daños, pero nuestra atención solo abarcará la dirigida a la circunscrita en los procesos iniciado por responsabilidad civil. De eso modo, se ha sugerido que su justificación se mide en términos de la eficiencia de los recursos. En resumen, que la responsabilidad civil está justificada, sí y solo sí, ningún otro mecanismo alternativo nos permite alcanzar, empleando menos recursos, el mismo nivel de disuasión que el conseguido por ella (Papayannis, 2017, p. 4). En ese sentido, se afirma que la eficiencia presupone cierta distribución de poder

---

<sup>3</sup> Es un Organismo Público Técnico y Especializado del Sector de Economía y Finanzas, que tiene a su cargo la administración del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, así como el Régimen de Seguridad Social para Trabajadores y Pensionistas Pesqueros, creado a través de la Ley N° 30003, entre otros regímenes de pensiones a cargo del Estado. Adicionalmente, según la Ley N° 26790 y disposiciones complementarias, la ONP ofrece un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo - SCTR a los afiliados regulares que desempeñan actividades de alto riesgo. La información es obtenida en la página oficial de la ONP: [https://www.onp.gob.pe/pensiones\\_peru\\_onp/que\\_hace\\_onp](https://www.onp.gob.pe/pensiones_peru_onp/que_hace_onp)

<sup>4</sup> Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), son instituciones financieras privadas que tienen como único fin la administración de los fondos de pensiones bajo la modalidad de cuentas personales. Otorgan pensiones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y proporcionan gastos de sepelio. Las AFP fueron creadas en 1993 y operan dentro del Sistema Privado de Pensiones (SPP), el cual es supervisado y fiscalizado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). La información es obtenida en la página de la Asociación de AFP's: <http://asociacionafp.pe/asociacion/que-es-una-afp/>

adquisitivo del que las personas pueden escoger libremente la forma de satisfacer (Gordley, 2013, p. 20).

Para aclarar ello, plantearemos la siguiente situación hipotética, un grupo trabajador se accidenta en una fábrica de gaseosas por la explosión de una de las maquinarias y se inicia un proceso para que la empresa cumpla con la correspondiente indemnización. En este caso, la empresa optará por realizar el pago por compensación sobre el daño causado ya que este generará un menor costo frente a una paralización de las actividades en la producción de gaseosas debido a una huelga de su sindicato de trabajadores.

De otro lado, se podría suscitar el caso de una persona que realiza el servicio de taxi y por exceso de velocidad atropella a otra y le ocasiona una lesión grave o la muerte. Podemos observar que en este contexto quien ocasiono el daño tampoco verá satisfecha alguna de sus preferencias porque a diferencia de un empresario su caso no encaja en una maximización de riquezas (Posner, 1980, p. 243-244), sino más bien de un empobrecimiento ya que no solo se enfrentará a los costos del daño, sino también, a los generados en un proceso.

Se hace evidente que no se puede explicar la función de la responsabilidad civil en términos de la economía porque la justificación de su naturaleza se torna surrealista, ya que no todos los procesos se derivan de situaciones originadas por transacciones privadas. Diferente situación surge entender a la



responsabilidad a la luz del principio de justicia, del que se debe diferenciar entre justicia conmutativa y distributiva.

La justicia conmutativa se configura cuando la víctima pueda exigir una compensación por las pérdidas sufridas de la privación de sus recursos, es decir se busca la preservación, integración al estado normal o equivalente, de dichos recursos (Gordley, 2013, p. 19-25). También, se dice que el sujeto titular de los correlativos puede exigir su satisfacción incluso coactivamente, existiendo una perfecta exigibilidad, y una consecencial y anexa facultad vindicativa (Ugarte Godoy, p. 87). En definitiva, nos referiremos a la justicia conmutativa cuando la asignación de recursos se realice proporcional y equitativamente, de ello resulta necesario decir que el acto propio de la justicia conmutativa es la restitución. Por ello, restituir implicará restablecer o devolver el estado normal de un derecho; verbigracia el pago íntegro de una deuda constituida por un contrato.

Por otro lado, también podemos hablar de fundamento de la responsabilidad civil basado en la justicia distributiva que recae en los cánones de la justicia correctiva, esta exige que los injustos sean anulados imponiendo sobre quien conculca el derecho, el deber de repararlos (Coleman, 2010, p. 324). Este deber consiste en corregir o anular aquel injusto que ocasionó el daño; en otras palabras, este deber consiste en reparar la ilicitud.

En otra sede, esta misma doctrina afirmo que la justicia correctiva requiere que las ganancias arbitrarias y pérdidas injustas sean anuladas o rectificadas (Coleman, 2013, p. 150-152). Por último, queda claro que el fundamento implica una cuestión de la filosofía moral que engloba la idea de un sistema de tutelas de derecho (o mecanismo de protección). De allí se precisa que la convicción de la justicia correctiva tiene que ver con la subsanación de injustos (Gardner, 2013, p. 77). De esa manera, el concepto de compensación prevista en las reglas de la responsabilidad civil constituye el precio que debe pagarse a fin actuar de un determinado modo. La compensación se entenderá como un deber hacia la víctima (Coleman, 2010, p. 199); y no como un permiso para dañar a la víctima en aras de la maximización de riquezas.

Por consiguiente, la compensación concibe la idea de resarcir todo daño ocasionado. El sistema de tutelas de derechos desprende de ella la tutela resarcitoria, la cual obliga a cualquier individuo (ya sea el directamente perjudicado o un tercero) a cumplir con compensar el daño restituyéndolo. La tutela resarcitoria busca proteger de una forma equivalente el daño provocado.

Por último, cerrando este acápite se debe recalcar que el fundamento de la responsabilidad civil radica en la justicia distributiva, la cual permite buscar la reparación del derecho lesionado. En efecto, busca corregir aquel acto de ilicitud para convenir el derecho protegido a un equivalente de su estado

comúnmente normal. De esa forma, la responsabilidad civil realiza la asignación de recursos mediante principios normativos.

## **2. La responsabilidad por inejecución de las obligaciones y aquiliana**

Nuestro código de 1984 ha regulado un sistema binario de responsabilidad civil, de cuya sistematización se puede resumir: i) la responsabilidad contractual se encuentra regulada en el Libro de Las Obligaciones, artículo 1321 y; ii) la responsabilidad extracontractual en el Libro de las Fuentes de las Obligaciones, artículo 1985. La primera, denominada también responsabilidad por inejecución de obligaciones, conexas las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada por la sujeción de efectos desfavorables. La otra, denominada responsabilidad aquiliana, refiere a la verificación de un daño injusto, para lo cual existirá un deber de resarcimiento al sujeto causante (Scognamiglio, 2001, p. 54).

Para Leysser León, la distinción básica entre estos dos tipos de responsabilidad civil se encuentra en sus objetivos. Así señala que las reglas de la responsabilidad contractual garantizan al acreedor la armónica ejecución de la prestación comprometida en la relación obligatoria; mientras que la responsabilidad extracontractual previene y reprime de manera ex post hechos dañosos, mediante la remoción de las consecuencias perjudiciales provocadas (León Hilario, 2017: p. 160). Por otro lado, siguiendo a nuestro



autor, se presenta las siguientes diferencias entre estos dos tipos de responsabilidad:

- a) El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de las obligaciones y dos años para la responsabilidad extracontractual.
- b) Lo referente a la prueba, se esboza del artículo 1329 una presunción de incumplimiento debido a la culpa leve del deudor; el artículo 1330 señala que el dolo y la culpa inexcusable deben ser probados. En cambio, dentro de lo regulado en el artículo 1969 sobre la responsabilidad extracontractual, el descargo de dolo o culpa corresponde a su autor.
- c) El incumplimiento se resarce sobre los daños que sean de consecuencia inmediata y directa de conformidad con el artículo 1321; mientras que la responsabilidad extracontractual refiere su adecuación a la teoría de la causalidad adecuada; es decir, el enlace de los daños enlazados con el acto ilícito.
- d) El incumplimiento comprende los daños emergentes, el lucro cesante y el daño moral; mientras que la responsabilidad aquiliana añade a estos daños el daño a la persona.
- e) Los intereses en la inexecución de obligaciones se devengan si media constitución en mora del deudor. Por su parte, en la extracontractual los intereses se devengan desde la fecha en que se produjo el daño.

### 3. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil

Los elementos de la responsabilidad han sido desarrollados tanto por la jurisprudencia como la doctrina en nuestro país. Así pues, aún con un sistema binario se ha observado que los elementos constituyen un común denominador. En ese sentido, se ha prescrito mediante la Casación N° 3470-2015, Lima Norte, de fecha 09 de setiembre de 2016 – fundamento tercero –, reconocer cuatro elementos constitutivos de la responsabilidad:

- i) La antijuricidad*, entendida como la conducta contraria a la ley o al ordenamiento jurídico.
- ii) El factor de atribución*, que es el título por el cual se asume responsabilidad pudiendo ser este subjetivo (por dolo o culpa) u objetivo (por realizar actividades o, ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico), considerándose inclusive dentro de esta sub clasificación al abuso del derecho y la equidad.
- iii) El nexa causal o relación de causalidad*, adecuada entre el hecho y el daño producido.
- iv) El daño*, que es consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial (daño emergente y lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

Por otro lado, en sede doctrinal se hace referencia a lo propuesto por el profesor Espinoza (2019), quien añade como primer elemento de la responsabilidad civil la imputabilidad. Esta se entiende como la capacidad de imputación que tiene el sujeto para atribuirse la responsabilidad por los daños que ocasiona, para lo cual el ordenamiento jurídico atribuye discernimiento (p. 137-138).

#### **4. La tutela resarcitoria como fin de la responsabilidad civil.**

Para entender el sistema de tutelas en el derecho, debemos situarnos en tres momentos; el primero, cuando existe el peligro que se verifique el daño; segundo, cuando se produce un daño continuado, es decir que no ha terminado o la existencia del peligro a que se repita y; tercero, cuando existe un daño ya consumado. En ese caso, para la primera se suscitará la tutela inhibitoria, en cuanto a la segunda se entiende la actuación de la tutela cesatoria o tutela de remoción del ilícito; mientras que para la tercera actuará la tutela resarcitoria. Esto guarda íntima relación con la función que cumple con la responsabilidad civil frente al daño (Alpa, 2001, p. 69), siendo se sostiene que estas son:

- i) Como una reacción para resarcir el acto ilícito dañino.
- ii) Retornar el status quo de la víctima a su estado originario.
- iii) La reafirmación del poder sancionatorio del Estado.



- iv) La disuasión a cualquiera que intentase de forma voluntaria o culposa cometer actos perjudiciales a tercero.
- v) Distribución de pérdidas y asignación de costos.

No obstante, ha de señalarse que la responsabilidad civil ha concebido una evolución en el transcurso del tiempo por lo que de ser entendida como una forma de tutela después del hecho ilícito, se comprende ahora como reacción al daño injusto ocasionado (Fernandez Cruz, 2001, p.12). Por ende, se distingue dos perspectivas de una microsistemática que concede una triple función a la responsabilidad: satisfactoria, equivalencia y distributiva; de otro lado, se tiene a la macroeconómica la cual considera una doble función de la responsabilidad civil: una de incentivación – desincentivación y preventiva (Franzoni, 2001, p. 169). En efecto, la tutela resarcitoria será pues, la tutela específica prevista por el ordenamiento jurídico contra el daño injustamente sufrido, por lo que está dirigida a garantizar la esfera de un sujeto solamente cuando se verifique el elemento patológico el daño y se materializa a través de las obligaciones (Fernández Cruz, 2019, p.162).

##### **5. El quantum reparatorio en el sistema de responsabilidad civil.**

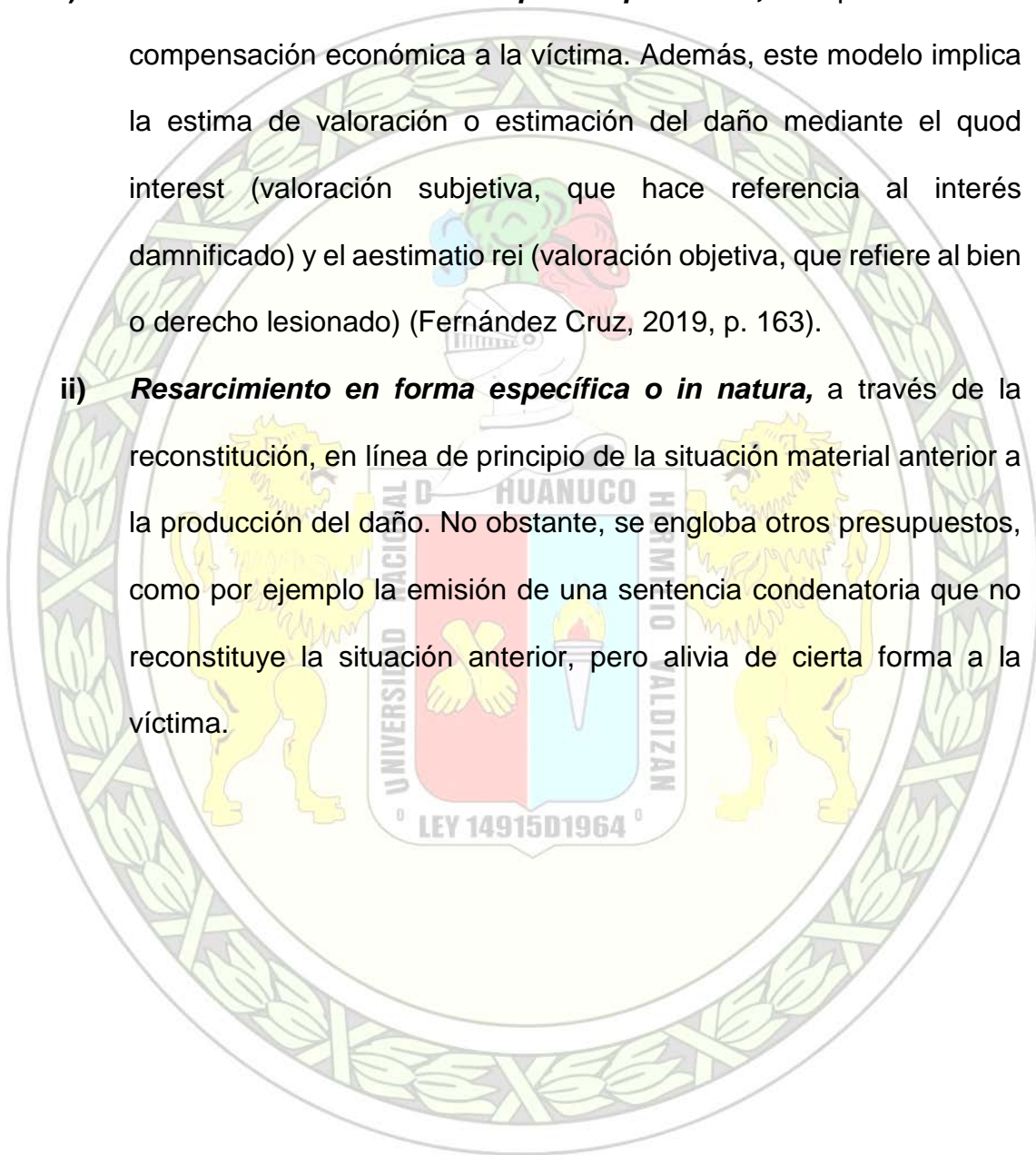
La reparación es aquella obligación que se le impone al dañante en beneficio del dañado, consistente, bien en una prestación de dar una suma dineraria o en una prestación de hacer o no hacer (Espinoza Espinoza, 2019,



p. 552). Por otra parte, se entiende que existen dos tipos de modelos resarcitorios. Así tenemos:

i) **Resarcimiento dinerario por equivalente**, responde a la compensación económica a la víctima. Además, este modelo implica la estima de valoración o estimación del daño mediante el quod interest (valoración subjetiva, que hace referencia al interés damnificado) y el aestimatio rei (valoración objetiva, que refiere al bien o derecho lesionado) (Fernández Cruz, 2019, p. 163).

ii) **Resarcimiento en forma específica o in natura**, a través de la reconstitución, en línea de principio de la situación material anterior a la producción del daño. No obstante, se engloba otros presupuestos, como por ejemplo la emisión de una sentencia condenatoria que no reconstituye la situación anterior, pero alivia de cierta forma a la víctima.



## CAPITULO II: ANATOMÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE

**SUMARIO:** 1. Fundamentos de la Pérdida de una Chance. 2. Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad. 3. Hipótesis para la aplicación de la teoría de la chance 4. El desarrollo doctrinal de la pérdida de una chance. 4.1. Técnica de facilitación probatoria. 4.2. Técnica frente la incertidumbre. 4.3. Regla de Responsabilidad proporcional. 5. Los presupuestos de la pérdida de oportunidad. 5.1. El hecho imputable: la negligencia. 4.2. La incertidumbre causal. 5.2. La incertidumbre causal. 4.5. El perjuicio y cálculo de las probabilidades. 6. La doctrina de la pérdida de una chance en la Teoría General de la Causalidad. 7. La reparación de la pérdida de una chance.

## 1. Fundamentos del estudio de una pérdida de una chance

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la doctrina comenzaba construir la teoría de la pérdida de la oportunidad en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of chance of recovery*) (Domingo, 2018, p. 26). En Francia, los primeros casos que se entendieron bajo esta teoría fueron aquellos relacionados con las negligencias de profesionales forenses. Por otro lado, en el Reino Unido el primer caso que suscitó la aplicación de esta teoría fue respecto de un concurso de belleza. Mientras tanto, en los EE.UU. se formó un cuerpo doctrinal y jurisprudencial referido a los supuestos de daños personales producidos en la actividad médica en los que se aplicaban la pérdida de oportunidad.

Podemos encontrar esta figura en el Art. 163º del Código Europeo de Contratos por el cual se introduce el concepto de pérdida de oportunidad en la figura del lucro cesante vinculado con el incumplimiento contractual. Además, en el Art. 3º inciso 106 del Proyecto de Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil se establece que la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una inactividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

En lo referente, a este Proyecto nos ha mencionado Eduardo Asensi (2013) que el Art. 3º ha sido comentado por el profesor holandés Jaap Spier, director



de mencionado proyecto, quien aclara que bajo el epígrafe “Causas inciertas de la víctima” dicho artículo tiene que ver con causas potenciales pertenecientes a la esfera de la víctima, siendo claro que este dispositivo normativo se basa en la teoría de la pérdida de la oportunidad; a pesar de que, no se haya visto manifestado ello porque no haberse logrado un conceso en el criterio de la comisión (p. 230).

Siguiendo a nuestro autor, cabe mencionar que han existido numerosas críticas sobre la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, en especial la de Francesco Donato Buselli, quien ha mencionado la inutilidad de esta figura debido a su fisonomía indescifrable, constituyendo una pseudo categoría inexistente. Sin embargo, debemos aclarar que son dos las razones por las que se incluye esta teoría en la responsabilidad civil: i) como herramienta de flexibilización del nexo de causalidad y ii) como criterio de equidad frente a la injusticia del criterio del todo o nada.

No obstante, en países iberoamericanos como Argentina, la doctrina ha nombrado a esta figura como la pérdida de la chance siendo la principal promotora del desarrollo doctrinal y dogmático en esta parte del mundo. Por otro lado, se encuentran las legislaciones en materia de responsabilidad civil chilena que ha categorizado la naturaleza de la pérdida de oportunidad como un lucro cesante, en aquellos supuestos de la responsabilidad médica y en el ejercicio de la abogacía. Tampoco ha sido ajeno el sistema jurídico



colombiano ya que se ha aplicado esta teoría en casos que abordan la materia contencioso – administrativa.

En nuestro país, se ha reconocido la teoría de la causalidad en el campo de la responsabilidad civil, por ende, señalamos lo dicho por nuestra Corte Suprema mediante la Casación N° 959-97:

*“[...] el Código Civil ha acogido la teoría de la causalidad adecuada, tal como se aprecia de su artículo mil novecientos ochenta y cinco; en efecto, confirme a este criterio en todo fenómeno dañoso debe existir un nexo causal entre el hecho y daño, [...] la causalidad debe precisarse en base a una observación empírica para determinar si se trata de aquella causa que normalmente produce el resultado”.*

En ese sentido, el legislador ha reconocido cuatro tipos de daños; el daño moral, daño a la persona, lucro cesante y daño emergente; los cuales forman la base de la estructura de la responsabilidad civil. Una autorizada doctrina en sede nacional entiende a la teoría de la pérdida de la oportunidad como un daño emergente actual, por cuanto el perjuicio se deriva del acto dañino que lo ocasiona (Osterling & Rebaza, 2002, p. 4); entonces, se construye el esquema de la pérdida de la oportunidad en una relación del hecho – daño; empero, es necesario mencionar que existe una tendencia actual de establecer tutelas antes de producido el daño. Así, cabe aclarar que existe una tutela resarcitoria (la reparación) cuando se ha producido el daño, y se

distingue de tutelas como la inhibitoria que se destinan a impedir la práctica, repetición, continuación de un acto contrario al derecho (Guilherme, 2010, p. 52) o; la tutela de remoción del ilícito mediante la cual se busca remover los efectos concretos de un ilícito ya practicado (Guilherme, 2010, p. 26).

En efecto, es notable la diferencia de tutelas que se deben practicar para proteger los distintos derechos fundamentales, y no es nuestra intención recaer en ese punto. Sin embargo, la idea que generaliza la mención de estas tutelas es entender que la teoría de la pérdida de oportunidad es una teoría de la responsabilidad civil, por tanto, su fundamento es la tutela resarcitoria. Entonces, se hace notar que la pérdida de una oportunidad suscita una situación anómala dentro de la responsabilidad civil porque no se observa un daño objetivo ni comprobable, pero sí, que se le ha quitado una oportunidad a una persona y a consecuencia de ello se presenta una incertidumbre en los hechos. Esto último, lo ha explicado la teoría causalista expresando que el nexo causal se puede presentar difuso en algunas situaciones; es decir, no se ha podido establecer la relación entre el hecho ilícito y el daño, y es por ello que esta teoría se dice se aplica en aquellos supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca y que se moldea a la realidad de los hechos en términos de probabilidad y no, estrictamente, de certeza (Medina, 2018, p. 35-42).

## 2. Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad

Una premisa que ha correspondido a la construcción de la teoría de la responsabilidad civil, es que se concebía su función sobre la reparación de un daño ex post, es decir, sobre un daño que ya ha ocurrido. De ese modo, en la forma clásica de la teoría de la responsabilidad civil se entendía solo su función resarcitoria; reduciendo la compensación del daño a un pecunio sí y solo sí se verificaba un daño. No obstante, como bien se ha entendido en la doctrina actual ya no se puede desmerecer los avances de la realidad en donde existe siempre un término de probabilidad que se desenvuelve estrictamente en una sociedad de riesgo, como lo es la nuestra.

Así pues, se menciona que en el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, se dice que hay causalidad física, cuando representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si o hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido (Medina Alcoz, 2018, p. 66). Entonces, esta causa material (sine que non) se comprende como aquel factor o condición necesaria para la comprobación del daño. Además, señala que el comportamiento que priva de una chance es un suceso que, según se desprende de la información disponible, ha podido ser condición necesaria del daño, pero ha podido no serlo (Medina Alcoz, 2018, p. 67). En efecto, la teoría de la pérdida de la oportunidad corresponde su aplicación en una situación de incertidumbre, en



donde se pretende que la tutela resarcitoria se aplique a una serie de supuestos que han quedado al margen del sistema de responsabilidad civil por no cumplirse la exigencia de un daño verificable y suponen una situación de injusticia.

Se considera que la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad se entiende que, a pesar de no existir un criterio unívoco en la doctrina, se ha comprendido a esta figura como parte del abanico de daños y perjuicios sujetos de resarcimiento, siendo una nueva noción ampliada en la responsabilidad civil cobijando intereses que antes se encontraban desprotegidos (Batalla Robles, 2010, p. 85). Asimismo, la oportunidad perdida es la de evitar un daño o de obtener un beneficio esperado, por lo que se le considera un daño autónomo; en primer lugar, se dice porque aceptar que ese daño debe cumplir con todas las características generales que este debe tener para ser indemnizable y, en segundo lugar, porque supone aceptar que concurren dos daños y dos nexos causales diferentes. Para cuya observación se hace el siguiente ejemplo, un daño podría ser la muerte, cuyo nexo causal con la conducta culposa del médico no alcanza el grado de certeza suficiente, y otro daño será la pérdida de la oportunidad de, en este caso, evitar la muerte, que sí tiene un nexo causal claro con la conducta del agente (Ceballos Klinkert, 2015, p. 45).



Por otro lado, nuestra doctrina nacional se ha declarado su reconocimiento como un daño, véase por ejemplo que para Espinoza (2019), quien señala que es denominada también daño por pérdida de una ocasión desfavorable, este es un daño resarcible, por cuanto la ocasión favorable esté vinculado con el derecho lesionado (p. 460). Asimismo, agrega nuestro autor que un presupuesto para su resarcimiento es probar este daño de pérdida de oportunidad, por lo que debe ser ofrecida por el dañado, del hecho que, en ausencia de la conducta que se asume dañina, habría (no la certeza, sino) una razonable probabilidad de conseguir el resultado útil esperado (p. 461). Asimismo, concluye que la naturaleza del daño por pérdida de una chance no es la de un daño emergente ni lucro cesante, sino más bien una voz autónoma del daño – evento, otorgándole una autonomía ontológica propia (p. 465-467).

Por su parte, el Profesor Trazegnies ha observado que esta chance no puede configurarse como un bien independiente; de hecho, solo tiene sentido si está inserta en una secuencia causal, porque constituye el antecedente, en términos de posibilidad, de la ventaja final. Pero, la lesión de esa posibilidad para alcanzar un resultado favorable, posibilidad ya existente en el patrimonio del dañado, es lo que constituye el daño indemnizable (De Trazegnies Granda, 2004, p. 871). Por consiguiente, para Trazegnies (2004) la chance constituiría un daño futuro patrimonial cierto, es decir un daño emergente futuro (p. 872).

Por su parte, Osterling & Rebaza han considerado que a pérdida de la chance es un daño emergente actual, debido que se constituye un activo que se incorpora al patrimonio del agraviado y que es destruido por el evento dañoso con anterioridad a la expedición de la sentencia. No obstante como bien se ha observado, es un hecho decisivo que separa nítidamente el incierto daño sobrevenido y el daño por pérdida de una oportunidad: en éste, el hecho que determinó la pérdida de la oportunidad ya se ha *consumado* y lo único que cabe entonces es decidir si el daño resulta o no indemnizable, mientras que respecto al daño que está todavía por manifestarse (o no) en el futuro, es razonable esperar para comprobar si dicho daño se materializará (o no) definitivamente, de lo que se hace depender su certeza, y por tanto, su reclamación (Gálvez Criado, 2015, p. 7).

Una doctrina más sesuda ha señalado que la pérdida de oportunidad es la técnica a la que a veces se acude para encarar el problema de valorar si el hecho ilícito causó daño cuando se carece de la información necesaria para emitir un juicio concluyente; de modo que, el daño no resulta la pérdida de la oportunidad, sino que este presupone un perjuicio final, según que la probabilidad causal supere o no el umbral de certeza (Medina Alcoz, 2007, p. 413). Por ello, resulta que el remedio resarcitorio de la pérdida de chance tiene siempre, materialmente, un carácter subsidiario ya que se acude a esta teoría cuando el agente dañoso resulta una situación de desventaja (Medina Alcoz, 2007, p. 90).

### 3. Hipótesis para la aplicación de la teoría de la chance

Para nuestra doctrina seguida por Espinoza, los casos de pérdida de una chance se configuran en los siguientes supuestos:

- i) Pérdidas de futuras ocasiones laborales, de progresos en carrera laboral o profesional.
- ii) Perjuicio sufrido al artista por lesión ilegítima de su notoriedad.
- iii) Perjuicio sufrido por el propietario de un caballo de carrera, debido a su muerte a causa de un infortunio que no le consentirá continuar a competir ni mucho menos, a ganar.
- iv) Daño por falta de ascensos en la carrera del dependiente derivados de una irregular evaluación de promoción laboral.
- v) El abogado que deja pasar un plazo para apelar una decisión desfavorable para su patrocinado.

Por otro lado, cabe precisar que en cuanto a las competencias deportivas como en las carreras de caballo han suscitado un ejemplo de resarcimiento por pérdida de oportunidad en Francia, pero los hechos comprendieron una situación en la que habiendo ganado el dueño del caballo descalifican al jockey por haberse cambiado de atuendo lo que, en consecuencia, altero el peso del animal. Otros casos más que se pueden añadir son las oportunidades de curación y la oportunidad de sobrevivencia por un mal diagnóstico y; en



algunos supuestos de responsabilidad pre contractual que suponen una oportunidad comercial para las partes que suscriben estos previos acuerdos.

Casos con menor relevancia para la aplicación de la pérdida de una chance son los siguientes (Medina Alcoz, 2007, pág. 73):

- i) La inconclusa transferencia de un jugador a un club donde su sueldo iba ser mayor al que percibía.
- ii) Los padres quienes pierden un hijo, que considera la posibilidad una ayuda económica y personal en el día a día.
- iii) La mujer de un estudiante de medicina y cuya muerte le priva de la posibilidad de obtener beneficios económicos que el rango de su esposo le concedería.
- iv) La imposibilidad en la que se encuentra un joven bailarín que ha sufrido de lesiones corporales para continuar con su carrera.
- v) El adquiriente de un bien mueble que se ve imposibilitado de inscribir su bien por defectos de la escritura o por retraso en la expedición de la copia.

#### **4. El desarrollo doctrinal de la pérdida de una chance**

A fin de poder realizar una anatomía de la pérdida de una chance nos remitimos a describir cómo es que la doctrina ha entendido a esta pérdida de una chance. Siguiendo, ello esbozamos tres formas de comprender esta



teoría como: *i) técnica de facilitación de prueba, ii) técnica frente a la incertidumbre causal y; iii) regla de responsabilidad proporcional.*

#### **4.1. Técnica de facilitación probatoria**

Ante la situación de desigualdad a la que se enfrenta el agente que se ha visto en desventaja por la pérdida de una chance y lo que, en efecto, se haya en desequilibrio debido a la falta de conocimientos precisos que le permitan establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho lesivo. La pérdida de oportunidad o chance busca establecer un estándar de reducción del grado de probabilidad del daño ulterior ocasionado por el mismo hecho lesivo – en la medida que – resulte de una situación de desventaja para el agente.

La tesis tradicional tiene un gran defecto en esta situación y es que, al fundarse en la certidumbre, es menester que la prueba de la causalidad se entienda ya probado a la verificación del daño. Esto mismo, implica recurrir al todo o nada para fundar la pretensión de una indemnización y/o reparación. No obstante, como bien se ha esgrimido probar el nexo causal es una cuestión de probabilidad y habrá casos en las que esa probabilidad será muy alta (absoluta), pero también habrá casos dudosos y de incertidumbre (Gascón Abellán, 2011, p. 201). Además, cabe dentro del análisis que ante la incertidumbre de la relación causal no se puede negar su inexistencia si el grado de estándar probatoria disminuye, por cuanto la misma circunstancia de inexistencia tampoco ha sido comprobada (Gascón Abellán, 2011, p. 210).

Además, al devenir como una técnica de facilitación probatoria ha abarcado también ser un criterio para calcular la indemnización en aquellos supuestos en los que el daño consiste estricta y netamente en la pérdida de una oportunidad de obtener una ventaja. Por consiguiente, la indemnización se entenderá proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad destruida (Gascón Abellán, 2011, p. 211).

Por tanto, podemos concluir que, el nexo causal es necesariamente un razonamiento probabilístico, y, por tanto, no puede suponerse que sus resultados garanticen la certeza absoluta sino sólo un cierto «grado de probabilidad», por más alta que esta probabilidad pueda ser. Ello significa tan solo que, en sentido estricto, lo más que puede decirse es que la prueba concluye con una hipótesis, es decir, un enunciado que aceptamos como verdadero, aunque no sabemos con certeza si lo es o no, y que el criterio de probabilidad suministra un buen criterio para su justificación (Gascón Abellán, 2017, p. 86).

#### **4.2. Técnica frente la incertidumbre causal**

La teoría de la pérdida de la oportunidad es aplicada en supuestos de incertidumbre causal, y de acuerdo a Medina (2007) quedan de lado aquellos casos en los que existe absoluta certeza (p. 88). En ese sentido, esta incertidumbre se ubica dentro de dos extremos uno negativo (una probabilidad cero) y otro positivo (seguridad sobre el hecho lesivo haya sido el ocasionante

del daño). En definitiva, esta situación de incertidumbre supone una situación consistente de la pérdida de una oportunidad que resultaba de una situación de ventaja para el agente.

Sin embargo, esta situación de incertidumbre para aplicar la teoría de la pérdida oportunidad debe limitarse, lo que es resultado del carácter subsidiario de esta teoría. Por tanto, la oportunidad perdida es la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta incertidumbre, no una técnica de reducción de la indemnización y mucho menos de vincular a cualquier hecho como causa para un daño posible (Medina, 20017, p. 92). Si eso ocurriese se entraría a un supuesto de abuso de derecho, por lo que no debería ser objeto de tutela jurisdiccional ni amparable en los tribunales. En efecto, será aplicable la nulidad por abuso derecho (regulado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Asimismo, este criterio debe sumarse a la facilitación probatoria, puesto que esta teoría solo procura una indemnización en el caso de demostrar un grado de certidumbre en el nexo causal entre el hecho y el daño (sobre la situación de desventaja sumergida en el agente).

Finalmente, este grado de incertidumbre necesaria para la aplicación de la pérdida de oportunidad supone la arbitrariedad del juez o, en mejor termino, el activismo judicial. No obstante, esta teoría se funge para ser una herramienta que auxilia a la víctima quien, habiendo agotado todos los medios



de prueba a su disposición, solo comprueba las posibilidades de una mejor situación (real y seria) a la sobrevenida en ese momento. En este caso pues, se le otorga un grado de discrecionalidad al juez que deberá considerar:

- i) No deberá aplicarse cuando el grado de probabilidad de que hubiese sufrido el mismo daño la víctima es más mayor en cualquier otra circunstancia a la que alega el recurrente.
- ii) Cuando exista certidumbre de a quien se dirige la demanda no ha ocasionado la situación de desventaja o, no nunca manifieste una materialización.
- iii) La circunstancia en la que la incertidumbre causal sea intrínseca o insuperable, por lo que aun habiendo la víctima aportado las pruebas suficientes que comprueben la posibilidad.

#### **4.3. Regla de responsabilidad proporcional**

Como ya se ha manifestado líneas arriba, la pérdida de oportunidad conduce a ser un criterio de cálculo de probabilidad. En consecuencia, para realizar la cuantificación en cuya virtud deberá resultar de descontarse del valor total del daño padecido una parte proporcional a la probabilidad de que, en verdad, el agente no fuera autor del menoscabo padecido (Gascón Abellán & Medina Alcoz, 2009, p. 37). En resumen, esta teoría es una especie de regla para la indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística (Medina, 2007, p.107).

## 5. Los presupuestos de la pérdida de la oportunidad

Luego de desarrollado estos parámetros doctrinales, se puede hablar de elementos o presupuestos necesarios para la aplicación de esta teoría en la realidad inmediata. Más aun cuando la figura de la pérdida de oportunidad en su esencia conlleva a su vez elementos ciertos e inciertos.

En efecto, nuestro análisis no solo considerará supuestos de hechos hipotéticos viables a aplicar, sino también de establecer reglas claras que permitan su adaptación en nuestra realidad nacional. De ese modo, para que un sujeto tenga una indemnización basada en la pérdida de oportunidad deberán concurrir los siguientes elementos, o mejor, presupuestos: *i) acción u omisión negligente, ii) incertidumbre causal respecto al perjuicio final, iii) el perjuicio y el cálculo de probabilidades.*

### 5.1. El hecho imputable: la negligencia

Este elemento se deberá verificar con mayor pertinencia si se aplica fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria y en el ámbito de la profesión jurídica como en la administración. Es, así pues, se indica en los casos para que puedan ser aplicados se debe identificar la negligencia del sujeto que ocasiona la privación de la pérdida de chance. Ello implica como actividades profesionales, requieren una mayor precisión de sus funciones, cabe aclarar que no es este un elemento necesario elemento para la aplicación de esta pérdida de oportunidad, pero sí ayudan a fundar el pedido

de indemnización o reparación en causa de justicia en estos supuestos (Ragonesi Esparza, 2015, p.17).

## 5.2. La incertidumbre causal

La incertidumbre es el resultado esperado que se hubiere producido, pero al mismo tiempo también existe un hecho cierto, que deberá ser siempre verificado, el cual se han perdido como consecuencia de la conducta de la persona demandada y por lo cual el resultado esperado ya no será jamás alcanzado (González, 2015, p. 8). Por supuesto, la incertidumbre causal existe con respecto al perjuicio final ya que la secuencia causal entre la conducta negligente y la pérdida de expectativas sí puede establecerse con certeza (Ragonesi Esparza, 2015, p.18). De otro lado, se considera que la aplicación de la pérdida de oportunidad se debe considerar en aquellos supuestos de incertidumbre causal estricta; es decir, solo se aplicará en hechos que den por acreditada una probabilidad seria no desdeñable.

Efectivamente, el ámbito operativo de la pérdida de oportunidad dependerá de la probabilidad estadística de su causación (Asensi, 2013, p. 235). Por lo que se ha señalado que jurídicamente la pérdida de oportunidad conduce a un mecanismo de facilitación probatoria, en donde existiendo incertidumbre causal y pese a no existir una conexión directa entre la acción u omisión y la producción del daño se atribuye a la actuación de un tercero la privación a la víctima de las expectativas con que contaba (Gallardo Castillo, 2015, p. 36).



Por otro lado, cabe acotar la opinión de Yzquierdo (1999), para quien *la pérdida de oportunidades implica, por contra y por definición, hablar de una situación en la que se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento* (p. 537).

### **5.3. El perjuicio y cálculo de las probabilidades**

La pérdida de la chance supone el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final. La oportunidad favorable de obtener un beneficio con la que contaba el perjudicado constituye un daño indemnizable autónomo y ulterior. En ese sentido, la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo Español ha indicado ROJ 8508/2012 de fecha 3/12/2012 lo siguiente:

*“el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera (...).”*

Por supuesto, el término de la incertidumbre no resulta de un perjuicio inmediato, sino de un perjuicio ulterior dentro de un cálculo de la probabilidad.

Ello pretende que el perjuicio que se indemniza es la posibilidad que se tuvo de una situación de ventaja. Y no se considera que la incertidumbre sea un daño en sí, por poner un ejemplo, si me hacen un mal diagnóstico y no evito que se desarrolle un cáncer; el perjuicio ulterior será la muerte, no obstante, este hecho próximo no es el que se indemniza. Lo que se busca indemnizar aquí es el mismo hecho de haber evitado el desarrollo de este cáncer, lo que en concreto supone la probabilidad del daño y no la indemnización de este daño. A efecto de ser más claros, distinta sería la situación de haber fallecidos de cáncer, uno de mis familiares acude a un tribunal para una reparación civil, toda vez, que este suscita un caso de reparación por daño moral. Por ello sostenemos que el perjuicio y el cálculo de probabilidades definen el contenido de lo que se repara o indemnizará. Pues bien, este es el elemento fundamental para procurar excepcionalmente, extender la tutela resarcitoria a un hecho no consumado, sino más bien con un grado alto de posibilidad de ocurrir. Además, cabe subrayar que la pérdida de la chance no solo se configura en la privación de una ganancia probable, sino también cuando existe la privación de evitar un perjuicio conjurable; esto último es el caso del dueño de una casa que, ante la inminencia de la temporada de oleaje, hace construir defensas sobre el acantilado, sin la eficacia defensiva de los espigones pero que, probablemente, puedan detener el avance de las olas hasta la calma de las mismas; estas defensas, entonces, no dan una seguridad absoluta de que el mar no socavará el acantilado, pero hay una

probabilidad suficiente de ello. Supongamos que un barco que navega cerca de las costas, fuera de control de su tripulación, destruye las defensas, las olas socavan el acantilado y se destruye la casa. El propietario ha perdido la chance de salvar la situación dañosa (Márquez, 2015, p. 3).

Por consiguiente, la oportunidad es una probabilidad, incluso en la más mínima hipótesis, entonces el vínculo causal también se considerará que existe cuando se hace simplemente probable que la conducta haya causado el evento<sup>5</sup> (Cricenti, 2016, p. 2076). En mismo sentido, se ha pronunciado otra doctrina italiana que textualmente indica que:

*“il fatto che la chance rappresenta un bene giuridico particolare, espressione di una dimensione inevitabilmente possibilistico – probabbilistica e che, per tanto, necessita di una specificazione tal da far divergere la consistenza del bene stesso da quella del valore cui esso pur si riferisce”* (Azzalini, 2016, p. 150-151).

Asimismo, siguiendo la causalidad física se impone una teoría causal concreta, que explica como ocurren los fenómenos siguiendo la regla sine que non (condición). De modo que, se pueden señalar:

- i) La regla del umbral de certidumbre o estándar de la probabilidad,**  
en cuyo caso se evalúa la convicción judicial mediante la sana crítica,

<sup>5</sup> Traducción propia del tesista, versión no autorizada.

<sup>6</sup> La cual se traduce: “el hecho de que el azar representa un activo legal particular, expresión de una dimensión inevitablemente posible-probable y que, por lo tanto, necesita una especificación como divergencia consistencia del propio activo del valor al que también se refiere”. Traducción propia del tesista, versión no autorizada.



lo mismo que implica un grado discrecional de la judicatura para poder dirimir un juicio de aceptabilidad.

**ii) La regla *more probable than not***, esta regla también hace referencia a la probabilidad preponderante, para cuyo caso en el derecho anglosajón de la responsabilidad extracontractual vía un balance de causalidad. De la cual se esgrime la acreditación de la causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuando el daño es más alta que la probabilidad, es decir si alcanza el umbral de 51%.

**iii) La regla *id quod plerumque accidit***, en esta regla se busca la alta probabilidad para lo que se sigue el principio de la regularidad para fijar que el curso normal de las cosas, a no ser por el hecho lesivo, hubiesen conducido a esa situación de ventaja o la de evitar ese daño.

## **6. La doctrina de la pérdida de una chance en la teoría general de la causalidad**

La relación causal es un puro fenómeno natural de la vida; comprende na relación física o material ubicada en la realidad objetiva (Medina, 2007, p. 243). Por ello, con razón se afirma que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es pues el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste el carácter de la causa (Mosset Iturraspe, 2004, p. 357). También, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas,

sino en la voluntad de la ley, aunque ellas puedan coincidir en algunos casos (De Trazegnies, 2001, p. 305-307). Entonces, hay términos de un cierto grado de causalidad jurídica que se basa en criterios de imputación normativa para lo cual no es menester que sea el mismo agente causante del hecho dañino la persona a quien se le atribuya responsabilidad, sino más bien a un tercero que de acuerdo a ley tiene igual o mayor responsabilidad, verbigracia las aseguradoras que se vuelven responsables de reparar el daño ocasionado por sus beneficiarios cuando atropellan a una persona.

Este último punto, ha establecido la crítica que corresponde con la exigencia del nexo de causal, entendido como vínculo etiológico real e indivisible, lo que lleva admitir que, añade la intervención concurrente de terceros quepa, dentro de la relación interna de los diversos responsables, una especie de cuotas de participación (Medina, 2007, p. 246). Esto permite comprender que la responsabilidad civil es una concepción basada en hechos físicos o naturales de la causalidad. Esta causalidad física o natural comprende como hecho hipotético cuya existencia se afirma de conformidad con la doctrina de la condición, cuando, representando idealmente el curso de los acontecimientos a partir de las pruebas periciales, y en general, a través de la información recabada en el proceso, se concluye que, de faltar el acto ilícito, la víctima no habría sufrido el menoscabo (Medina, 2007, p. 261).

Así también se agrega, que cuando se exige un juicio o cálculo de probabilidad que calibre el grado de verosimilitud del hecho causal ha de insertarse primariamente, por tanto, no en la teoría de la causalidad jurídica o imputación objetiva, sino en la teoría de la causalidad física y en la teoría del conocimiento judicial de los hechos, de los que aportan pautas con que parecían el grado de verdad del lazo etiológico (Medina, 2007, p. 274)..

### **7. La reparación de la pérdida de una chance**

La doctrina de la pérdida se ha dicho es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial, además, fue Joseph H. King, el pionero que apunto la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (Luna Yerga, 2005, p. 3). Esta doctrina es considerada como de la causalidad probabilística y para cuyo efecto, se ha considerado que en virtud de la pérdida de oportunidad considera la privación de un beneficio a la víctima, se inicia un juego de porcentajes que posibilita que la indemnización incrementalmente o disminuya sea el caso concreto, considerando que, para la aplicación de esta teoría, no debe alcanzar el 100% de la certeza de un posible daño (Vicandi Martínez, 2015, p 21).

También, haciendo referencia de los supuestos de sanidad, Yzquierdo (1989) nos aclara que en el caso de la pérdida de oportunidad se sustituye un daño no probado por un daño que no consiste en otra que, en la pérdida de

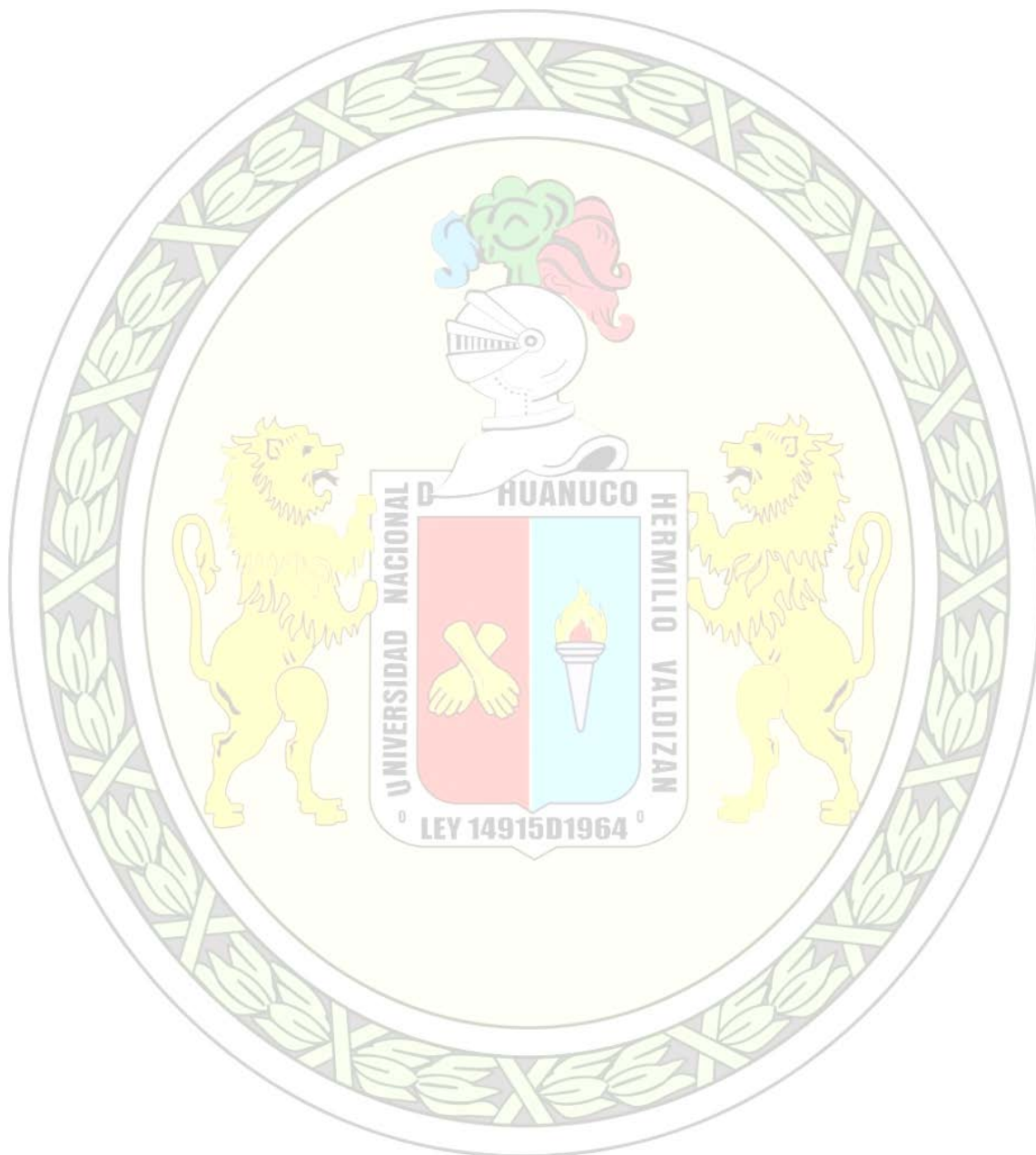


posibilidades de curación, constando la relación causal entre la intervención médica y el daño efectivamente producido, pero sí que esta situación disminuyó las posibilidades de curación (p. 332).

Entonces, para averiguar el importe del daño por pérdida de oportunidad, en primer lugar, se deberá determinar el daño total del riesgo que se ha materializado y luego, a dicho importe habrá que aplicar el porcentaje de probabilidades de que se materializase el riesgo no informado (Navarro Simón, 2018, p. 324). Añade, esta misma doctrina observa – en los casos médicos – que se deben analizar tres parámetros para fijar el quantum indemnizatorio de la pérdida de una chance (p.325):

- *Los perjuicios totales causados:* Debe tenerse en cuenta la falta de información y la probabilidad de que en caso de haber conocido el paciente las posibles consecuencias, no se hubiese sometido al tratamiento.
- *El daño moral:* En este apartado, debe tenerse en cuenta el perjuicio patrimonial sufrido por la lesión del derecho de autodeterminación, a la integridad física y psíquica y a la dignidad.
- *La pérdida de oportunidades o expectativas:* Para valorar este apartado se deben ponderar las circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica como son la gravedad

de la intervención, la existencia de otras alternativas o las posibilidades de fracaso de la intervención.



### CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

**SUMARIO:** 1. Análisis casuístico de Argentina. 2. Análisis casuístico en Chile. 3. Análisis Casuístico en Colombia. 4. Análisis Casuístico en España 5. Algunos casos en el Perú.





## 1. Análisis casuístico en Argentina

Los siguientes casos fueron extraídos del Boletín Temático de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo a través de la Oficina de Jurisprudencia.

### a) Daño patrimonial. Valor vida. Padres del trabajador soltero.

*(CNAT Sala X "Aranda, Raquel c/ Trenes de Buenos Aires SA" 5/5/05). Por su parte, la cuantificación del daño material debe ser considerada en relación con la capacidad productiva, condición social, edad e ingresos de la víctima y de sus padres. CNAT Sala VIII Expte n°11311/99 sent. 34808 29/2/08 «Cardozo, Manuel y otro c/ Ersa SA s/ accidente» (Catardo.- Vázquez.-)*

La muerte de un hijo importa para los padres la frustración de una legítima esperanza de ayuda, una chance cierta de ser apoyados en el futuro, situación que encuentra sustento también en los arts. 367 y 372 del C. Civil que establecen el deber de darles alimentos. En el caso de los padres, no resulta necesario que acrediten que su hijo colaboraba económicamente con ellos, ya que, aunque ello no hubiera ocurrido hasta el momento del deceso, lo que se reclama es lo que en doctrina se llama chances ciertas y esperanzas frustradas.

### b) Daño patrimonial. Madre del trabajador soltero. Legitimación.

*(CNAT Sala X Expte n° 20755/00 sent. 13593 5/5/05 «Aranda, Raquel c/ Trenes de Buenos Aires SA y otros s/ accidente acción civil» (Corach.- Scotti.)*

Entre los legitimados para reclamar los gastos y daños por el homicidio de una persona, se encuentran los ascendientes, por cuanto la muerte de un hijo importa para los padres la frustración de una legítima esperanza de ayuda, una chance cierta de ser apoyado en el futuro, y ello encuentra sustento también en el art. 277 del C. Civil que impone a los hijos el deber de prestar servicios a sus padres y los arts. 367 y 372 que establece el darles alimentos. (En el caso, el trabajador fue embestado por una formación mientras realizaba trabajos en las vías de TBA).

**c) Daño material. Disminución en la capacidad de ganancia.  
Enfermedad latente. Brucelosis.**

CNAT **Sala II Expte n° 18821/00 sent. 95348 31/10/07** «Bracamonte, Gustavo c/ Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios SA s/ accidente acción civil» (González. - Pirolo. -)

Si bien el accionante no padece en forma activa la enfermedad brucelosis, la posee de manera latente al haberla contraído y luego curarse. Esta circunstancia le ocasiona una disminución en su capacidad de ganancia o pérdida de chance laboral ya que tiene restricciones para volver a desempeñarse en las tareas que antes desarrollaba, y aún de superar el examen previo, correría el riesgo de la recidiva de dicha enfermedad. Es innegable que no puede reputarse al trabajador como enteramente capacitado desde el punto de vista psicofísico.

**d) Accidentes. Acción de derecho común. Monto de condena.  
Parámetros. Fórmula “Vuoto”. Pérdida de “chance”.**

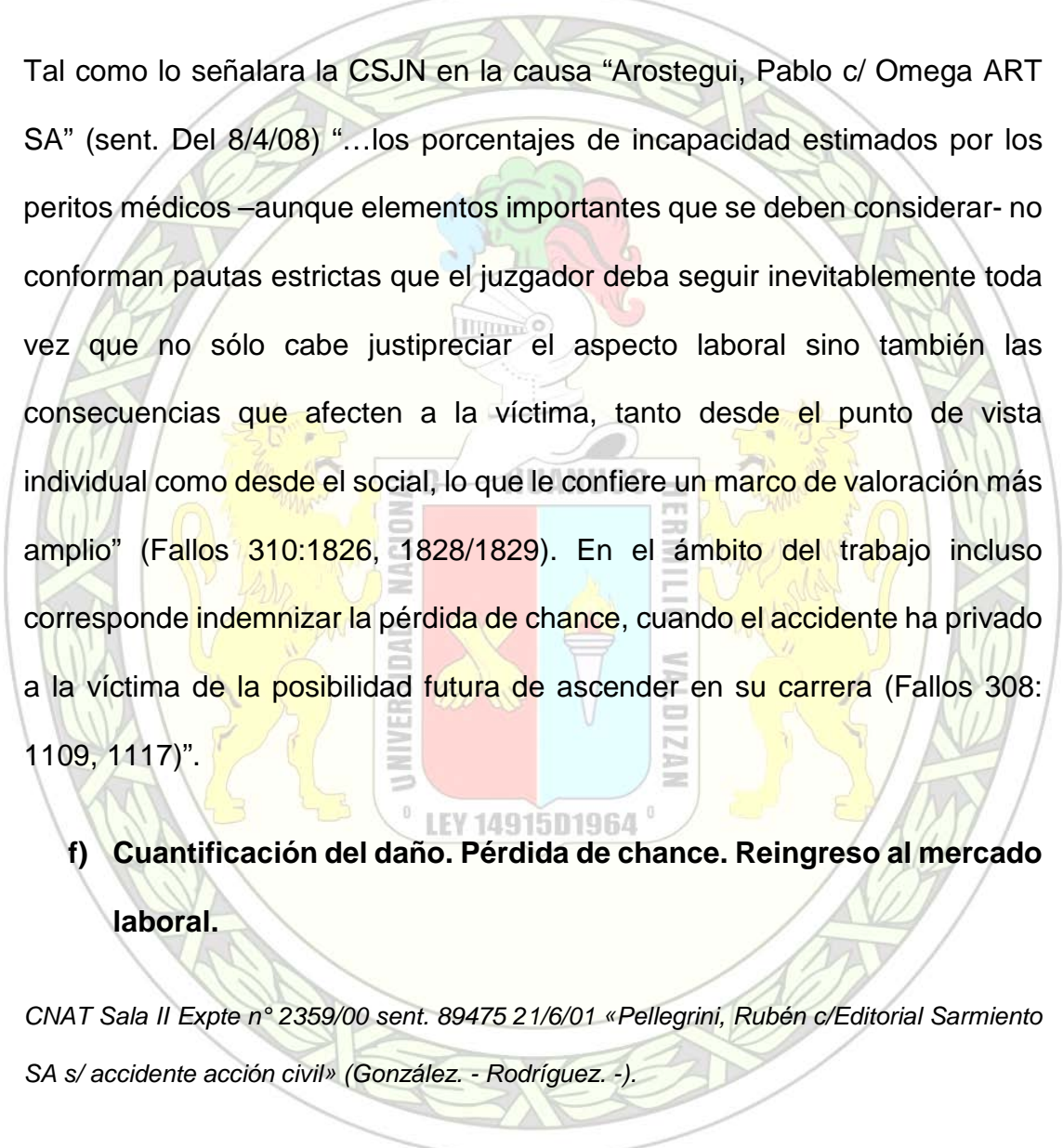
*CSJN A 436 XL “Arostegui, Pablo c/ Omega ART A y Pametal Peluso y cía SRL” 8/4/08.*

El Tribunal también ha expresado, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del C. Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste “un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc”, y que, por el otro, “debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” (Fallos 308:1109, 1115 y 1116). De ahí que “los porcentajes de incapacidad proporcionados por los peritos médicos – aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio” (Fallos 310:1826, 1828/29). Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308:1109, 1117). (Del voto de los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).



**e) Cuantificación del daño. Pérdida de chance. Valoración amplia.**

CNAT **Sala I** Expte n° 7367/01 sent. 85120 30/4/08 “Villalba, Ramón c/ Nuevas Cristalerías Avellaneda SA y otro s/ accidente acción civil” (Vilela.- Pirolo.-).

Tal como lo señalara la CSJN en la causa “Arostegui, Pablo c/ Omega ART SA” (sent. Del 8/4/08) “...los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos –aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio” (Fallos 310:1826, 1828/1829). En el ámbito del trabajo incluso corresponde indemnizar la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308: 1109, 1117)”.

**f) Cuantificación del daño. Pérdida de chance. Reingreso al mercado laboral.**

CNAT **Sala II** Expte n° 2359/00 sent. 89475 21/6/01 «Pellegrini, Rubén c/Editorial Sarmiento SA s/ accidente acción civil» (González. - Rodríguez. -).

La circunstancia apuntada por la demandada en cuanto a que el trabajador continúa ejerciendo idénticas funciones en la categoría desplegada como obrero gráfico, en este caso, no la exime de la responsabilidad resarcitoria en

la especie, toda vez que cabe considerarse que, quizás, en determinado lapso, el damnificado pueda mantener el vínculo laboral sin desmedro de su remuneración, pero en la hipótesis de tener que reingresar al mercado de trabajo, la posibilidad de obtener un nuevo empleo puede verse dificultada en grado tal que podría implicar una afectación muy superior o incluso total, del nivel de ingresos.

**g) Cuantificación del daño. Pérdida de chance.**

CNAT **Sala II** Expte n° 15860/00 sent. 92588 31/5/04 «Gómez, Rubé n c/ Osvaldo Freier SRL y otros/ accidente acción civil» (González

A los fines de decidir cuál será el resarcimiento definitivo que se le reconocerá al trabajador afectado, deben considerarse las pautas que habitualmente se adoptan para el cálculo del resarcimiento por daño material, en las acciones fundadas en las disposiciones del derecho común (salario del pretensor, porcentaje de incapacidad del accidentado y edad de éste a la fecha del infortunio), a lo que se agrega la indudable dificultad con que se enfrentará el accidentado al momento de pretender reinsertarse en el mercado productivo, el impacto que provocará la importante disminución que padece en el seno familiar etc., a lo que cabe agregar también el resarcimiento por daño moral.

Rodríguez. -)

**h) Cuantificación del daño. Formulación matemática. Insuficiencia.**

CNAT **Sala II** Expte n° 5286/06 sent. 95588 5/3/08 «Avalos, Aurora c/ Taluden SA y otros/ accidente acción civil» (Maza. - Pirolo. -)

La fórmula matemática financiera que la Sala III de esta Cámara hiciera conocida a partir del caso “Vuoto, Dalmero c/ AEG Telefunken SA” (SD 36010 16/6/78) sólo cuantifica una parcela del daño material consistente en la merma que el daño a indemnizar provocará exclusivamente en el plano puramente salarial referente al empleo para la empleadora en cuyo marco contractual se produjo la contingencia, sin meritar otras facetas del daño material. En este sentido deben recordarse los señalamientos efectuados por la CSJN en el caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios SA” (21/9/04 Fallos 327:3753) cuando estableció que “[...]no se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquél valor vital de los hombres”, recordando que “en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de chance, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos 308:1109, 1117, considerando 9)”.



## 2. Análisis casuístico en Chile

Los siguientes casos han sido extraídos del artículo titulado “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena” de Mauricio Tapia Rodríguez.

- a) Corte Suprema, 13 de junio de 2006: Se confirma una decisión de instancia que otorgó una indemnización, a título de lucro cesante, sobre la base de la siguiente justificación: *“Que teniendo presente que el lucro cesante es toda cantidad que el actor hubiera estado percibiendo al momento de la ocurrencia del accidente y que se ha dejado de percibir por motivo del mismo y, considerando los siguientes factores, esto es, que el sueldo, señalando por la parte demandante (fs. 23 vta.) era de \$ 120.000, correspondiente a faena de temporada y ocasional, el cual fue cancelado hasta el mes de junio de 2003, que el organismo asegurador le otorgó una pensión de invalidez del 70%, con vuelta al trabajo y, que aún se encuentra en etapa escolar (1º medio al año 2002, con 18 años), según se lee de la demanda de autos, se hará lugar a la misma, en base a una proyección estimativa de dos años más de estudios, esto es entre el año 2005, fecha de término de sus estudios y, a la fecha de cumplir 65 años de edad, en base a diferencia de \$ 36.000 mensuales, esto es, 44 años 2 meses, lo que arroja la suma total de \$ 19.094.000”.*

- b) Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 200712: En este nuevo caso, la Corte decide otorgar \$10 millones por concepto de lucro cesante, en atención a lo siguiente: *“considerando la edad, remuneración y labores desarrolladas por el actor al momento del accidente –jornalero de la construcción (fuente de sus ingresos)–, corresponde proyectar las consecuencias de la incapacidad que sufriera, por un período que resulte coherente con lo normal y previsible. Esta Corte lo fija en 20 años. Por lo tanto, las circunstancias de este caso permiten inferir que, a raíz del accidente, el actor vio disminuidos los beneficios, que, en condiciones de normalidad, obtenía de su trabajo. Así, partiendo de la base que su incapacidad alcanzó un 40% – medida de la disminución– que su última remuneración ascendió a la suma de \$180.000 y que, en términos razonables, sus expectativas laborales se han fijado en 20 años, se tiene que la pérdida patrimonial experimentada alcanzó la suma total de \$10.368.000”*.
- c) Corte Suprema, 11 de abril de 2007: En este caso se trataba un abogado que había sido contratado para defender a un deudor en un juicio interpuesto por una compañía de seguros (que le exigía la restitución de \$26 millones, pagados, en su entender, por error), y por cuya defensa se pactaron honorarios por \$2,6 millones. La sentencia de primera instancia condenó al deudor a la restitución de la totalidad de esa suma. El abogado del demandado apeló en tiempo y forma,

pero no se hizo parte ante el tribunal de alzada, y el recurso fue declarado desierto. La Corte Suprema concedió una suma de 5 millones por concepto de “daño moral” (luego de discurrir sobre la ya superada controversia acerca de su procedencia en materia contractual).

### **3. Análisis casuístico en Colombia**

Los siguientes casos han sido recopilados en el artículo titulado “Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre”, mismo trabajo elaborado en conjunto por Verónica Gutiérrez Tobón y Sebastián Gómez Sánchez:

- a) El Consejo de Estado el 26 de abril de 1999, con ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque (expediente 10.755) se refirió por primera vez a la pérdida de oportunidad en materia médica frente al daño irrogado a una paciente, sin embargo, frente a la confusión al momento de tasar la indemnización se condenó a un pago total de la misma, como si el resultado final de mejoría esperado, se hubiese frustrado por la falla del Estado en la prestación del servicio médico (Consejo de Estado, 1999).
- b) En sentencias del 15 de junio de 2000 y 14 de junio de 2001 (expedientes 12.548 y 13.006 respectivamente) con ponencia de la magistrada María Elena Giraldo Gómez, el Consejo de Estado se refirió



a la necesidad de la prueba de la relación causal del agente y la pérdida de oportunidad, considerando que no podía imputarse como causa de la muerte la omisión administrativa, con inferencia de hechos indicadores probados en el expediente, sino como pérdida de oportunidad para recuperarse (Consejo de Estado, 2000).

- c) En la sentencia del 31 de agosto de 2006, con ponencia de la magistrada Ruth Estella Correa Palacio (expediente 15772), consideró el alto tribunal necesario que de manera científica debe quedar establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o de preservar su vida y que esa expectativa real fue frustrada por omisiones o acciones en la acción médica, iniciando el camino hacia configuración de una tipología de daño autónomo (Consejo de Estado, 2006).
- d) En fallo del 29 de noviembre de 2006, con ponencia del magistrado Fredy Ibarra Martínez (expediente 16.334), consideró el alto tribunal que para que la pérdida de oportunidad pudiera ser indemnizada, debía verificarse si la misma se había puesto en movimiento o no, lo que nos lleva a concluir que esa prueba debe presentarse con criterios cualitativos y cuantitativos. Cualitativos, demostrando que la víctima estaba en una situación idónea para lograr evitar la muerte o mejorar la enfermedad sufrida; cuantitativa, para establecer el monto porcentual de esa posibilidad perdida; todo con el fin de ser determinable el monto

indemnizatorio por parte del Juez Administrativo (Consejo de Estado, 2006).

- e) En decisión del 11 de agosto de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez (expediente 18593), se empezó a sentar una posición disidente de la tradicional derivada del concepto de pérdida de la oportunidad como un elemento de la responsabilidad ligado a la imputación del daño antijurídico, para darle una connotación de daño autónomo. inmaterial, según lo expuesto en la sentencia aludida.

#### **4. Análisis casuístico en España.**

Los siguientes casos son extraídos del libro de Luis Medina Alcoz, mismo que se titula “La teoría de la Pérdida de Oportunidad”:

- a) El dictamen 965/1999, de 22 de abril, corresponde a una reclamación resarcitoria de una funcionaria docente de 18 de junio de 1998 frente al Ministerio de Educación y Cultura. Los hechos tuvieron su origen en la resolución de 02 de agosto de 1993, por la que se publicó la lista definitiva de aspirantes seleccionados para el acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza de Secundaria. Al haberse adjudicado 1 punto al expediente académico de la reclamante y entender esta que, de acuerdo con las bases de la convocatoria que le correspondía 2, por tener una calificación media de 8,7, en seguida, se formuló el recurso de reposición desestimado por Resolución de 21 de febrero de 1994.

Luego, acudió a la jurisdicción contencioso – administrativo y consiguió por sentencia de 21 de junio 1996, L orden de cumplir con dicha sentencia reconociendo al reclamante 2 puntos.

- b) La STS de 07 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10176), resolvió el recurso de casación sobre un proceso en los que los recurrentes habían solicitado una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial atribuida a la Administración General del Estado. El recurso se deducía contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 e marz de 1994, que había desestimado la demanda formulada por ocho farmacéuticos frente a la desestimación (por silencio administrativo) de una reclamación por los daños causados como consecuencia de la extemporánea resolución de un concurso de traslado el recurso, confirmando las resoluciones para cubrir plazas del Cuerpo de Farmacéuticos Titulares de la Administración Local. El Tribunal Supremo rechazó el recurso y confirmando la resolución recurrido, a razón de que pese a preciarse la falta de justificación del retraso en la resolución del concurso, se estimó que habían quedado sin acreditar los perjuicios aducidos, al no proar ninguno de los reclamantes que les tendrían que haber adjudicado la plaza solicitada.
- c) El Dictamen 3423/1999 de fecha 22 de diciembre correspnde a un supuesto en que, deducida en 30 de abril de 1999 querella criminal por supuestos delitos de estafa y falsedad, e incoado el correspondiente



sumario por el Juzgado de Instrucción num. 10 de Madrid, una vez concluso en 30 de mayo de 1983, permaneció paralizado durante seis años, dando lugar a que en 15 de noviembre de 1999 la Audiencia de Provincial declarará extinguida por prescripción la eventual responsabilidad penal de los acusados, quedando a salvo la acción civil del querellante para ejercitarla frente al juez civil. Pese a apreciarse la pasividad procesal de la parte reclamante que, durante casi diez años, no tuvo ningún contacto con el procedimiento, el Consejo de Estado aprecia que hubo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y que el reclamante sufrió perjuicio consistente en la pérdida de oportunidad procesal, proponiéndose que se le indemnizará en la cuantía 100.000 Ptas., teniendo en cuenta la actuación nada diligente del propio reclamante.

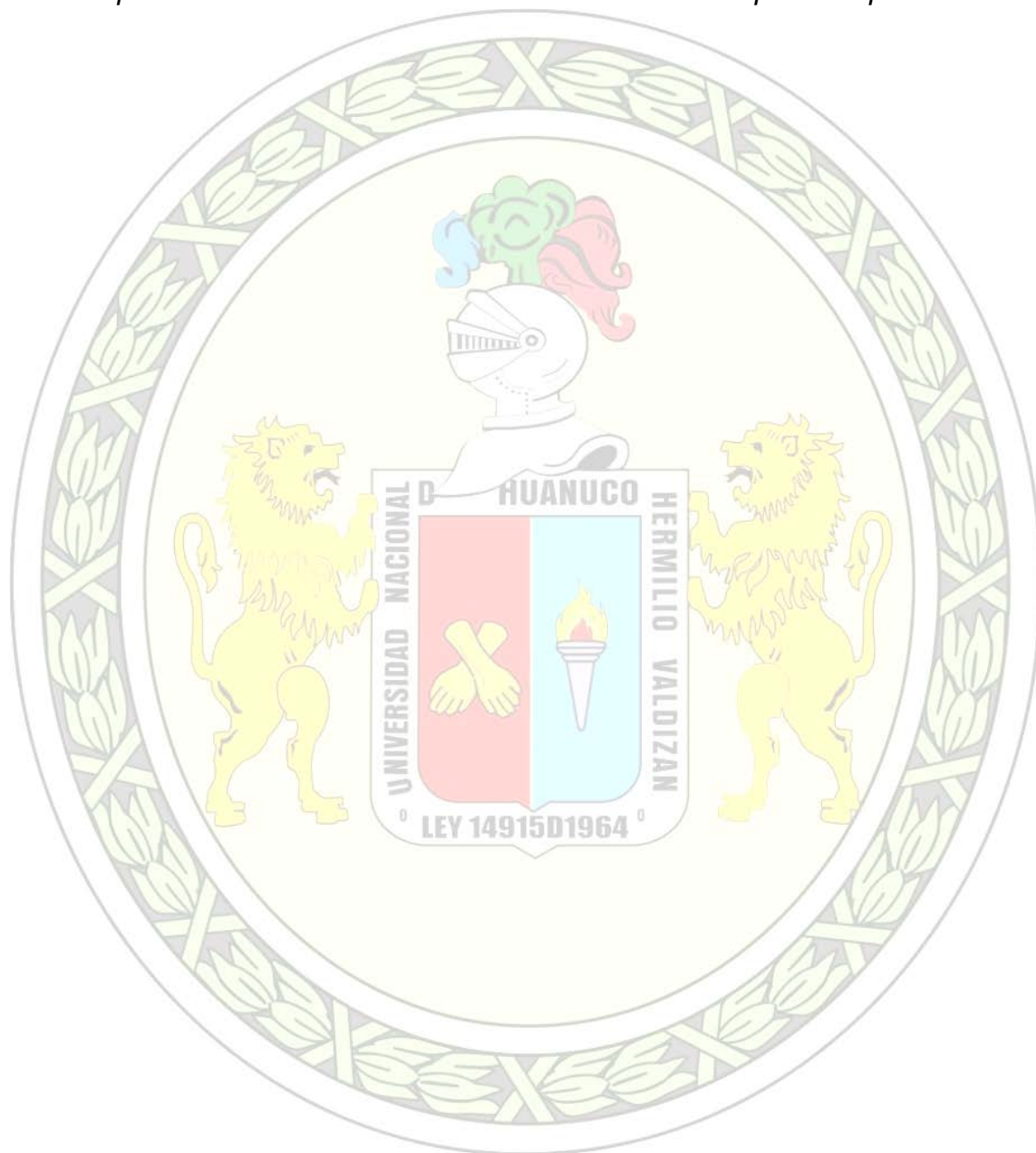
#### **5. Algunos casos en el Perú.**

- a) La Sala Mixta de Sullana, con resolución n° 24, de fecha 20 de 1997, revocó la sentencia de primera instancia (sentencia contenida y emitida en la resolución n° 15 de fecha 17 de febrero de 1997), ordenando el pago de diez mil soles a la demandante, precisando que: “dentro de las obligaciones patronales se encuentra el servicio de la salud que brinda Petróleos del Perú a sus trabajadores [...] Dentro de la vigencia de la relación laboral la actora fue paciente del servicio antes indicado según

se acredita con la historia clínica y por un error de diagnóstico y tratamiento se complicó su salud al producirse un cáncer mamáreo que pudo evitarse oportunamente, según se prueba con los documentos de fojas cuatro a quince [...] Petroperú infringiendo al deber de solidaridad con su trabajadora, a quien debió ampararla, le invitó a retirarse con incentivos como se establece en la cartas de fojas diez y noventa”.

- b) La sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por Scotia Sociedad Agente de Bolsa Sociedad Anónima, mismo que fue desestimado, a razón de lo expuesto por el quinto fundamento, que a la letra señala: *Que, en el caso de autos, las instancias de mérito han verificado la existencia de una pérdida efectiva patrimonial cierta por parte de la demandante que sirvió como referente para determinar la perdida de oportunidad que tenía en el futuro de invertir en la bolsa de valores. En ese entender, la Sala de mérito advirtió una pérdida de posibilidad o chance como consecuencia de un hecho ilícito en materia civil, posibilidad que como se advierte resultaba bastante fundada, habida cuenta que existía una posibilidad cierta que el monto de los saldos reclamados podría haber servido para realizar de forma oportuna alguna actividad en el mercado de valores. Asimismo, no se evidencia la existencia de un pronunciamiento extra petita pues la pérdida de posibilidad de invertir por parte de la demandante fue*

*evaluada en su conjunto no sólo respecto de la Bolsa de Valores o de Credicorp sino de cualquier otro tipo de inversión que el juez advirtió ponderadamente sobre la base de los medios de prueba aportadas.*

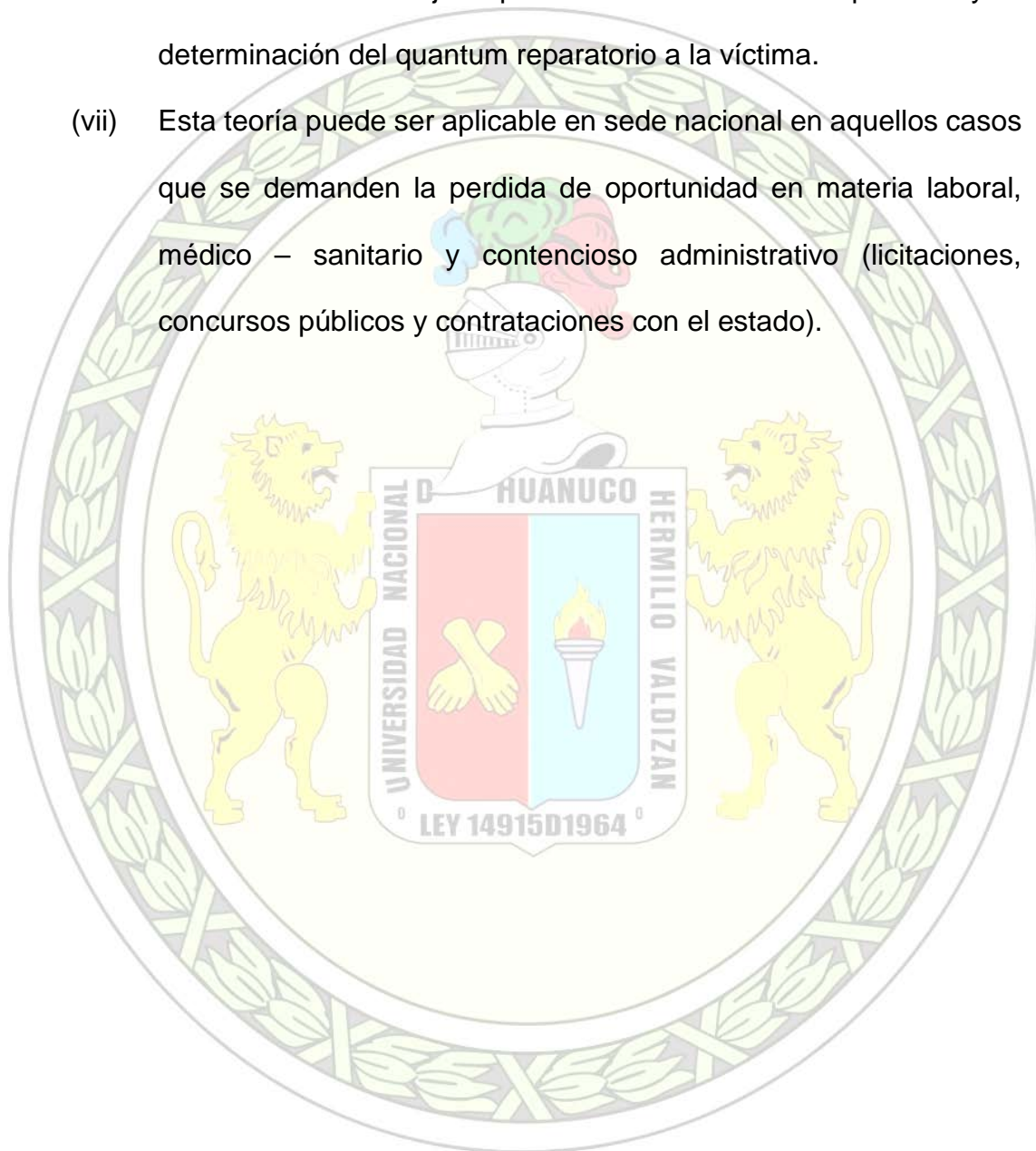




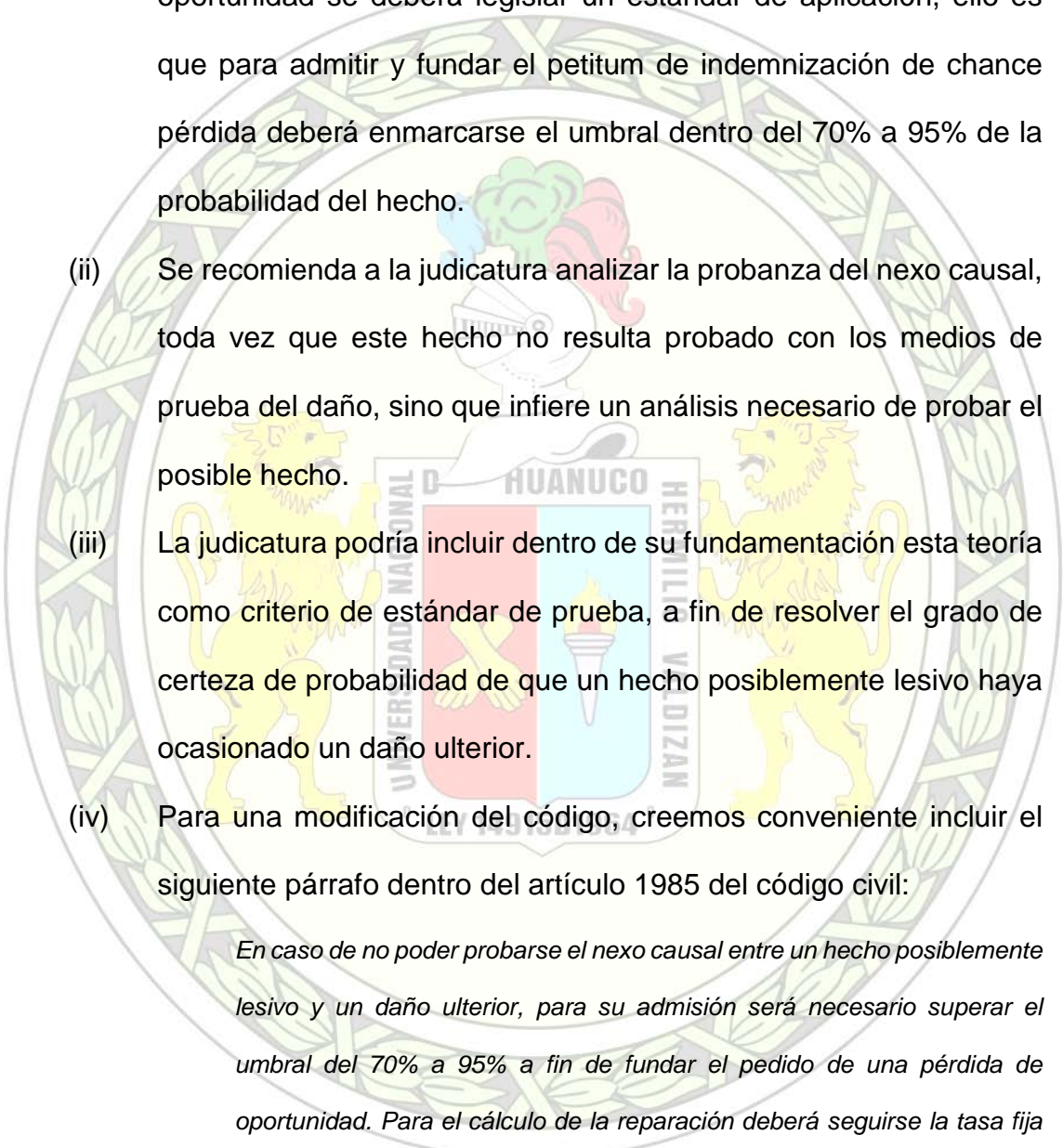
## CONCLUSIONES

- (i) La teoría de la pérdida de oportunidad resulta ser una doctrina de la causa física, pues busca la extensión de la tutela resarcitoria aquellas situaciones de desventaja que hayan sido ocasionados por una acción u omisión, y que estas mismas consideren un alto grado de probabilidad.
- (ii) La teoría de la pérdida de oportunidad es una técnica de facilitación probatoria, lo cual corrobora la disminución de los estándares de la prueba del nexo causal, siempre que el recurrente haya agotado todos los medios necesarios para fundar su pretensión de tutela resarcitoria sobre una oportunidad perdida.
- (iii) La pérdida de la oportunidad no genera un daño en sí, sino constituye un criterio de conexión entre el hecho lesivo y la posibilidad de un daño ulterior.
- (iv) La teoría de la pérdida de la oportunidad indemniza y/o repara el hecho de la posibilidad del daño en la medida de la probabilidad de que este hecho haya ocasionado la situación de desventaja.
- (v) Para una mayor seguridad jurídica el presupuesto de incertidumbre debe ser estricto, ello implica que el cálculo de la probabilidad sea legislado bajo la regla de la probabilidad preponderante (anglosajón) o la alta probabilidad (europeo).

- (vi) El umbral para la verosimilitud de la incertidumbre debe ser tazado o fijado en la norma, ello a fin de evitar un mayor grado de discrecionalidad del juez para la valoración de las pruebas y la determinación del quantum reparatorio a la víctima.
- (vii) Esta teoría puede ser aplicable en sede nacional en aquellos casos que se demanden la pérdida de oportunidad en materia laboral, médico – sanitario y contencioso administrativo (licitaciones, concursos públicos y contrataciones con el estado).



## RECOMENDACIONES

- 
- (i) Para adecuar la norma dentro de la teoría de la pérdida de la oportunidad se deberá legislar un estándar de aplicación, ello es que para admitir y fundar el petitum de indemnización de chance pérdida deberá enmarcarse el umbral dentro del 70% a 95% de la probabilidad del hecho.
- (ii) Se recomienda a la judicatura analizar la probanza del nexo causal, toda vez que este hecho no resulta probado con los medios de prueba del daño, sino que infiere un análisis necesario de probar el posible hecho.
- (iii) La judicatura podría incluir dentro de su fundamentación esta teoría como criterio de estándar de prueba, a fin de resolver el grado de certeza de probabilidad de que un hecho posiblemente lesivo haya ocasionado un daño ulterior.
- (iv) Para una modificación del código, creemos conveniente incluir el siguiente párrafo dentro del artículo 1985 del código civil:

*En caso de no poder probarse el nexo causal entre un hecho posiblemente lesivo y un daño ulterior, para su admisión será necesario superar el umbral del 70% a 95% a fin de fundar el pedido de una pérdida de oportunidad. Para el cálculo de la reparación deberá seguirse la tasa fija de probabilidad antes establecida.*



## BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones.* (J. Espinoza Espinoza, Trad.) Lima: Gaceta Jurídica.
- Álvarez Undurraga, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica.* Santiago Chile: Universidad Central Chile.
- Asensi Palláres, E. (2013). La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Médica. *CESCO*(12).
- Azzalini, M. (2016). Il Carattere probabilistico del danno da perdita di chance tra istanze di rigore ed esigenze di tutela della persona. *Tribunali di Trento*, 149-158.
- Batalla Robles, R. A. (2010). *Teoría de la Pérdida Del Chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica.* Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
- Bermúdez Muñoz, M. (2013). *Del dictamen judicial al dictamen de parte.* Bogotá: Net Educativa.
- Caso Graco Contratistas Sociedad Anónima, Casación N° 3470-2015 - Lima Norte (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema 09 de setiembre de 2016).
- Ceballos Klinkert , L. (2015). *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?* Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT , Colombia.

- Coleman, J. (2013). *Daños, Derechos y Responsabilidad Extracontractual*. (S. Ortega, Trad.) Lima: Jurista Editores.
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y Daños* (Primera ed.). (J. J. Moreso Mateos, J. Ferrer Beltrán, Edits., & D. M. Papayannis, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Cricenti, G. (2016). La perditá di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica. En G. Iudica, U. Carnevali, P. M. Putti, & A. P. Scarso (Edits.), *Responsabilità Civile e Previdenza* (págs. 2073-2096). Giuffré Editoré.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad Extracontractual* (Sétima ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- De Trazegnies Granda, F. (2004). Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad. // Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Domingo Monforte, J. (2018). La pérdida de la oportunidad. Tratamiento Jurídico. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 8.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Novena ed., Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.
- Fernandez Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad en los sistemas del civil law. *Ius et veritas*(22), 11-33.

- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la Responsabilidad Civil. Lecciones Universitarias*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Fidias, A. (2012). *El proyecto de investigación*. Caracas: EDITORIAL EPISTEME, C.A.
- Franzoni, M. (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En L. L. León Hllario, *Estudios de la Responsabilidad* (L. León Hllario, Trad.). ARA.
- Gallardo Castillo, M. (30 de octubre de 2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*(45-46), 35-66.
- Gálvez Criado , A. (abril de 2015). El daño sobrevenido. *InDret*, 1-35.
- Gardner, J. (2013). La justicia correctiva, corregida. En D. Papayannis, *Derecho de daños, principios morales y justicia social* (Primera ed., págs. 39-80). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2011). Prueba de Causalidad en Pleitos de Daños y "Pérdida de Oportunidad". En M. Herrador (Ed.), *Derecho de Daños* (págs. 195-227). Madrid: Sepin.
- Gascón Abellán, M. (2017). Valoración de la Prueba y Causalidad Jurídica. *Ciencia Forense*, 77-96.
- Gascón Abellán, M., & Medina Alcoz, L. (2009). ¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la Pueden declararse



responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (un debate entorno a la pérdida de una oportunidad). *ReaserchGate*, 1-48.

González Carrasco, M. (2015). *La Teoría de Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Civil del Médico*. Universidad de Castilla - La Mancha. Facultad de Derecho, Lima.

Gordley, J. (diciembre de 2013). Los fundamentos morales del Derecho Privado. *Ius et Veritas*(47), 16-34.

Guilherme Marinoni, L. (2010). *Tutelas Urgentes y Tutelas Preventivas* (Primera ed.). (V. Elías Valakivi, Trad.) Lima: Communitas.

Gutiérrez Tobón, V., & Gómez Sánchez, S. (diciembre de 2017). "Pérdida de Oportunidad" en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. *Revista Pluriverso*, 130-150.

Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2016). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). México: Mc Graw Hill Education.

Lara Sánchez, L. (1991). *Procesos de investigación Jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

León Hilario, L. L. (2017). *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas*. (Tercera ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Luna Yerga, Á. (2005). Oportunidades Perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret*, 1-20.

- Márquez, J. F. (2015). Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción e el Código Civil y Comercial. *RCyS, I(5)*, 1-10.
- Martínez Carazo, P. C. (2006). El método de Estudio de Caso. *Pensamiento & Gestión*.
- Medina Alcoz, L. (2007). *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinay Jurisprudencia de Derecho Público y Privado*. Madrid: Thomson Civitas.
- Medina Alcoz, L. (2018). Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 44.
- Mosset Iturraspe, J. (enero-junio de 2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho(1)*, 357-380.
- Navarro Simón, E. (febrero de 2018). Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información: Comentario a la setencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. *Actualidad Jurídica Iberoamericana(8)*, 313-327.
- Osterling Parodi, F., & Rebaza González, A. (2002). Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. *Estudio Jurídico Osterling(20)*.

- Papayannis, D. M. (2017). El valor intrínseco de la resposanbilidad civil. XXVI *Jornadas de la Sociedad española de filosofía jurídica y política: Filosofías del derecho positivo* (págs. 1-25). Girona: Research Institute for the Humanities.
- Portilla, M., Andrés, R., & Isabel, H. (2015). INVESTIGACIÓN CUALITATIVA: UNA REFLEXIÓN DESDE LA EDUCACIÓN COMO HECHO SOCIAL. *Universitaria* , 87-92.
- Posner, R. A. (1980). The value of Wealth: Acomment on Dworkin and Kronman. *Journal of Legal Studies*. 9, págs. 243-252. Chicago: The University of Chicago Law School.
- Ragonesi Esparza, C. (2015). *La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de oportunidad*. Pamplona: Facultad de Ciencias Jurídicas UPNA.
- Riancho, C. M., & Fernández, N. B. (julio de 2008). Boletín Temático de Jurisprudencia. *Daños resarcibles (Acciones fundadas en el derecho común)*.
- Salgado Lévano, A. C. (2007). Investigación Cualitativa: Diseño, Evaluación del Rigor Metodológico y Retos. *Liberabit*, 8.
- Scognamiglio, R. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual. *Ius et veritas*(22), 55-70.
- Tapia Rodriguez, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnizació'n en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, 251-263.



Ugarte Godoy, J. J. (s.f.). La Justicia Conmutativa. *Facultad de Derecho Universidad Católica* .

Vargas Cordero, Z. (2009). La Investigación Aplicada: na forma de conocer las realidades con evidencia científica. *Revista Educación, I(33)*, 155-165.

Vicandi Martínez, A. (julio-diciembre de 2015). La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable? *ESTUDIOS*, 9-66.

Yong, S., & Rodríguez Yong, C. (2011). La pérdida de la oportunidad. *Revista Et Iudicandi*, 36.

Yzquierdo Tolsada, M. (1989). *La responsabilidad del profesional liberal*. Madrid: REus.

Yzquierdo Tolsada, M. (1999). Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 1998. *Cuadernos Civitas de la Jurisprudencia Civil(50)*, 533-542.