



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO CON Y SIN MENCIÓN

## **EL PROBLEMA DE LA PÉRDIDA DE LA CHANCE EN EL DERECHO FRANCÉS**

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al grado de Magíster en  
Derecho con mención en Derecho Privado.**

DANIELA ANDREA BARON IBARBOURE

Profesor Guía: Dr. Hugo Cárdenas Villarreal

Esta tesis integra el proyecto FONDECYT iniciación N° 11201117 "La teoría de la pérdida de la chance en el derecho chileno de daños" a cargo del Dr. Hugo Cárdenas Villarreal en calidad de investigador responsable.

Santiago, Chile

2023

A la familia Baron, y especialmente los Baron Alarcón.

Gracias

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
I. CAPÍTULO I. LA UTILIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CHANCE EN FRANCIA	11
1. Los diferentes ámbitos de aplicación de la doctrina en la jurisprudencia francesa	12
1.1. Falta del auxiliar de justicia	12
1.2. Pérdida de oportunidad de desarrollo profesional como consecuencia de un daño corporal	13
1.3. Error de diagnóstico	17
1.4. Incumplimiento de una obligación de informar	20
2. Intentos de consagración legislativa	23
2.1. Propuestas de reforma	25
2.2. Cuestionamientos a la consagración de la institución	26
II. CAPÍTULO II. LOS DISTINTOS ACERCAMIENTOS DOCTRINARIOS A LA TEORÍA	29
1. Una distinción previa: la diferencia entre daño y perjuicio y su importancia para comprender la aplicación de la noción en Francia	29
2. La pérdida de la chance desde la doctrina tradicional	34
2.1. ¿Es la chance un interés jurídicamente protegido?	38
2.2. El requisito de la certeza del perjuicio	40
3. La pérdida de la chance desde la doctrina contemporánea	41
3.1. Críticas a esta noción de la pérdida de una chance	50

4. El escenario particular de la pérdida de una chance en el ámbito de infracción a obligaciones de informar	53
5. Déficit de conceptualización y cuestionamientos a la legitimidad de la institución	56
III. CAPÍTULO III. LOS DIFERENTES RÉGIMENES DE COMPENSACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS	61
1. Compensación independiente a las probabilidades	62
1.1. Daño moral	62
1.2. Compensación de suma global	63
2. Métodos de cálculo de la compensación basados en las probabilidades	64
2.1. Régimen de “todo o nada”	65
2.2. Régimen “proporcional”	66
2.3. Métodos de reparación dualista en sede administrativa	68
3. Nuevas propuestas de compensación	71
3.1. Laura Vitale	72
IV. CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	77
JURISPRUDENCIA CITADA	82

## RESUMEN

Este trabajo, a través de una investigación, ante todo, formalista-dogmática con caracteres exploratorios y basada en la técnica de fichaje, en particular, de publicaciones y opiniones de autores franceses, tiene por objetivo mostrar el actual estado de desarrollo de la pérdida de la chance en el derecho francés y que erróneamente se cree tener tan claro y, además, arrojar luz sobre los efectos prácticos y las implicaciones de la teoría de la pérdida de una chance en Francia. Con ello, esta investigación pretende ser un punto de partida para aquellos interesados en abordar este tema, proporcionando una base para el análisis de la teoría de la pérdida de una chance en Francia, su aplicación y su impacto en el sistema de justicia.

Como consecuencia de este trabajo, se logró recopilar y clasificar los diferentes y principales usos de la teoría de la pérdida de una chance a lo largo del tiempo. Lo anterior implica un retroceso en la investigación en relación con los demás civilistas que se avocan al estudio de la figura y que viene a llenar vacíos que entorpecen su avance. Ello porque, si bien la principal interrogante dice relación con la naturaleza jurídica de la institución, el trabajo de distinguir sus distintos usos, previo y necesario para resolver el asunto, no se había hecho.

## INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XIX, el Código Napoleónico se convirtió en un modelo para muchos países, gracias a la influencia política y cultural de Francia en la época<sup>1</sup>. Este hecho no pasó desapercibido en América Latina, incluyendo Chile, donde su Código Civil se vio fuertemente influenciado por la civilística francesa.

Como consecuencia de lo anterior, Andrés Bello, un importante intelectual chileno que desempeñó un papel fundamental en la elaboración del código civil chileno de 1855, se basó en el Code Civil de Francia como fuente de inspiración para muchas disposiciones, sobre todo, en materia de obligaciones y contratos<sup>2</sup>.

No obstante, esta influencia no se limitó tan solo a la redacción del código civil, sino que también se extendió a las normas y principios jurídicos relacionados con el derecho privado chileno durante la primera mitad del siglo XX. De hecho, la civilística chilena se ha desarrollado siguiendo de cerca las enseñanzas y corrientes del derecho francés<sup>3</sup>, lo que hace que dicho ordenamiento jurídico tenga un lugar preponderante en el estudio del derecho en Chile. En este sentido, la influencia del derecho francés en la civilística chilena ha dejado una huella profunda en el desarrollo del derecho en el país.

Es así como, para los estudiosos del derecho chileno, conocer el derecho francés es fundamental, dado que se trata de las raíces del sistema jurídico iusprivatista; comprender las bases y fundamentos de la civilística francesa es clave para entender la estructura y funcionamiento del derecho chileno. En consecuencia, es necesario continuar estudiando y

---

<sup>1</sup> Iniciativa Franco-chilena de Altos Estudios, 2022

<sup>2</sup> Brito, 2006, p. 1287

<sup>3</sup> Alcalde, 2015, pp. 59-60

profundizando en esta materia, para seguir enriqueciendo el conocimiento jurídico y mantenerse actualizados en el contexto internacional.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha reconocido esta influencia y ha seguido de cerca los desarrollos del derecho civil francés, sus instituciones, interpretaciones y teorías del derecho<sup>4</sup>. De esta observación, surgen a nivel nacional nuevas ideas y criterios que se ponen a disposición del ordenamiento con el propósito de pretender resolver los conflictos de forma más acertada y en armonía con los cambios económicos, sociales y culturales tan rápidos de los que es víctima la sociedad que innova sin cesar en los problemas de relevancia jurídica, los que son sometidos al conocimiento de los jueces y que requieren, sin duda, una aplicación del derecho moderna y *ad hoc* a estos cambios.

Por su parte, el derecho francés es conocido como uno de los ordenamientos jurídicos que dio origen a la pérdida de oportunidad; así como, también, por ser el ordenamiento jurídico donde más se invoca y aplica este concepto<sup>5</sup>. Para algunos, los primeros rastros de aquel datan por el año 1890<sup>6</sup>, para ser precisos, de fecha 17 de julio de 1889<sup>7</sup>, cuando la Corte de Casación Francesa aceptó la indemnización por daños de pérdida de oportunidad en virtud del daño generado por un procurador judicial quien, a partir de su actuar negligente, impidió la interposición de un recurso y, con esto, continuar un procedimiento judicial; por lo que se consideró como la pérdida de la oportunidad de ganar el proceso.

Los autores que respaldan esta sentencia como el origen de la teoría fundaron su consideración en que, sin perjuicio de no haberse utilizado la literalidad del vocablo pérdida de una chance,

---

<sup>4</sup> Domínguez, 2009, p.61

<sup>5</sup> Borghetti, 2022

<sup>6</sup> Bamdé, 2016

<sup>7</sup> Ghestin et al., 2013, p.91

está presente la valoración de las oportunidades como objeto digno de protección<sup>8</sup>. El razonamiento se basa en la consideración de las posibilidades que dispone la víctima antes de que el hecho desencadenante las destruya, siendo éste el elemento central para determinar la concurrencia de la teoría de la pérdida de una chance en la resolución de un asunto<sup>9</sup>, cuestión que ocurre en la referida sentencia.

Otros autores, debido a la referencia expresa al concepto de pérdida de una chance<sup>10</sup>, consideraron como hito que da origen a esta teoría la sentencia de fecha 26 de mayo de 1932<sup>11</sup>, donde la «*Chambre des requêtes*»<sup>12</sup> —antigua formación de la Cour de Cassation encargada del examen de admisibilidad—, reconoció la actuación negligente de un Notario que no cumplió con el mandato que le habían dado. Al respecto, impidió a una pareja cerrar un negocio, perdiendo aquellos la oportunidad de adquirir la propiedad que querían.

Pero no fue sino hasta 1960, momento en que la función compensatoria de la justicia estaba experimentando un notorio crecimiento en Francia, que su aplicación tomó fuerza y la institución se popularizó, pero ahora con ciertos matices<sup>13</sup>. La aparición de este nuevo concepto basado en la causalidad permitía asegurar una compensación a favor de la víctima cuando, de otra manera, se le habría negado por completo atendida la dificultad causal propia de este tipo de casos, lo que lo convertía en una herramienta valiosa para garantizar la justicia en los casos en que la víctima ha sufrido una pérdida real, pero difícil de cuantificar<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Vitale, 2020, p.17

<sup>9</sup> Vitale, 2020, p.17

<sup>10</sup> Vitale, 2020, p.54

<sup>11</sup> Chabas, 2017, p.74

<sup>12</sup> Chambre des Requêtes, 26 May 1932, S.1932.1.387

<sup>13</sup> Vitale, 2020, p.54

<sup>14</sup> Vitale, 2020, p.54



Un segundo impulso de la pérdida de una chance se dio en el ámbito médico sanitario, donde ha logrado desplegar en todo su esplendor este carácter utilitarista que emana de permitir eludir la dificultad causal propia de este tipo de materias; y, con esto, asegurar la reparación en beneficio de la víctima<sup>15</sup>. En este ámbito, se encuentra un primer reconocimiento de esta dimensión de la figura en un fallo de la Corte de Casación de fecha 14 de diciembre de 1965, que confirmó la sentencia que había compensado una pérdida de oportunidad de recuperación tras un error de diagnóstico médico<sup>16</sup>.

Desde entonces la pérdida de una chance ha mutado en la medida que su aplicación se ha extendido a una nueva orden de supuestos<sup>17</sup> de modo que la actual concepción de la institución por parte de la doctrina es que aquella dista mucho de sus orígenes, con lo cual se reclama una evidente mutación de la teoría producto de un relajamiento en su forma de aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, hoy en día, su aplicación excesiva es criticada por parte de los jueces franceses, cuestionando si Francia no ha llegado demasiado lejos<sup>18</sup> y planteando dudas plausibles respecto de su real naturaleza<sup>19</sup>. ¿Es realmente la pérdida de una chance en Francia un tipo particular y autónomo de daño? Esta es la principal interrogante objeto de debate y división de opiniones entre académicos, juristas y tribunales, cuya respuesta ha acaparado los esfuerzos de quienes estudian la materia hoy en día pero lo cierto es que, antes, se debe resolver esta interrogante es esencial determinar en qué tipo de casos los jueces recurren a esta

---

<sup>15</sup> Vitale, 2020, p.38

<sup>16</sup> Cass. 1 re civ., 14 déc. 1965 : Bull. civ. I, n o 707.

<sup>17</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.38

<sup>18</sup> Borghetti, 2022

<sup>19</sup> Sintez, 2014, p.5

institución. Este trabajo no se ha hecho, de modo que esta investigación pretende ser un punto de partida para quienes se propongan tal labor.

En Chile, si bien la pérdida de la chance u oportunidad ha sido vista con ojos críticos por la doctrina tradicional<sup>20</sup>, lo que ha terminado por impactar en su reconocimiento jurisprudencial<sup>21</sup>, la verdad es que la doctrina más moderna ha comenzado a revisar el contenido de esta institución y analizarla en mayor profundidad, lo que siempre se ha traducido en un mayor bagaje a nivel operativo y jurisprudencial<sup>22</sup>. Este reconocimiento no ha sido tan gradual como en el caso de otras instituciones análogas del derecho civil, sino que ha experimentado un rápido aumento, siendo su principal lugar de acogida el ámbito médico-sanitario<sup>23</sup>, y, más recientemente, a las exclusiones indebidas de oferentes en licitaciones públicas<sup>24</sup>.

En efecto, es innegable el beneficioso impacto de la figura consistente en la diversificación de los tipos de daños resarcibles, al generar un importante cambio en el enfoque de los sistemas de responsabilidad. Esta institución deja de lado aquel enfoque en el que la responsabilidad era analizada desde la perspectiva del agente dañoso, para pasar a un análisis cuyo enfoque radica en la perspectiva de la víctima<sup>25</sup>, pero ¿es tan clara la concepción de la institución como se piensa? ¿Tenemos claro cuál es el real estado actual de la institución en Francia?

---

<sup>20</sup> La pérdida de una chance no tubo cabida en los orígenes de nuestro Código Civil, atendida la dificultad que envuelve la misma de probar con certeza absoluta que la oportunidad perdida habría generado un resultado favorable. Esta visión se basa en la noción de que el sistema legal debe operar sobre hechos probados y no sobre suposiciones o especulaciones.

<sup>21</sup> Barría, 2019, p.p. 236-237

<sup>22</sup> Barría, 2019, p.237

<sup>23</sup> Blümel, 2021

<sup>24</sup> Nissim, 2022, p. 98

<sup>25</sup> Munita, 2013, p.395

Así las cosas, el interés de este trabajo en la casuística francesa sobre esta institución radica por resultar el derecho francés una fuente innovadora de recursos que permean el derecho chileno, siendo susceptibles de aplicar en su ordenamiento jurídico. Ello permite la configuración de herramientas que pueden ser útiles, pero también perniciosas si son malentendidas. Por tal motivo, es que se ha decidido realizar esta actividad formativa equivalente a tesis, en adelante "AFET", a través de un método de investigación teórico-dogmático, en especial, analítico y basado en el uso de investigación documental bibliográfica extranjera con especial atención al criterio seguido por los tribunales superiores franceses al respecto.

Este trabajo, a través de una investigación, ante todo, formalista-dogmática con caracteres exploratorios y basada en la técnica de fichaje, en particular, de publicaciones y opiniones de autores franceses, tiene por objetivo mostrar el actual estado de desarrollo de la pérdida de la chance en el derecho francés y que erróneamente se cree tener tan claro y, además, arrojar luz sobre los efectos prácticos y las implicaciones de la teoría de la pérdida de una chance en Francia. Con ello, esta investigación pretende dar solución a un problema existente y ser un punto de partida para aquellos interesados en abordar este tema, proporcionando una base para el análisis de la teoría de la pérdida de una chance en Francia, su aplicación y su impacto en el sistema de justicia.

Para lograr este objetivo, primero, se revisarán los distintos acercamientos doctrinarios y jurisprudenciales a la teoría, los distintos entendimientos de la pérdida de una chance, y cómo va variando en su contenido según el ámbito de aplicación que se le dé.

Luego, se revisará el desarrollo de las formas de recepción que tiene la legislación francesa de ésta y se determinarán las interrogantes y problemas que los autores franceses han planteado al respecto, buscando establecer los problemas teóricos a los que hoy en día se ve enfrentada

la figura, problemas que dicen relación con su conceptualización y la legitimidad de su reconocimiento como partida indemnizable.

Por último, se revisan los regímenes de compensación, que son susceptibles de aplicarse en cada caso a fin de lograr una indemnización justa y las consecuencias que ello tiene en la determinación de la naturaleza de la pérdida de una chance.

A lo largo de esta AFET, también se plantearán algunas cuestiones relativas al daño dirigidas a determinar el interés jurídico protegido por la pérdida de una chance, junto con la relevante distinción entre daño y perjuicio que se ha planteado por la doctrina contemporánea y que reporta gran utilidad al momento de entender la figura en cuestión.

## I. LA UTILIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CHANCE EN FRANCIA

La pérdida de la chance encuentra sus orígenes en Francia, por el siglo XIX, donde nació, en esencia, como un daño autónomo en virtud del cual se reconoce la necesidad de indemnizar a la víctima por el hecho de haber perdido la oportunidad de obtener un resultado favorable en sí. Así las cosas, por regla general, se presenta como un tipo particular de daño, consistente en “la desaparición de la probabilidad de un evento favorable”<sup>26</sup>.

El primer registro que se tiene de la aplicación de la pérdida de una chance data del 25 de junio de 1875; caso en el que el Tribunal de apelación de Grenoble, Francia, condenó a un alguacil por privar a la víctima de un recurso al determinar que este era nulo, en circunstancias que no lo era. Con ello se entendió que la víctima perdió su oportunidad de acudir a los tribunales superiores y la revisión de su caso<sup>27</sup>.

Ejemplos análogos se ha entendido que son el caso del caballo que no pudo llegar a la carrera a la que se dirigía por un accidente, la pérdida de un billete de lotería, y el alumno que no pudo rendir un importante examen. En todos estos, el daño es claro y evidente, pero las consecuencias en cada caso son inciertas. ¿Habría ganado el caballo la carrera? ¿Habría obtenido el premio mayor el billete de lotería? ¿Habría aprobado el importante examen el alumno?<sup>28</sup>.

Sin embargo, la pérdida de una chance ha mutado en la medida que su aplicación se ha extendido a una nueva orden de supuestos. La jurisprudencia francesa y la Corte de Casación, sobre todo, generalizaron enormemente la regla que permite la indemnización por la pérdida de

---

<sup>26</sup> Le Tourneau, 2006, p. 85 y Borghetti, 2013, p.3

<sup>27</sup> Vitale, 2020, p.17

<sup>28</sup> Borghetti, 2013, p.6

la chance a partir de los años 60, lo que permite su procedencia en forma bastante amplia lo que se ha generado una alteración de la figura<sup>29</sup>.

Por lo mismo, sin perjuicio de que la principal distinción doctrinaria que pueda hacerse es aquella entre la doctrina tradicional y la contemporánea, sus diferencias de uso no se quedan ahí. La aplicación práctica hecha en cada materia específica incorpora matices a la forma en que se entiende la pérdida de una chance, lo que trae como consecuencia una serie de problemas e interrogantes, ante todo, relativos a la existencia de una concepción unitaria de la institución<sup>30</sup>.  
¿Es posible hablar de la misma pérdida de una chance en todos los casos?

## **1. Los diferentes ámbitos de mayor aplicación de la doctrina en la jurisprudencia francesa**

### **1.1.Falta del auxiliar de justicia**

La primera hipótesis en la que se reconoce el carácter reparable de la pérdida de oportunidad data del 17 de julio de 1889<sup>31</sup>. El caso versa sobre la privación que sufre el cliente de un funcionario judicial de la posibilidad de apelar contra una sentencia y, en consecuencia, de ganar su caso. Se desarrolla que debido a la culpa cometida por dicho funcionario judicial, que llevó a la nulidad del acto que declara la apelación, la víctima perdió la oportunidad de recurrir<sup>32</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Casación reconoció al cliente del estudio jurídico un derecho a compensación, sobre la base de la pérdida de oportunidad; y, desde entonces, ha reconocido que la pérdida de oportunidad es un daño reparable<sup>33</sup>. Se ha señalado

---

<sup>29</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.38

<sup>30</sup> Borghetti, 2022

<sup>31</sup> Bamdé, 2016

<sup>32</sup> Borghetti, 2022

<sup>33</sup> Bamdé, 2016

al respecto que, cuando un auxiliar de justicia priva, por su culpa, a un litigante de la posibilidad de apelar la sentencia que desestima sus pretensiones, el daño no consiste en la no obtención de lo que el litigante habría conseguido si el tribunal de apelación hubiera dado la razón, sino en la pérdida de la oportunidad que el tribunal le da la razón<sup>34</sup>. O sea, la posibilidad de someter su caso a una nueva instancia de revisión. Este tipo de casos, así como el típico ejemplo de la pérdida de un billete de lotería<sup>35</sup>, constituyen de manera clara e indudable una hipótesis de pérdida de una chance. Al mismo tiempo, este tipo de casos tradicionales son los que más se alejan del enfoque contemporáneo. Por lo que no es considerado, hoy en día, como base para ensayar nuevas reflexiones y planteamientos en torno a la institución<sup>36</sup>.

Los casos de aplicación que encuadran bajo esta hipótesis de pérdida de una chance son claros y determinados, no siendo susceptibles analogías o manipulaciones de la figura —como acusaron los autores franceses respecto del uso de la doctrina contemporánea—<sup>37</sup>. Este ámbito de aplicación constituye sin duda alguna la doctrina tradicional; admitido desde hace mucho tiempo en el derecho francés y de la cual nadie discute ya en Francia su carácter reparable<sup>38</sup>.

## **1.2. Pérdida de oportunidad de desarrollo profesional como consecuencia de un daño corporal**

La segunda hipótesis donde se aplica con frecuencia la pérdida de la chance es cuando, por la generación de un daño corporal, la víctima se ve forzada a interrumpir su carrera o desarrollo

---

<sup>34</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>35</sup> El monto de la indemnización correspondiente a la pérdida de un billete de lotería no corresponde al monto total del premio, sino de la posibilidad de participar en el concurso. Lo anterior, atendido el elemento de incertidumbre existente en el caso particular. Es imposible saber si el billete de lotería perdido era ganador o no.

<sup>36</sup> Borghetti, 2022

<sup>37</sup> Borghetti, 2022

<sup>38</sup> Borghetti, 2013, p.3

profesional. En estos casos, cuando proceden los demás requisitos de la responsabilidad civil necesarios, se indemniza la pérdida de la oportunidad de progresar en la carrera, y no la imposibilidad de progresar atendido a que, el elemento incertidumbre radica en no saber con precisión cuál hubiera sido la progresión de la persona herida que no pudo trabajar más, y que nunca se sabrá debido a la interrupción que implicó el daño corporal del que fue víctima<sup>39</sup>.

En este sentido, la nomenclatura de la Comisión Dintilhac desglosó el antiguo daño profesional en dos conceptos bien diferenciados: la pérdida de ingresos profesionales futuros y el impacto profesional<sup>40</sup>, reconociendo expresamente la pérdida de una chance de manera secundaria únicamente respecto de este segundo concepto.

Las pérdidas de ganancias futuras o "PGPF" (*Perte de gains professionnels futurs*) corresponden a la pérdida o reducción de ingresos derivada de la incapacidad permanente y cuyo cálculo ha sido establecido por la Corte de Casación como un promedio de lo que la víctima había ganado hasta ese momento, proyectado en la cantidad de años que esta podría ejercer su profesión u oficio<sup>41</sup>.

Esto puede ejemplificarse a través de un reciente fallo de la jurisprudencia francesa en el que un albañil sufrió un accidente que le impidió seguir desempeñando su profesión, pero, al menos tres meses antes de este accidente, el albañil había dejado de trabajar. El Tribunal de Apelación desestimó la demanda por lucro cesante profesional y concluyó que no estaba trabajando en el momento del accidente y, por lo tanto, no sufrió pérdida de ingresos<sup>42</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Casación revocó esta decisión al señalar que, independiente de la cesantía previa de la

---

<sup>39</sup> Borghetti, 2022

<sup>40</sup> Dintilhac, 2005, p.5

<sup>41</sup> Cass., crim., 18-82.877

<sup>42</sup> Cass., crim., 18-82.877



víctima, al constatar la incapacidad para ejercer su profesión a causa del accidente, hubo pérdida de oportunidad para ejercer una actividad profesional<sup>43</sup>, vinculando el caso a una pérdida de una chance.

Tal es la aceptación respecto de la reparación de este tipo de daño que, la existencia de una pérdida de ingresos profesionales futuros también puede reconocerse en una víctima joven. Un estudiante puede, por ejemplo, ser indemnizado, según su situación escolar o universitaria, por un daño correspondiente a una pérdida de posibilidades de acceder a un empleo remunerado<sup>44</sup>.

En ese sentido, se ha fallado que si bien no es posible determinar la trayectoria profesional que habría seguido la víctima, dada su corta edad, no es menos cierta la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de ejercer una actividad profesional<sup>45</sup>.

Al respecto la jurisprudencia ha resuelto que la pérdida de logros profesionales futuros debe valorarse en función de la naturaleza de las actividades profesionales anteriores, la pérdida de autonomía, la localización y la gravedad de las secuelas<sup>46</sup>. Así las cosas, para compensar este daño de manera justa y cuantificar como corresponde la partida indemnizatoria en específico, es necesario tener en cuenta la categoría del empleo ejercido, las limitaciones vinculadas a la invalidez (prohibición de llevar una carga, prohibición de estar de pie, dificultades de movimiento, fatiga, aumento de la fatiga, etc.), perspectivas profesionales y la edad de la víctima para tener en cuenta el período durante el cual esta deberá sufrir este impacto laboral<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Cass., crim., 18-82.877

<sup>44</sup> Cass., crim., 18-82.605

<sup>45</sup> Cass., crim., 18-82.605

<sup>46</sup> Cass., crim., 18-82.877

<sup>47</sup> Scribeo, 2022

Por otro lado, el impacto profesional como daño indemnizable, -y según ya se adelantó- la pérdida de una chance aparece reconocida en la nomenclatura de Dintilhac de manera secundaria, tan solo en el contexto de este daño. El impacto profesional se refiere, pues, a los efectos periféricos del daño que afectan al ámbito profesional y adquiere con ello una dimensión patrimonial que se asimila a la pérdida de una oportunidad de mejorar la propia situación social<sup>48</sup>.

En otras palabras, se entiende como impacto profesional la obligación de la víctima de abandonar el empleo ejercido con anterioridad al hecho traumático; la renuncia definitiva a toda actividad profesional; la inactividad forzosa; la pérdida de posibilidades de promoción profesional; la desvalorización del profesional en el mercado laboral; aumento de la dureza de las condiciones de trabajo; la pérdida de una oportunidad profesional o el aumento de la dificultad del puesto de trabajo ocupado, entre otros supuestos<sup>49</sup>.

El Tribunal de Casación ha aceptado compensación por el impacto profesional, incluso en caso de no reanudación de una actividad profesional<sup>50</sup>. Este concepto implica admitir que la víctima tenía una chance de progresar en su carrera, aunque no se esté seguros de que hubiera cambiado de trabajo, que hubiera progresado, ni en qué medida<sup>51</sup>, permitiendo a la víctima reclamar, en total, una indemnización vitalicia por su pérdida de ingresos profesionales futuros y, además, su impacto profesional.

---

<sup>48</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>49</sup> Cass., civ., 20-13.341, 2021

<sup>50</sup> Cass., civ., 20-13.341, 2021

<sup>51</sup> Borghetti, 2022

### 1.3. Error de diagnóstico

Otra hipótesis en la que se invoca a menudo la pérdida de la chance es ante un error de diagnóstico médico; o sea, cuando no se diagnostica una enfermedad o se diagnostica de manera equivocada. Aquí, la institución se identifica con la situación favorable en que hubiera podido encontrarse la víctima de no haber existido el hecho culpable o, en versión negativa, con el daño que hubiera podido evitar, indemnizándose por este concepto la pérdida de la chance de supervivencia o de sanación. La pérdida del azar se reduce en cierto modo a una probabilidad, a una eventualidad<sup>52</sup>.

Así definido, este daño tiene muchas variantes: pérdida de posibilidades de recuperación; de tener un mejor final de vida; de tener un final de vida sin sufrimiento, menos doloroso; una vida más larga y, por lo tanto, para sobrevivir incluso unos pocos días, unas pocas horas; etc<sup>53</sup>. También, se consideró la pérdida de chance de que la prótesis no se afloje y la de retrasar el desenlace fatal que la enfermedad envolvió<sup>54</sup>.

De esto, se sigue que el mencionado terreno permite plantear la incertidumbre relativa a las consecuencias dañosas producidas por determinadas conductas o abstenciones del funcionario de salud, por lo que se refiere, en este punto, a los denominados daños pasivos. En otras palabras, “aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.38

<sup>53</sup> Le Tourneau, 2020, p.1432

<sup>54</sup> Cass., civ., 10-19.766, 2011

<sup>55</sup> LUNA, 2005, p.2

Como no se ha diagnosticado la enfermedad, el paciente no es sometido de inmediato a los cuidados con los medicamentos apropiados, desencadenándose daños propios de la enfermedad o, incluso, la muerte. El problema es que, incluso si hubiese sido sometido al tratamiento de inmediato, con los medicamentos apropiados, quizás el desenlace dañoso o fatal hubiese sido el mismo. No existe certeza respecto a que la falta del médico haya causado las consecuencias dañosas del paciente; porque quizás hubieran ocurrido de todos modos<sup>56</sup>. Se trata de hipótesis en las que se debate la existencia de un vínculo directo entre la lesión corporal y la culpa.

Planteada de esta forma, la pérdida de una chance autoriza a las jurisdicciones a no resolver ciertos problemas que emanan de la causalidad. Se ha denunciado que la Corte de Casación interpreta ampliamente la noción de causalidad cuando razona en términos de pérdida de oportunidad en casos como este, pues, en las hipótesis donde existe, nadie está en condiciones de comentar el origen exacto del daño<sup>57</sup>. El Tribunal de Casación recuerda varias veces que, debido a la autonomía de la pérdida de una chance, la causalidad debe apreciarse entre esta y el hecho generador de la responsabilidad; y no entre la lesión corporal y este último<sup>58</sup>. La pérdida de oportunidad en materia médica tiene esta cierta especificidad, no solo se escucha ampliamente, sino que también se favorece su evidencia<sup>59</sup>. Como vemos, las diferencias comienzan a saltar a la vista y los principales problemas que esta noción genera empiezan a ser más evidentes.

---

<sup>56</sup> Borghetti, 2022

<sup>57</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>58</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>59</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

Se ha planteado que es tanto lo que se ha relajado este vínculo causal que, incluso cuando las conclusiones de los peritos confiesan la incapacidad de aquellos para pronunciarse sobre el origen del daño, los tribunales superiores ordenan que se indemnice la pérdida de oportunidad, por mínima que sea<sup>60</sup>. La Corte de Casación ha entendido<sup>61</sup> que incluso ante una situación donde el origen primario del daño esté afectado por un grado de incertidumbre da como resultado una pérdida de oportunidad, sin que en última instancia haya que preguntarse sobre la existencia o no de un vínculo directo entre esta y la falta ética. Al respecto, se ha fallado que “la pérdida de la oportunidad es directa y cierta cada vez que se establece la desaparición de una eventualidad favorable”<sup>62</sup>, en otras palabras, el carácter directo se presume a partir de la pérdida de una eventualidad favorable como consecuencia de una mirada protectora en la que la duda beneficia al paciente<sup>63</sup>.

Muchas sentencias, en particular, han sostenido que un retraso culposo en el diagnóstico de una patología podría resultar para el paciente en una pérdida de posibilidades de curación o de evitar ciertas secuelas, dándole derecho a una compensación. La solución está ahora bien anclada en el derecho francés<sup>64</sup>. Así, por ejemplo, en sentencia de 27 de enero de 1993, el Tribunal de Casación desestimó un recurso contra una sentencia del Tribunal de Apelación de Orleans, que condenó a un médico culpable de haber diagnosticado una meningitis con retraso a reparar la pérdida de una oportunidad por parte del paciente de escapar de la sordera casi total de la que había quedado aquejado por el desenlace de la meningitis<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>61</sup> Cass., civ. 08-20.755, 2010

<sup>62</sup> Cass., civ. 11-10935, 2012 y Cass., civ. 05-15674, 2006

<sup>63</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>64</sup> Borghetti, 2008, p.1076

<sup>65</sup> Borghetti, 2008, p.1076

De esta forma, se ha establecido que, ante un caso de retraso en el diagnóstico que hubiere impedido la administración oportuna de ciertos tratamientos que habrían tenido la posibilidad de prevenir la muerte o ciertas secuelas, no se puede saber con certeza el resultado que habría tenido el tratamiento, pero lo que es seguro es que, si el tratamiento se hubiera administrado a tiempo, el paciente habría tenido la posibilidad de evitar la muerte o lesiones, oportunidad de la que, al final, fue privado<sup>66</sup>.

De este resulta el típico uso a que se refiere la doctrina contemporánea, donde se acusa que la pérdida de una chance pasa a cumplir un rol de relajación del vínculo causal, a fin de permitir a las víctimas reparar el daño del que fueron objeto<sup>67</sup>. Ahondaré en aquello más adelante.

#### **1.4. Incumplimiento de una obligación de informar**

Por último, la quinta y más problemática hipótesis donde a menudo se aplica la pérdida de la chance, es en casos de incumplimiento de una obligación de informar. En estos casos, esta es entendida como la pérdida de la posibilidad de eludir las consecuencias negativas de la elección realizada sobre la base de información incompleta o errónea<sup>68</sup>.

Esta hipótesis resulta, por ejemplo, cuando un médico no informa al paciente de un cierto riesgo antes de someterlo a una operación en circunstancias que la *lex artis* demandaba hacerlo. El paciente, sin estar al tanto de los riesgos, decide operarse y el riesgo se concreta. No se sabe lo que habría hecho el paciente si hubiese sido informado como corresponde. Quizás hubiera escogido operarse de cualquier modo, o quizás hubiera preferido no someterse a la operación<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Borghetti, 2008, p.1085

<sup>67</sup> Borghetti, 2022

<sup>68</sup> Borghetti, 2022

<sup>69</sup> Munita, 2013, p.421

La jurisprudencia admite que, quien haya sido víctima de este incumplimiento, puede ser indemnizado por la pérdida de la chance que hubiera tenido al escapar de las consecuencias negativas de la elección que hizo sobre la base de una información incompleta o errónea<sup>70</sup>. Ejemplo de lo anterior son los fallos de la Corte de Casación francesa, el primero de fecha 07 de febrero de 1990, donde resolvió que

“[...] al faltar a su obligación de aclarar al paciente sobre las consecuencias eventuales de su elección de aceptar una operación que importa riesgos conocidos, un médico priva solo a este enfermo de una chance de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es al final realizado”<sup>71</sup>.

El segundo, de fecha 07 de diciembre de 2004, y casi bajo la misma redacción, estableció que la violación de una obligación de información no puede ser sancionada más que a título de la pérdida de una chance sufrida por el paciente de escapar, por una decisión quizás más razonada, al riesgo que es por fin realizado<sup>72</sup>.

Pues bien, es efectivo que, bajo esta circunstancia, los tribunales franceses están dispuestos a indemnizar la pérdida de la chance que significa el haber podido tomar una decisión diferente como sería la de no someterse a la operación, y evitar así los riesgos que se hicieron realidad<sup>73</sup>.

El Tribunal de Casación entiende que el incumplimiento de una obligación de informar priva al paciente de la posibilidad tomar una decisión debidamente razonada y de escapar del riesgo que, en definitiva, se materializó. De la misma manera, cuando una persona no ha recibido todas las informaciones concernientes a la conclusión de un contrato, la jurisprudencia admite que la

---

<sup>70</sup> Borghetti, 2022

<sup>71</sup> Munita, 2013, p. 422

<sup>72</sup> Munita, 2013, p. 422

<sup>73</sup> Munita, 2013, p.421

persona ha perdido la chance de no celebrar el contrato o de celebrarlo bajo condiciones diferentes, así como también en cualquier ámbito donde exista un incumplimiento de una obligación de informar que apareje como consecuencia un daño<sup>74</sup>.

En este sentido, la incertidumbre en cuestión, propia de la pérdida de una chance, vendría a ser la de tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, el de evitar una intervención riesgosa o someterse a otra de manera oportuna<sup>75</sup>.

El asunto no es tan simple. En la jurisprudencia, este tipo de casos reconoce dos posibles situaciones. En la primera es posible afirmar con claridad que, o bien para el hecho desencadenante fue determinante el consentimiento prestado porque, en su defecto, no hubiera existido, o, en caso contrario, que no fue determinante y, sin él, el hecho desencadenante hubiera ocurrido de igual forma<sup>76</sup>. Si resultó determinante en el daño sufrido por la víctima como consecuencia de esta decisión, deberá ser reparado, en caso contrario, no hay lugar a reparación alguna, por lo que respeta el rígido dogma de la certeza de la relación de causalidad<sup>77</sup>.

Ahora, en un segundo tipo de situaciones no es posible afirmar que al haber sido informado de los riesgos que presentaba la intervención, el paciente habría decidido no someterse a esta<sup>78</sup>. En este segundo supuesto, la jurisprudencia procede de igual forma a reparar la pérdida de oportunidad de no sufrir el daño corporal en concreto observado en el paciente o la pérdida de oportunidad de celebrar el contrato<sup>79</sup>. La pérdida de oportunidad se mantendrá si la decisión que

---

<sup>74</sup> Munita, 2013, p.422

<sup>75</sup> Munita, 2013, p.423

<sup>76</sup> Vitale, 2020, p.152

<sup>77</sup> Vitale, 2020, p.152

<sup>78</sup> Vitale, 2020, p.152

<sup>79</sup> Vitale, 2020, p.152



hubiera tomado el paciente está teñida de ambigüedad<sup>80</sup>. Lo anterior no deja de ser tremendamente conflictivo.

## **2.Intentos de consagración legislativa**

La pérdida de una chance nació en Francia como una construcción jurisprudencial de los jueces civiles<sup>81</sup>, que encontraron en esta una útil herramienta de resolución de conflictos<sup>82</sup>. De esta forma, sin perjuicio de su antigüedad y la basta aplicación que tiene en la jurisprudencia francesa; así como, también el gran interés que despierta en la doctrina, en la actualidad, la pérdida de una chance no tiene una regulación particular expresa en el ordenamiento jurídico francés<sup>83</sup>.

Pero el silencio no es absoluto. La legislación francesa ha incorporado de manera paulatina esta figura por medio de una regulación dispersa que se limita a ámbitos específicos<sup>84</sup>. A continuación, se desarrollará cómo es que se ha articulado la institución con el paso del tiempo.

En efecto, la pérdida de oportunidades pasó a formar parte de los cuerpos normativos franceses hace, más bien, poco. Su primera incorporación se encuentra en el Código de Comercio en el artículo L.481-3, incorporado al mismo como resultado de la reforma relativa a las acciones de daños y perjuicios por prácticas anticompetitivas de fecha 9 de marzo de 2017. Dicho artículo dispuso que “El perjuicio sufrido por el actor como consecuencia de las prácticas anticompetitivas, la práctica mencionada en el artículo L. 481-1 incluye en particular [...] la pérdida de oportunidad”<sup>85</sup>. Luego, la ley de 30 de julio de 2018 relativa al secreto comercial da

---

<sup>80</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>81</sup> Sintez, 2014, p.5

<sup>82</sup> Vitale, 2020, p.55

<sup>83</sup> Munita, 2018, p.223

<sup>84</sup> Munita, 2018, p.225

<sup>85</sup> Code de commerce, 2021, art. L.481-3

origen al artículo L. 152-6, que regula los perjuicios e intereses debidos en compensación, y estableció que el tribunal ha de tener en cuenta “las consecuencias económicas negativas de la violación del secreto comercial, incluido el lucro cesante y el perjuicio sufrido por la parte perjudicada, incluida la pérdida de oportunidad”<sup>86</sup>.

Por último, en el ámbito civil, la pérdida de oportunidad también se verifica por su presencia en los proyectos de reforma de la ley de obligaciones francesa, que se sucedieron a principios de la segunda década de los 2000. Es en virtud de la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones que aparece la noción en el Código Civil Francés, mejor dicho, a partir del 1 de octubre de 2018. Debido a la referida reforma, el nuevo artículo 1112 del Código Civil dispone que “en caso de falta cometida en las negociaciones, la indemnización del daño resultante no puede tener por objeto compensar la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado, ni la pérdida de la oportunidad de obtener estas ventajas”<sup>87</sup>.

En efecto, curioso resulta que la compensación por este tipo de daño encuentre su único reconocimiento legislativo en sede civil en una norma que la prohíbe. Sin perjuicio, es indudable que, aunque sea en un sentido prohibitivo, el artículo 1112 del Código Civil francés constituye un reconocimiento expreso de la figura con lo cual se entiende, a contrario sensu, que aplica en todas las demás materias en las que no se hubiese prohibido<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Code de commerce, 2021, art. L.152-6

<sup>87</sup> Code Civil, 2004, art. 1112

<sup>88</sup> Vitale, 2020, p. 22

## 2.1.Propuestas de reforma

Como ya se ha reiterado en varias ocasiones, Francia es uno de los países precursores de la institución en estudio y, además, uno de los que mayor jurisprudencia tiene respecto al tema, pues ha crecido de manera sorprendentemente exponencial. Tanto así que, entre 2000 y 2013, se dictaron el doble de decisiones en materia de pérdida de oportunidad que durante los 70 años anteriores<sup>89</sup>.

Como consecuencia de esto, era de esperar que este escueto reconocimiento legislativo resultase ser una cuestión transitoria y se consagrara una regulación más precisa. El actual proyecto de reforma de la responsabilidad civil del Código Francés, presentado el 13 de marzo de 2017, consagra como perjuicio reparable a dos nuevos tipos de daños particulares que no forman parte del texto actual<sup>90</sup>. Por un lado, los gastos en que incurra el actor para prevenir la inminente realización de un daño o evitar su agravación; así como para reducir sus consecuencias y, por otro, la pérdida de chance<sup>91</sup>.

El artículo 1238, colocado entre las disposiciones relativas al perjuicio, propone disponer que “Solo constituye pérdida reparable del azar, la desaparición real y cierta de una eventualidad favorable”<sup>92</sup>. De modo que define a esta institución como el desaparecimiento actual y cierto de una eventualidad favorable, siguiendo el criterio de la Corte de Casación y la doctrina más autorizada según se expuso anteriormente. A su vez, su inciso segundo agrega que este daño debe medirse por la oportunidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que esa oportunidad hubiera proporcionado si se hubiera materializado. Esto refuerza la idea de que incontables

---

<sup>89</sup> Vitale, 2020, p. 22

<sup>90</sup> Borghetti, 2022; Munita, 2018, p.223; Vitale, 2020, p.22

<sup>91</sup> Vitale, 2020, p.37

<sup>92</sup> Code Civil, 2004, como se citó en Munita 2018, p. 227

sentencias ya han afirmado en cuanto a que la oportunidad perdida no puede ser igual a la ventaja que habría significado a la víctima esta oportunidad, en caso de su realización<sup>93</sup>.

## **2.2. Cuestionamientos a la consagración de la institución**

Esta consagración de la pérdida de una chance ha sido objeto de vastas críticas atendida la amplitud con la que se regula. Definida como está en el proyecto, genera un problema importante relativo a su omnipresencia<sup>94</sup>.

En efecto, bajo el supuesto de desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cualquier alteración en el curso normal de las cosas puede llevar a caer en la hipótesis de desaparición de la probabilidad de un evento favorable e, incluso, de un número indefinido de eventos favorables<sup>95</sup>; sobre todo, al considerar que se ha establecido por la jurisprudencia que su existencia solo puede ser descartada cuando se caracterice la ausencia de toda probabilidad de ocurrencia del evento esperado<sup>96</sup>.

Así las cosas, si todo acontecimiento que cambia el curso de las cosas conlleva la pérdida de eventualidades favorables, se llegaría al absurdo de indemnizar incluso riesgos y azares propios de la vida cotidiana en sociedad<sup>97</sup>.

Una clara muestra es la situación actual de la cuestión en Francia. Con motivo de la definición actual que ha dado la Corte de Casación, existe la impresión de que la invocación de una pérdida de oportunidad por parte de los litigantes se está convirtiendo en una costumbre<sup>98</sup>; como si

---

<sup>93</sup> Munita, 2018, p.227

<sup>94</sup> Borghetti, 2022

<sup>95</sup> Borghetti, 2022

<sup>96</sup> Cass., com., 13-15.516, 2014

<sup>97</sup> Borghetti, 2013, p.6

<sup>98</sup> Borghetti, 2013, p.3

siempre existiera una pérdida de oportunidad, por leve que sea. Recurrir a esta institución permite acceder a indemnizaciones, incluso cuando las condiciones para el daño o perjuicio “real” no se cumplen, generando un requerimiento exagerado de la figura que ha llevado su aplicación más allá de las fronteras de su dominio clásico ya mencionado<sup>99</sup>.

Así pues, por regla general, la jurisprudencia afirmaba que, para que la pérdida de la chance fuera indemnizable, debía ser “real y seria”; o sea, la chance perdida debía ser “real y seria”. Sin embargo, desde hace algún tiempo la jurisprudencia ya no habla de chance “real y seria”<sup>100</sup>. Y, por el contrario, insiste en el hecho que “toda chance, aunque sea débil, debe ser indemnizable”<sup>101</sup>.

Por ejemplo, los jueces de fondo, la Corte de Apelaciones, no están autorizados para negarse a admitir la pérdida de la chance, con el motivo de que, por ejemplo, la pérdida de la chance fuera solo de un 5 %. Toda chance es indemnizable. Se tiene, entonces, una aplicación extremadamente liberal de la institución; porque no hay ninguna condición demasiado estricta planteada para su admisión y, por otro lado, tal como se ve, se puede aplicar en numerosos casos<sup>102</sup>.

A modo ejemplificador, producto de un accidente se genera un atochamiento del tránsito y el auto de un ejecutivo encaminado a una importante reunión de negocios queda bloqueado en este embotellamiento. Quizás aquel vaya a perder una oportunidad por llegar atrasado a dicha reunión; quizás la persona que se encuentra en el auto de al lado va a perder la posibilidad de

---

<sup>99</sup> Borghetti, 2013, p.3; Corgas-Bernard, 2013, p.41; Vitale, 2020, p.111

<sup>100</sup> Borghetti, 2022

<sup>101</sup> Cass. civ. 1, 16 de enero de 2013, n° 12-14.439

<sup>102</sup> Borghetti, 2022

encontrarse con alguien. O sea, se puede imaginar una gran cantidad de chances perdidas cada vez que ocurre algo<sup>103</sup>.

Bajo el mismo supuesto, uno de los pasajeros de un auto involucrado en el atochamiento va en camino a participar en una competencia y se ve impedido de hacerlo justo por esta situación. Bien, como está regulado en la reforma, se puede afirmar que esa persona va a perder la chance de ganar en la competencia. Entonces, en teoría, en derecho francés eso sería indemnizable<sup>104</sup>.

Por tal premisa, si aquel participante perdió la chance de ganar en la competencia, otros tuvieron más chance de ganarla, por lo tanto, su chance aumentó. ¿Deben estos algo por ese beneficio? Desde luego, no<sup>105</sup>. Pensar así las cosas deja en claro un importante desequilibrio, que evidencia la necesidad de establecer condiciones más estrictas para la indemnización respecto de la pérdida de la chance. Pero ¿qué condiciones? Hay quienes plantean que se podría exigir otra vez una pérdida de chance real y seria; o al menos una chance razonable, como lo hace el Consejo de Estado<sup>106</sup>.

Por su parte, el inciso segundo del artículo en cuestión agregó el principio base de la pérdida de la chance, el hecho de que el perjuicio deba ser medido con respecto a la chance perdida y no pueda ser igual al daño final. De nuevo, el problema radica en que no hay casi ningún límite planteado al tipo de chance perdida que pueda ser indemnizada<sup>107</sup>, así como, tampoco disposición alguna que defina de manera clara las cuestiones relativas al régimen de compensación; deja de lado la necesidad de unificación.

---

<sup>103</sup> Borghetti, 2022

<sup>104</sup> Borghetti, 2013, p.6

<sup>105</sup> Borghetti, 2013, p.6

<sup>106</sup> Borghetti, 2022

<sup>107</sup> Borghetti, 2022

## II. LOS DISTINTOS ACERCAMIENTOS DOCTRINARIOS A LA TEORÍA

### 1.Una distinción previa: la diferencia entre daño y perjuicio y su importancia para comprender la aplicación de la noción en Francia

El Código Civil francés no prevé ninguna definición de daño ni de perjuicio; al contrario, lo trata de manera indistinta. No obstante, existe una corriente doctrinaria en Francia<sup>108</sup>, desconocida para los civilistas chilenos, que pretende establecer una diferencia entre estos dos conceptos, con repercusiones en la función misma de la responsabilidad<sup>109</sup>.

Esta distinción encuentra su origen en la Ley Aquilia, de origen Romano. La cual distinguía entre el *damnum* y el *prejudicium*, en el sentido de que, mientras el primero hace referencia al atentado a la integridad de una cosa, el segundo alude a las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de ese atentado<sup>110</sup>.

De esta forma, la más autorizada doctrina ha entendido que la palabra “*damnum*” no evoca ninguna idea de derecho; porque se define como pérdida frente a ganancia, “*lucrum*”, ambas palabras desprovistas de todo significado jurídico, diferenciándose así del término *praejudicium*,

---

<sup>108</sup> Entre estos se puede destacar a los hermanos Henri y Leon Mazeaud: “À l’origine rappellent Henri et Leon Mazeaud, les termes dommages et préjudice “n’avaient pas le même sens: le “damnum” de la loi Aquilia désignait l’attente à l’intégrité d’une chose (...) sanctionnée sans qu’on recherche si elle causait ou non un préjudice au propriétaire. Et Rodière de corroborer: “le mot damnum n’éveille aucune idée de droit”, car il se définit comme “la perte par opposition au gain, le *lucrum*” ces deux mots étant “dépourvus de toute signification juridique” contrairement au “mot *prejudicium* formé sur *jus*”, que les jurisconsultes romains n’utilisaient pas dans le sens de dommage”; Le Torneau Phillippe “Droit de la responsabilité et des contrats” Dalloz Sirey. Édition n.º 2010-2011; Borghetti 2022, Vitale 2020 ; Salas, 2011, p. 190

<sup>109</sup> Salas, 2011, p. 190 y Borghetti, 2013, p.p.4-5

<sup>110</sup> Salas, 2011, p. 190

formado sobre el derecho y que designaba las consecuencias del primero, pues se ubicaba dentro de lo que era el "*Ius*"<sup>111</sup>.

En palabras simples, daño es entendido como un ataque al cuerpo, a una cosa tangible, a un derecho subjetivo o al curso normal de las cosas, es la vulneración al interés reconocido por el derecho. Los perjuicios, por su parte, constituyen las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de esta infracción para un sujeto de derecho, del menoscabo que implica el daño<sup>112</sup>. Dicho de otra manera, el perjuicio se identifica con las consecuencias del daño; mientras que el daño refiere al dato fáctico mismo consistente en el menoscabo.

Ejemplo práctico de lo anterior resulta el caso en que una persona se fractura un brazo como consecuencia de un accidente. El brazo lesionado será el daño que se produce a un interés reconocido por la ley, la vulneración. Sin perjuicio, la reparación a la que se condenará el agente culpable no será la del brazo mismo, lo que va a reparar son las consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales de este menoscabo, la pérdida de ingresos y el dolor, el perjuicio<sup>113</sup>.

Entonces, así las cosas, el daño sería un concepto objetivo y fáctico que designa el daño material causado a la víctima. Por su parte, el perjuicio es un concepto subjetivo y jurídico, referido a las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de este para una persona determinada<sup>114</sup>.

Entonces, el daño solo da lugar a la atribución de la indemnización cuando va acompañado de un perjuicio; o sea, de consecuencias reconocidas de forma jurídica como indemnizables. De lo contrario, el daño existe materialmente, pero no se le atribuye ningún derecho a compensación;

---

<sup>111</sup> Vitale, 2020, p.82

<sup>112</sup> Borghetti, 2013, p.4

<sup>113</sup> Borghetti, 2022

<sup>114</sup> Vitale, 2020, p.82



como, por ejemplo, el daño natural causado por la competencia comercial<sup>115</sup>. En efecto, a menudo la responsabilidad civil obligará al responsable a reparar los perjuicios y no a reparar el daño en sí. De hecho, esto es casi siempre el caso en materia de responsabilidad extracontractual, pues, por lo general, existe una imposibilidad material de reparación<sup>116</sup>.

Es importante precisar, luego, que no se trata de cualquier perjuicio. Así, por ejemplo, el juez o el legislador pueden declarar irreparable, en determinadas materias, un perjuicio. Un ejemplo es el caso del daño moral que se produce con motivo de una expropiación, aquel no es indemnizable. En efecto, este perjuicio debe cumplir las condiciones jurídicas requeridas en la responsabilidad civil para ser indemnizable, a saber, ser cierto, directo, personal y legítimo<sup>117</sup>.

La disociación de estas dos categorías obedece a una función esencial en el derecho de la responsabilidad civil debido a que no todo daño da lugar a una reparación. Así, para que un daño se considere reparable deberá reunir ciertas características que permitirán determinar el perjuicio indemnizable<sup>118</sup>. Así entonces, la razón detrás de la necesidad de esta no tan común distinción conceptual es que “permite un razonamiento jurídico preciso y garantiza una rigurosa reparación de los perjuicios”<sup>119</sup>. En otras palabras, permite respetar el principio de la reparación integral según el cual se busca reparar el perjuicio y nada más que el perjuicio; esta es “una regla esencial que se aplica, tanto a la responsabilidad contractual y a la extracontractual”<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Borghetti, 2022

<sup>116</sup> Borghetti, 2013, p.5

<sup>117</sup> Vitale, 2020, p.86

<sup>118</sup> Salas, 2011, p. 190

<sup>119</sup> Vitale, 2020, p. 85

<sup>120</sup> Salas, 2011, p. 190

Como ocurre con el nexo de causalidad, la responsabilidad no puede concebirse sin la concurrencia de un perjuicio, sea cual sea el tipo o naturaleza de responsabilidad prevista<sup>121</sup>. Luego, para que exista derecho a demandar una indemnización en el derecho francés, además de un daño, es necesario que exista un perjuicio. A su vez, este debe cumplir con ciertas cualidades: debe ser, en principio, directo y cierto<sup>122</sup>. Esta exigencia de certeza plantea un problema cuando se trata de la pérdida de una chance en la medida que el hecho que se imputa al demandado ha impedido el desarrollo de un proceso, cuyo resultado es incierto; pero que podría haber beneficiado al demandante<sup>123</sup>. Toda la teoría, en definitiva, se funda en la existencia de una incertidumbre respecto a la ocurrencia del perjuicio final.

Entonces, para despejar esta problemática, es necesario precisar cuál es el interés protegido por esta institución y, de esta manera, determinar su legitimidad de cara a la legislación francesa. La particular distinción entre daño y perjuicio se vuelve esencial para lograr comprender el asunto.

En efecto, la distinción entre daño y perjuicio es estructural y conceptualizadora, porque permite resaltar la juridicidad del perjuicio, de la cual que se derivan consecuencias significativas; mejor dicho, es la noción de interés la que es el eje de este carácter jurídico que envuelve el perjuicio<sup>124</sup>.

Por su parte, esta precisión conceptual puede causar un impacto en materia de pérdida de la chance, donde siempre existe un elemento de incertidumbre, en la medida entrega importantes herramientas que permiten diferenciar entre las distintas hipótesis cubiertas por ella<sup>125</sup> según la etapa en la que interviene el factor de incertidumbre<sup>126</sup>. En otras palabras, permite diferenciar

---

<sup>121</sup> Vitale, 2020, p.41

<sup>122</sup> Vitale, 2020, p.86

<sup>123</sup> Borghetti, 2008, p.1075

<sup>124</sup> Vitale, 2020, p.86

<sup>125</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>126</sup> Borghetti, 2022

aquellas hipótesis en que la incertidumbre se refiere más bien al perjuicio, de aquellas en los que la incertidumbre se vincula a los daños<sup>127</sup>.

En la primera hipótesis, donde la incertidumbre se vincula con el perjuicio, el daño es efectivo, o sea, hay certeza de su ocurrencia, pero los perjuicios que derivan de él son inciertos. Se tiene una negligencia que ha causado, en efecto, un daño, pero no se está seguro de las consecuencias de este. La incertidumbre, en este caso, hace relación con las consecuencias del daño, y no con el daño en sí mismo. En otras palabras, con el perjuicio, aunque todas las condiciones de la responsabilidad inicial se hayan cumplido —hecho culpable un daño y un vínculo de causalidad—<sup>128</sup>. Esta hipótesis se identifica con la doctrina tradicional de pérdida de una chance, según se expondrá en lo sucesivo con más detalle.

En la segunda hipótesis, la relación de causalidad entre el hecho culpable y el daño es incierta. Se tiene una negligencia y un daño que ha causado determinados perjuicios, pero no hay certeza de que la negligencia haya causado el daño. Esta es la hipótesis de los casos de negligencia médica, de la cual no hay seguridad de que haya causado el daño corporal<sup>129</sup>. Un ejemplo de aquello es el caso en que, ante una negligencia médica, quizás un paciente habría fallecido de todas maneras, aunque la negligencia del médico no se hubiese presentado. Esta es la hipótesis que reconoce la doctrina contemporánea y que también será tratada con detalle más adelante.

Así, en la primera hipótesis hay seguridad de que las condiciones relativas a la responsabilidad están cubiertas, pero no de todas las consecuencias del daño, lo incierto son los perjuicios como consecuencia del daño. En tanto que, en la segunda hipótesis, la incertidumbre se refiere al vínculo mismo entre el hecho culpable y el daño; lo que trae aparejado como consecuencia que

---

<sup>127</sup> Borghetti, 2022

<sup>128</sup> Borghetti, 2022

<sup>129</sup> Borghetti, 2022

existe una duda sobre la suma de las condiciones mismas de la responsabilidad; que no existe en la primera hipótesis<sup>130</sup>.

## **2.La pérdida de la chance desde la doctrina tradicional**

La doctrina francesa tradicional ha entendido que el daño específico derivado de la pérdida de una chance es constituido por la supresión de una probabilidad. Esto no significa que el daño conlleve algún grado de incertidumbre, como ya se ha graficado, solo el perjuicio final es el incierto<sup>131</sup>. En otras palabras, la pérdida de una chance constituye un reconocimiento de susceptibilidad de ser “amparado por la garantía resarcitoria, cuando se constata la supresión imputable de una probabilidad de percibir el provecho de un evento positivo, o de evitar una pérdida”<sup>132</sup>, lo que constituye un daño particular.

La teoría de la pérdida de oportunidad en la doctrina tradicional se plantea como una especie particular de daño se basa en el reconocimiento de un daño autónomo que se distingue del daño final, hipotético pro cuanto nunca se realizará atendida la interrupción del curso normal de los sucesos<sup>133</sup>. En este sentido, el ejemplo del candidato que no pudo aprobar su concurso debido a un accidente ilustra cómo la pérdida de oportunidad se analiza como un daño intermedio reparado; mientras que el daño final queda como posible pero incierto<sup>134</sup>. ¿Habría tenido éxito? No hay certeza de eso, pero sin duda el accidente eliminó la oportunidad. Dicho en otras palabras, es cierto que el éxito en la competencia no era seguro; pero, aun así, es posible compensar al candidato que no pudo aprovechar su oportunidad.

---

<sup>130</sup> Borghetti, 2022

<sup>131</sup> Ruellan, 1999, p. 729

<sup>132</sup> Munita, 2013, p. 397

<sup>133</sup> Savatier, 1970, como si citó en Munita, 2013, p. 405

<sup>134</sup> Viney, 2006, como se citó en Munita, 2013, p. 405

Sus usos tradicionales están bien determinados y abarca, tanto los eventos hipotéticos (que podrían haber tenido lugar) como los eventos futuros (que habrían tenido lugar). En ambos casos, la oportunidad perdida pertenece ahora a un pasado; se trata de compensar las consecuencias del ilícito en el presente<sup>135</sup>. Pérdida posibilidades de ganar un juicio por culpa de un funcionario judicial, pérdida posibilidades de ganar durante un concurso, etc. Estos ejemplos clásicos de pérdida de una chance resultan manifestaciones clásicas que ilustran oportunidades perdidas en un pasado hipotético. Mientras que, ejemplos como la pérdida de posibilidades de promoción profesional tras un accidente y la pérdida de oportunidad de recibir alimentos, ilustran oportunidades de un evento futuro<sup>136</sup>.

Para entender el concepto, se debe tener presente que la doctrina y jurisprudencia francesa tradicional identifica en un hecho dañoso la concurrencia de un perjuicio final y varios tipos de perjuicios intermedios, que se ubican entre el hecho culpable y el perjuicio final, cada uno dotado de una identidad específica. Encuadrándose la pérdida de la chance como una especie particular dentro de estos perjuicios intermedios<sup>137</sup>.

A su vez, cada uno de estos perjuicios son susceptibles de analizarse desde una perspectiva de certeza<sup>138</sup>. El perjuicio final, e incierto, se traduce en la no realización de un evento esperado; pero cuya certeza de concurrencia no se tiene, ni se tendrá jamás, por no haber continuado el curso natural de las cosas con motivo del agente dañoso. El evento esperado sin duda debe su

---

<sup>135</sup> Sintez, 2014, p.3

<sup>136</sup> Sintez, 2014, p.3

<sup>137</sup> Munita, 2013, p.397

<sup>138</sup> Munita, 2013, p.397

inexistencia al impacto aniquilador de la supresión de la oportunidad, la pérdida de la chance, y que viene a ser un perjuicio cierto<sup>139</sup>.

La pérdida de oportunidad se analiza, entonces, como un daño intermedio reparado (la imposibilidad de participar en la competencia) a falta de poder reparar el daño final que queda como posible (la imposibilidad de éxito en la competencia)<sup>140</sup>. La particularidad de la pérdida de oportunidad vista de esta forma es la de aceptar este daño intermedio, lo que reduce la certeza del daño y permite salir de la lógica binaria del todo o nada al momento de su reparación<sup>141</sup>.

De esta forma, por regla general, como ya se ha expuesto, la pérdida de oportunidad suele presentarse como un tipo particular de daño, consistente en "la desaparición de la probabilidad de un evento favorable"<sup>142</sup>. El perjuicio, por lo tanto, no es el evento favorable en sí mismo, del cual no es seguro que sí habría ocurrido, sino la desaparición de la posibilidad de que de verdad ocurra<sup>143</sup>. "Por ejemplo, el accidente a consecuencia del cual no ha podido rendirse un examen, conlleva al perjuicio hipotético o eventual de haber podido aprobar dicho examen"<sup>144</sup>.

El reseñado perjuicio —no aprobar el examen— no constituye una partida indemnizable por carecer de presupuestos legales debido a su naturaleza potencial. Por su parte, el detrimento intermedio generado a consecuencia de la supresión de las probabilidades de poder rendir el examen y a fin de tener certeza de si se aprueba o no, constituye lo que se denomina la pérdida de una chance, perjuicio cierto e indemnizable<sup>145</sup>. Así, se diferencia entre dos tipos de perjuicios

---

<sup>139</sup> Munita, 2013, p.397

<sup>140</sup> Ruellan, 1999, p.738

<sup>141</sup> Sintez, 2014, p.3

<sup>142</sup> Borghetti, 2013, p. 3

<sup>143</sup> Borghetti, 2013, p. 3

<sup>144</sup> Munita, 2013, p. 397

<sup>145</sup> Munita, 2013, p. 397

diferentes como consecuencia de un mismo hecho dañoso, pero que, como son distintos en cuanto a su certeza, hacen que sea distinto con respecto a su resarcimiento<sup>146</sup>. He ahí la necesidad de distinguirlos y orientar como corresponde la procedencia de la institución.

De este modo, en la perspectiva tradicional, el daño no es el evento favorable en sí mismo, del cual no existe certeza de su concurrencia, sino que se refiere a la desaparición de la posibilidad de que en realidad ocurra. La Corte de Casación francesa se refirió a la figura en los siguientes términos:

“[...] el elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una chance puede presentar en este un carácter directo y cierto cada vez que es constatada la desaparición, por el efecto del delito, de la probabilidad de un evento favorable, aun cuando por definición la realización de una chance no sea jamás cierta.”<sup>147</sup>

El mejor ejemplo que permite graficar esta diferencia, aunque parece haber aparecido pocas veces en la jurisprudencia francesa, es el de la pérdida de un billete de lotería. Tal pérdida, cuando se cumplen las demás condiciones de responsabilidad, sin duda, constituye un daño; pero este, por supuesto, no consiste en la pérdida del premio mayor que el poseedor del boleto podría esperar ganar, sino en la posibilidad de ganar ese premio mayor<sup>148</sup>.

En efecto, lo que en definitiva indemnizan los jueces en la teoría tradicional es la pérdida del factor positivo existente en el azar, la pérdida irremediable de la posibilidad de obtener un evento

---

<sup>146</sup> Munita, 2013, p. 397

<sup>147</sup> Cass., crim., 224, 1990, como se citó en Munita, 2013, p. 401

<sup>148</sup> Borghetti, 2013, p.3

aleatorio positivo, una chance. El objeto de la indemnización corresponde a la reparación de la oportunidad perdida, cierta y concreta<sup>149</sup>.

Consecuencia natural de lo anterior es que “la reparación derivada por la pérdida de la chance nunca es equivalente al daño final sufrido”<sup>150</sup>.

Ahora, lo expuesto exige entrar a precisar ciertas cuestiones relevantes. ¿Es la chance un interés jurídicamente protegido? ¿Se cumple en esta hipótesis con el requisito de certeza que exige la responsabilidad civil? A continuación se precisan estos asuntos.

## **2.1. ¿Es la chance un interés jurídicamente protegido?**

Parte de la doctrina francesa ha manifestado que “la particularidad de la pérdida de una chance es, por definición, indemnizar un perjuicio respecto del cual no se puede saber con certeza si sería realizado en ausencia del hecho generador”<sup>151</sup>. Esta forma de ver la pérdida de la chance implica que, si bien el fundamento de este perjuicio se atribuye a dicha situación de agravio “En virtud de la cual el hecho generador provoca a la víctima la pérdida efectiva de la probabilidad real de obtener una ventaja esperada o de evitar un daño”<sup>152</sup>, no debe desconocerse que esto implica integrar en el ámbito jurídico un elemento incierto propio de la interacción entre personas y la vida del ser humano, la chance, la suerte, el azar<sup>153</sup>.

La Academia Francesa de la lengua definió chance como el giro favorable o desfavorable, pero de por sí impredecible y dejado al azar, que puede tomar o en realidad toma una situación o un

---

<sup>149</sup> Munita, 2013, p. 401

<sup>150</sup> Salas, 2011, p. 399

<sup>151</sup> Beaudeau, 2010, como se citó en Munita, 2013, p. 395

<sup>152</sup> Munita, 2013, p. 398

<sup>153</sup> Munita, 2013, p. 397



evento<sup>154</sup>, lo que se escapa de la maestría de hombre. Por lo anterior, y con razón, parte de la doctrina francesa se basa en esto para señalar que la institución en comento viene a consagrar un “principio de indemnización de eventos aleatorios”<sup>155</sup>.

En el derecho francés, no existe una definición legal de daño. El Código Civil guarda silencio al respecto, y la jurisprudencia siempre ha cuidado no proponer una definición que limite sus alcances. Esto, por la dificultad de la tarea, pero también, desde luego, por temor a limitar su margen de maniobra<sup>156</sup>. El resultado es que hoy en día prevalece en el derecho francés una concepción laxa de daño, de modo que todo ataque determinado a un interés, cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o extrapatrimonial, de ese interés, es susceptible de constituir un perjuicio y dar lugar a una indemnización. Por lo que es el único límite significativo que aquel no sea contrario a la ley<sup>157</sup>.

De esta forma, el derecho francés tiene poca dificultad en considerar que la pérdida de la oportunidad de un evento favorable constituye un perjuicio reparable. En efecto, la posibilidad de que se produzca un hecho favorable constituye, sin lugar a duda, un interés para el demandante, un interés que en principio no es ilegítimo y en el que la pérdida de esta posibilidad constituye, sin duda, una lesión de este interés. En resumen, un perjuicio susceptible de dar lugar a una indemnización si se cumplen las demás condiciones de la responsabilidad civil<sup>158</sup>.

Así lo ha resuelto el Tribunal de Casación, tribunal supremo de Francia en materia civil, que ha reconocido ampliamente la pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja o beneficio como

---

<sup>154</sup> Vitale, 2020, p.217

<sup>155</sup> Bore, 1994, como se citó en Munita, 2013, 401

<sup>156</sup> Vitale, 2020, p.30

<sup>157</sup> Vitale, 2020, p.30

<sup>158</sup> Borghetti, 2008, p.1080

un perjuicio reparable<sup>159</sup>. Esta solución se basa en la idea de que, si no era segura la obtención de la ventaja esperada por el demandante, en cambio, sí lo era la existencia de una posibilidad de obtener dicha ventaja<sup>160</sup>. Y esta oportunidad tenía un valor igual al valor del beneficio esperado multiplicado por la probabilidad de su realización<sup>161</sup>.

Este perjuicio de la pérdida de la oportunidad está admitido desde hace mucho tiempo en el derecho francés y nadie discute ya, en Francia, su carácter reparable<sup>162</sup>.

## **2.2.El requisito de la certeza del perjuicio**

Resuelta dicha cuestión relativa a determinar el interés protegido detrás de la pérdida de una chance es necesario analizar el cumplimiento del requisito de certeza, sobre todo, al considerar que se está frente a un caso de protección de oportunidades, que lleva, siempre, envuelto un grado de incertidumbre. Si bien la certeza del perjuicio en la pérdida de una chance no es algo que esté libre de discusiones, la verdad es que el asunto está bastante zanjado ya<sup>163</sup>.

La Sala Penal de la Corte de Casación francesa entiende que el elemento de perjuicio constituido en la pérdida de una oportunidad puede en sí mismo presentar un carácter directo y cierto, siempre que se aprecie la desaparición de la posibilidad de un evento favorable, aunque, por definición, la realización de un azar nunca es seguro<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Borghetti, 2008, p.1075

<sup>160</sup> Borghetti, 2008, p.1075

<sup>161</sup> Cass. Crim. 4 diciembre 1996, Bull. Crim. N.º 445

<sup>162</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>163</sup> Munita, 2013, p.397

<sup>164</sup> Boletín criminal 445, 1990, como se citó en Munita, 2013, pp. 397-398

En este mismo sentido, ha señalado que “solo la desaparición real y cierta de una eventualidad favorable constituye una pérdida de oportunidad reparable”<sup>165</sup>. Lo mismo ocurre con la doctrina francesa, donde la idea de que la pérdida de oportunidades es un perjuicio arraigado desde hace mucho tiempo. En efecto, ya en 1959, la doctrina francesa afirmaba que la pérdida de una oportunidad no era un perjuicio hipotético en la medida que, sí por culpa del demandado el demandante ha perdido la oportunidad de realizar una ganancia, existe para él un perjuicio cierto y debe, por tanto, ser reparado.

De esta forma, la exigencia de un perjuicio cierto en la responsabilidad civil se ve cubierto en la medida que el perjuicio consiste en la desaparición de una oportunidad. Y, como se ha expuesto, son reconocidas como un interés legítimo, susceptible de reparación<sup>166</sup>.

La doctrina contemporánea suscribe, también, en gran medida este punto de vista<sup>167</sup> y ha entendido que la reparación de la pérdida de una oportunidad no deroga el principio de certeza del daño, que reside aquí en la certeza “de la interrupción del proceso de oportunidad”<sup>168</sup>.

### **3.La pérdida de una chance desde la doctrina contemporánea**

Por su parte, existen autores<sup>169</sup>—en mucho menor medida que los que la conciben como un

---

<sup>165</sup> Sala Civil 1, 2006, como se citó en Salas, 2011, p. 202

<sup>166</sup> Vitale, 2020, p.295

<sup>167</sup> Vitale, 2020, p.322

<sup>168</sup> Ruellan, 1999, p. 174

<sup>169</sup> I. Vacarie, « La perte d'une chance » : RRJ 1987, p. 927 ; J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable » : JCP G 1974, I, 2620 ; M. Bacache, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? » : D. 2008, 1908 ; S. Carval : RDC 2009, p. 104 ; O. Deshayes : RDC 2009, p. 1032 ; X. Pradel, Le préjudice dans le droit de la responsabilité, LGDJ, 2004, Bibliothèque de droit privé, T. 415, préf. P. Jourdain, no 190 ; G. Viney et P. Jourdain, ouvr. préc., nos 370 et s. Sintez, 2014, p. 3

daño autónomo— que ubican la pérdida de oportunidad en el terreno de la causalidad. Esta idea proviene de los sistemas que pertenecen al Common Law<sup>170</sup>.

Como ya se ha dicho, la pérdida de una chance surge como un tipo de daño autónomo destinado a resarcir un determinado tipo de perjuicio que, hasta entonces, no podían ser indemnizados por carecer de los requisitos tradicionales que exige la responsabilidad civil para ello<sup>171</sup>. Luego, este ámbito limitado de hipótesis en las que era susceptible su aplicación fue cada vez más laxo; alcanzando distintas áreas del derecho privado que escapan de su hipótesis original<sup>172</sup>.

En efecto, en sus orígenes, la pérdida de azar fue un instrumento para relajar el requisito de certeza del perjuicio pero, tras una primera ampliación en los años 1930 con la doctrina tradicional, en 1965 surgió la aplicación de la figura en estudio con vocación a operar en la pérdida de las oportunidades de curar o de sobrevivir<sup>173</sup>, con predominancia en el ámbito médico sanitario como pérdidas de posibilidades de “cura” o “supervivencia”, la denominada doctrina contemporánea.

En esta hipótesis de pérdida de una chance se tiene claridad del hecho culpable, el daño y los perjuicios que se derivan de él, sin embargo, no existe certeza respecto del vínculo entre la culpa y el daño. Lo anterior ha sido reconocido por el Tribunal de Casación, quien, al conocer una causa criminal, señaló que

---

<sup>170</sup> Oyarzún, 2021, p.121

<sup>171</sup> Munita, 2013, p.401

<sup>172</sup> Vitale, 2020, p.21

<sup>173</sup> Munita, 2013; Borghetti, 2013; Vitale, 2020

“la pérdida de la oportunidad se invoca en caso de incertidumbre sobre el nexo de causalidad entre la culpa y el daño, mientras que en este caso la muerte es, en efecto, el daño causado directo y, sin lugar a duda, por la culpa.”<sup>174</sup>

De esta forma, la incertidumbre propia de la pérdida de una chance en esta hipótesis atañe al daño y no al perjuicio como ocurre en la tradicional<sup>175</sup>, de modo que el cumplimiento de las condiciones mismas de responsabilidad no es del todo claro<sup>176</sup>.

Entendida de esta forma, la pérdida de una chance se identifica con la situación favorable en que hubiera podido encontrarse la víctima de no haber existido la culpa o, en versión negativa, con el daño que hubiera podido evitar. La pérdida de una chance se reduce en cierto modo a una probabilidad, a una eventualidad. Así definido, este daño tiene muchas variantes. Pérdida de posibilidades de recuperación, de tener un mejor final de vida, de tener un final de vida sin sufrimiento, menos doloroso, de supervivencia, entre otros<sup>177</sup>.

Desde esta perspectiva, la pérdida de una chance:

“[...] es una forma de perjuicio particular que mide la existencia y la extensión del vínculo de causalidad que lo une al hecho generador de responsabilidad, de suerte que la afirmación de la pérdida de una chance equivale al reconocimiento de este vínculo.”<sup>178</sup>

En estos casos, la oportunidad está de verdad perdida, pero no se sabe si el evento dañino es, en efecto, la causa<sup>179</sup>. El hecho generador y el daño final no resisten ser conectados mediante

---

<sup>174</sup> Cass., crim., 09-87385, 2010

<sup>175</sup> Cass., crim., 09-87385, 2010

<sup>176</sup> Borghetti, 2022

<sup>177</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.38; Vitale, 2020, p.56

<sup>178</sup> Bore, 1974, como se citó en Munita, 2013, p. 409

<sup>179</sup> Sintez, 2014, p.3

un vínculo de causalidad cierto y directo de modo que tiene que recurrirse a la pérdida de la chance para conectar ambos elementos y configurar la responsabilidad. En este sentido, se ha señalado que la pérdida de una chance se basa en el reconocimiento de un único perjuicio; pero que se aborda en dos momentos distintos en el plano causal<sup>180</sup>.

Se ha argumentado que el juez reduce el perjuicio en la medida del nexo de causalidad que determine con la culpa del demandado; considera que, si el daño final y total (pérdida de la carrera, fracaso del juicio, muerte del paciente) no está en cierta relación de causalidad con la culpa del demandado, al menos hay lugar para un perjuicio parcial y relativo, que se analiza en la pérdida de la oportunidad de obtener el resultado esperado<sup>181</sup>.

De esta forma, la incertidumbre no reside tanto en el perjuicio sufrido como en la causa que permite considerarlo como tal<sup>182</sup>. En consecuencia, en esta concepción, la pérdida de oportunidad no es un perjuicio autónomo puesto que, en palabras de BORÉ, “la víctima de la pérdida de oportunidad no invoca ningún perjuicio que sea distinto en sus elementos del perjuicio final y del cual esta oportunidad constituye solo una de las posibilidades de no realización”<sup>183</sup>. En la misma línea, el perjuicio resultante de la pérdida de una oportunidad no es, por tanto, distinto del perjuicio final, salvo en términos de una valoración puramente causal, el perjuicio que resulta de la pérdida de una oportunidad —y su consecuente indemnización— se reduce en consideración al vínculo de causalidad probable entre el hecho generador de responsabilidad y

---

<sup>180</sup> Sinte, 2014, p.3

<sup>181</sup> Boré, 1974, p.2620

<sup>182</sup> Sinte, 2014, p.3

<sup>183</sup> Boré, 1974, p. 2620

el perjuicio final<sup>184</sup>. Conforme con lo anterior, se ha señalado que la pérdida de una chance “permite crear un vínculo causal ficticio entre el acto médico y el perjuicio sufrido”<sup>185</sup>.

La evolución de la jurisprudencia estuvo marcada por una admisión progresiva y cada vez más extendida de este perjuicio desde su concepción contemporánea, con una marcada especificidad en el área médico-sanitaria que favorece su acreditación<sup>186</sup> y ha encontrado cabida en ella bajo un claro fin protector de la víctima que ha sufrido un agravio difícil de conectar a una determinada culpa<sup>187</sup>, por considerarse que la culpa del médico en potencia puede ser la razón del agravamiento de un enfermo, o que, incluso, signifique que este pierda su oportunidad de cura<sup>188</sup>. La prueba por parte de la víctima de la imposibilidad de vivir ese supuesto futuro mejor, ocasionada por el incumplimiento del profesional de la salud, legitima su derecho a la indemnización. “De aquí, que sea coherente afirmar que, en esta área, la pérdida de una chance actúa en el espacio del ámbito de la causalidad probable del daño”<sup>189</sup>.

Entendida así, se ha planteado que la pérdida de oportunidad es un importante instrumento de compensación para las víctimas que, de otro modo, no recibirían reparación alguna debido a la incertidumbre que pesa sobre el nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño dicho “final” propio de este tipo de casos<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> Boré, 1974, p.2620

<sup>185</sup> Dorsner-Dolivet, 1986, p.430

<sup>186</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.39

<sup>187</sup> Corgas-Bernard, 2013, p.38

<sup>188</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>189</sup> Munita, 2013, p. 395

<sup>190</sup> Vitale, 2020, p.54

Así también lo entendió STARCK<sup>191</sup>, quien señaló que “la pérdida de una chance es un instrumento de equidad que permite tener un gesto a favor de la víctima, toda vez que la incertidumbre sobre el nexo causal prohíbe una reparación integral”. Y JOURDAIN, quien expuso que

“[...] la pérdida de oportunidad es un instrumento valioso para uso de los tribunales, que les permite otorgar a las víctimas una indemnización correspondiente a la reparación parcial de su daño final, mientras que el nexo de causalidad entre el hecho generador y este daño permanece sujeto a incertidumbre.”<sup>192</sup>

De esta forma, en la hipótesis contemporánea, la incertidumbre está relacionada con la existencia misma de la pérdida, ligada al proceso causal en sí mismo. Siguiendo el ejemplo anterior, no se sabe si la enfermedad habría seguido un curso diferente en ausencia del error de diagnóstico. En otras palabras, la incertidumbre no es solo sobre las consecuencias de una pérdida, sino sobre si la pérdida fue causada por un error en el proceso médico.

Se ha evidenciado que la jurisprudencia francesa ha fallado sistemáticamente invocando esta noción de la teoría como puede verse en el fallo en que consideró que la indeterminación de la causa de muerte de un paciente no impedía la compensación, por la pérdida de posibilidades de supervivencia ante la presencia de un error diagnóstico<sup>193</sup>. La Corte de Casación afirmó que la pérdida de una oportunidad de recuperación o supervivencia puede ser reparada si entre esta y la culpa, la condición *sine qua* no se ha establecido la existencia de un nexo de causalidad<sup>194</sup>.

En esta concepción, la víctima sufrió un daño, pero es difícil establecer que sea consecuencia de una culpa cometida, o que sin la culpa no se hubiera producido el daño como ocurrió en

---

<sup>191</sup> Starck et al, 1996, como se citó en Privot, 2010, p.380

<sup>192</sup> Jourdain, 2013, p.380

<sup>193</sup> Civiles, N.º 09-69.195

<sup>194</sup> Cass., 1.er cap., 5 jun 2008, RG Nº C.07.0199



concreto. Para superar esta incertidumbre causal, la víctima puede no invocar el perjuicio final, acogiéndose a otro perjuicio cierto, sin que siempre tenga que recurrir al concepto de pérdida de oportunidad. Sin embargo, el nexo de causalidad entre este otro perjuicio definitivo y la culpa no siempre es fácil de establecer, lo que puede justificar el recurso a la pérdida de oportunidad<sup>195</sup>.

Incluso hay autores que, aunque críticos de aquella, admitieron que la pérdida de oportunidad está deformada en cierto modo en este caso, sin embargo, aprueban su uso, incluso como último recurso, por cuanto permite no dejar al demandante sin reparación<sup>196</sup>, especialmente en el ámbito médico, en la medida que han considerado que se trata de una pérdida cierta del beneficio de un proceso que puede calificarse de azaroso al ser su resultado incierto y el hombre no habría podido influir en este tema<sup>197</sup>. Es aquí donde la figura encuentra mayor aceptación y aplicación expresa por parte de los tribunales superiores y la doctrina francesa<sup>198</sup>; sobre todo, como mecanismo de reparación de las consecuencias atribuibles a la negligencia cometida por profesionales de salud en el ejercicio de sus funciones<sup>199</sup>.

En este sentido, por ejemplo, en algunos casos, es difícil determinar si una acción más rápida por parte del médico habría ocasionado un resultado más favorable para el paciente lesionado. En estos casos, se podría utilizar la teoría de la pérdida de oportunidad para remediar la situación<sup>200</sup>. Si se supone que un médico no diagnostica como corresponde una enfermedad en su paciente y, debido a este error de diagnóstico, la enfermedad progresa y causa daño, la víctima podría argumentar que el error de diagnóstico causó una pérdida de oportunidad para

---

<sup>195</sup> PÜTZ, 2009, p.31

<sup>196</sup> Borghetti, 2013, p.5; Vitale, 2020, p.54

<sup>197</sup> Borghetti, 2008, p.1085

<sup>198</sup> Vitale, 2020, p.54

<sup>199</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>200</sup> Borghetti, 2013, p.3

recibir un tratamiento adecuado y, por lo tanto, se debería considerar responsable al médico. Sin embargo, también podría haber una incertidumbre sobre si el tratamiento temprano habría sido efectivo en evitar el daño; en este caso, la teoría de la pérdida de oportunidad podría ayudar a aliviar la incertidumbre y permitir que se responsabilice al médico por su error de diagnóstico, de modo que la pérdida de una chance se ha convertido en el instrumento de compensación de las expectativas y esperanzas cuando surgen de ser defraudadas<sup>201</sup>.

Por lo anterior, se ha planteado que esta nueva hipótesis resulta de basta utilidad para los juristas en la medida que les permite otorgar justicia en casos, donde, en un principio —y de manera injusta a su parecer— la víctima se vería privada de acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por un acto negligente de un tercero<sup>202</sup>. De ahí que se tenga que utilizar para conectar el daño con culpa en cuanto a elementos del sistema de responsabilidad.

Es por ello que la doctrina considera que recurrir a esta noción de pérdida de una chance es una forma de que los tribunales podían conceder indemnización de perjuicios, de manera parcial, en los casos en los que la relación de causalidad entre la culpa y la lesión sufrida por el paciente. Aunque, no es tan clara o no se tiene absoluta certeza de esta<sup>203</sup>.

Entienden, entonces, que el recurso a la noción de pérdida de oportunidad en este tipo de casos resulta por completo justificado, por haber una pérdida de oportunidad de que un proceso, sobre el cual el hombre no tiene control, conduzca a un resultado favorable. De modo que, esta pérdida de la oportunidad constituye, al menos según el derecho francés, un daño reparable. Además, el

---

<sup>201</sup> Teller, 2013, p.3

<sup>202</sup> Borghetti, 2013, p.4

<sup>203</sup> Borghetti, 2022; Corgas-Bernard, 2013; Domínguez, 2009; Munita, 2013; Vitale, 2020

nexo de causalidad entre la culpa del médico y esta pérdida de oportunidad es cierto; lo que significa que se cumplen todas las condiciones de responsabilidad<sup>204</sup>.

Otros autores exponen que la pérdida de una chance encuentra su fundamento y justificación en los casos de incertidumbre causal en que el demandante corre el riesgo de no obtener nada si es que no consigue demostrar la probabilidad de causación del daño más allá de cierto umbral de certeza<sup>205</sup>. En razón de ella, el concepto se utiliza a menudo para remediar una incertidumbre relativa al nexo de causalidad<sup>206</sup>. Es así como, se ha argumentado que el recurso a la pérdida de oportunidad también ha sido usado, diferenciándose de la doctrina tradicional, en determinados casos, y en particular en materia médica, para aliviar la incertidumbre sobre la existencia de un nexo de causalidad, entre el hecho imputable al imputado y la lesión sufrida por la víctima de secuela sin que se pueda comentar con certeza si una administración más pronta del tratamiento hubiera conducido a un resultado más favorable<sup>207</sup>.

Por lo expuesto, se ha afirmado que los juristas han encontrado una solución eficaz para los casos en los que se enfrentan a problemas de incertidumbre causal, que dificultan la indemnización de las víctimas<sup>208</sup>. En este sentido, la pérdida de una chance ha servido como una suerte de mecanismo y herramienta legal que les permiten sortear estos problemas de incertidumbre causal de manera exitosa, permitiéndoles establecer responsabilidades y reparar daños en situaciones en las que la relación causal entre un hecho y sus consecuencias no es clara o no puede ser demostrada con certeza<sup>209</sup>, lo que desvirtúa su formulación original y cuando

---

<sup>204</sup> Borghetti, 2008, p.1080

<sup>205</sup> Martín-Casals, 2011, p.45

<sup>206</sup> Descorps, 2005, p.742

<sup>207</sup> Borghetti, 2013, p.5

<sup>208</sup> Vitale, 2020, p.54

<sup>209</sup> Vitale, 2020, p.54

se aplique a casos en los que lo incierto ya no son las consecuencias del daño —lo que como se verá, por lo general, se conoce como “perjuicios”—, sino que es el vínculo entre la culpa y el daño que se alega<sup>210</sup>.

### **3.1. Críticas a esta noción de pérdida de una chance**

La conocida falta de control que rodea el ordenamiento jurídico francés, que ocurre como consecuencia de la falta de precisión en la definición y caracterización de sus instituciones; sumado a los vagos criterios de definición existentes, la escasa necesidad que tiene el juez de fundamentar sus sentencias por no serle exigido, y la ligereza del control realizado por la Corte de Casación, han traído como resultado que la pérdida de la chance sea objeto de desviaciones y manipulaciones en virtud de las cuales su legitimidad ha sido fuertemente cuestionada<sup>211</sup>.

Sin duda este escenario genera inseguridad jurídica y una incompreensión de las decisiones judiciales por parte de los distintos operadores jurídicos que confluyen en el sistema<sup>212</sup>. En efecto, en contrario de lo que se cree, en Francia no son pocos los críticos de la noción contemporánea de la pérdida de una chance al día de hoy.

La doctrina mayoritaria se ha mostrado escéptica a esta noción de la pérdida de una chance y denuncian sus riesgos. Se estima que, a falta de salvaguardas lo bastante poderosas, la figura sería explotada según las intenciones y el mero arbitrio de los magistrados franceses, los cuales la invocan como una suerte de comodín al que pueden acudir cuando quieren otorgar indemnización; pero los requisitos de responsabilidad civil exigidos para esto no se cumplen del

---

<sup>210</sup> Borghetti, 2022

<sup>211</sup> Vitale, 2020, p.28

<sup>212</sup> Vitale, 2020, p.28

todo. Ese carácter funcional le ha valido fuertes críticas de parte de la doctrina que denuncia su artificiosidad; y, por consiguiente, su falta de legitimidad<sup>213</sup>.

Así, por ejemplo, SAVATIER<sup>214</sup> escribió que la pérdida del azar es “el paraíso de los jueces indecisos”. Por su parte, CARBONNIER se preguntaba sobre la antigua jurisprudencia que veía en la pérdida del azar un daño demasiado eventual para ser reparado, que “quizás también fueron más sensibles a la contradicción que existe en reparar la seguridad por un peligro”<sup>215</sup>. El profesor JEAN PENNEAU lo describió como un “cajón de sastre”<sup>216</sup>. Al respecto, se ha manifestado que más que “revisitado”, la pérdida de oportunidad ha sido “desfigurada”<sup>217</sup>.

Se ha argumentado también que, gracias a esta, los jueces se abandonarían a una casuística desconcertante en la medida que les otorga útiles herramientas, que les permite calificar el daño como posible, postergar la reparación o considerar que se ha configurado el requisito de causalidad; todo según su propio juicio<sup>218</sup>.

La crítica a la aplicación de la noción de pérdida de oportunidad desde una perspectiva causal radica en el hecho de que es un tipo de perjuicio particular; pero no puede ser utilizada para ocultar una incertidumbre sobre la causalidad<sup>219</sup>. En otras palabras, si la pérdida de una oportunidad es, sin duda, un concepto que puede tenerse en cuenta a la hora de evaluar el daño

---

<sup>213</sup> Vitale, 2020, p.28

<sup>214</sup> Savatier, 1970, como se citó en Pevof, 2010, p.156

<sup>215</sup> Carbonnier, 2000, p.387

<sup>216</sup> Jean Penneau, 1992, p.357

<sup>217</sup> Eyben, 2005, p. 307

<sup>218</sup> Starck et al., 1996, p.110

<sup>219</sup> Borghetti, 2013, p.4

reparable; nunca debe utilizarse para compensar la insuficiencia de una relación de causalidad dudosa<sup>220</sup>.

Así entonces, se ha expuesto que la exigencia de certeza del nexo de causalidad no puede autorizar el recurso al concepto de pérdida de oportunidad para pretender disipar una duda sobre la relación entre la culpa probada y el daño alegado. Por su parte, DESCORPS señala que el defecto de las sentencias que invocan esta noción contemporánea es sólo formal; pues se trata de implicar que la pérdida de la casualidad podría compensar la incertidumbre del nexo de causalidad, mientras que estas decisiones se explican en este punto por consideraciones relativas a la administración de la prueba por cuanto parece que la referencia a la pérdida de una oportunidad solo tiene la función de caracterizar clásicamente el perjuicio reparable<sup>221</sup>.

SAVATIER expone que no parece posible apartarse de la regla clásica según la cual, para condenar por ley al responsable, el juez debe decidir que su culpa es la causa —y no solo la ocasión— del daño, lo que supone que encuentra que, sin esta culpa, el daño no se habría producido como se produjo. Y ha señalado que los jueces:

“[...] utilizan este procedimiento cuando no están seguros de la relación causal entre la muerte —o lesiones— y la culpa del médico [...]. La misión del juez es juzgar y no dosificar sus dudas [...]. La teoría de la chance de supervivencia consagra el paraíso de los jueces indecisos.”<sup>222</sup>

De ahí que, RAFAELLA DE MATTEIS agregó que: *“esta doctrina asume un significado tremendamente ambiguo, por lo que puede ser utilizada tanto para condenar a resarcir a un médico que, a la postre, no causo el daño; como para absolverlo de aquel detrimento que sí*

---

<sup>220</sup> Descorps, 2005, p.742

<sup>221</sup> Descorps, 2005, p.743

<sup>222</sup> Savatier, 1970, como se citó en Pevof, 2010, p. 155

*ocasionó*<sup>223</sup>. También, se invoca la pérdida de oportunidad cuando es difícil establecer el carácter cierto del vínculo de causalidad. Pero, de hecho, este enfoque utilizado en particular en el campo médico, que constituye una forma desviada de la pérdida de oportunidad.

De esta forma, se ha expuesto que la flexibilidad que ofrece la pérdida de oportunidades al juez en beneficio de las víctimas —principal cualidad en un comienzo—, se ha convertido paulatina e insidiosamente en el centro de las críticas<sup>224</sup>.

En otras palabras, por loable que pueda ser el principio de esta protección, la naturaleza expansiva de las oportunidades enmarcada en un contexto de conceptualización descuidada e incompleta resulta sin duda problemática desde el momento en que puede conducir a una protección, en teoría, bastante amplia de las oportunidades<sup>225</sup>. Lo que llega al absurdo en el que todo acontecimiento que cambia el curso de las cosas conlleva la pérdida de eventualidades favorables; lo cual da paso a la aplicación del concepto<sup>226</sup>.

#### **4.El escenario particular de la pérdida de una chance en el ámbito de infracción a obligaciones de informar**

La doctrina se ha manifestado con aún mayor preocupación en el desarrollo de la jurisprudencia relativa a pérdida de una chance en materia de infracción a obligaciones de informar.

Las aprehensiones de los estudiosos en la materia surgen por cuanto el hecho generador está en función de la elección que habría hecho la víctima si hubiera tenido los datos relevantes que le pertenecían para conformarlo<sup>227</sup>. La posibilidad de conocer la elección que habría hecho se ve

---

<sup>223</sup> Matteis, 1996, como se citó en Pevof, 2010, p. 156

<sup>224</sup> Vitale, 2020, p.29

<sup>225</sup> Vitale, 2020, p.33

<sup>226</sup> Borghetti, 2022

<sup>227</sup> Vitale, 2020, p.152

afectada por la incertidumbre debida a la existencia de un poder de apreciación de la víctima, la que constituiría una causa intermedia que siempre se interpone entre la decisión y el daño final. Sin embargo, resulta imposible conocer la mente de la víctima, a fin de determinar las decisiones que habría tomado<sup>228</sup>.

En efecto, como explicó el DESHAYES, el correcto cumplimiento de la obligación de informar no protege de forma automática a la víctima contra la ocurrencia del daño. Solo puede tener este efecto de inmediato como resultado de una decisión de esta. De tal forma que, al haber incertidumbre en cuanto al rumbo de la decisión que habría tomado la víctima, no existe una relación de causa y efecto necesaria entre la entrega de información y una decisión en un sentido dado, que pueda llevar a suprimir siempre el daño y sus consecuencias<sup>229</sup>.

En otras palabras, si el paciente logra establecer que, de haber sabido lo que se le ocultó, indudablemente hubiera rechazado la intervención en cuestión, es posible concluir que el daño que sufre con motivo de la concreción del riesgo que le fue ocultado no se habría producido en ausencia de la culpa en vista de que la intervención no se habría realizado. Debe poder obtener, en tal caso, una compensación pura y simple por todas las consecuencias dañinas de la intervención.

En este tipo de casos es siempre necesario determinar el nexo de causalidad entre la culpa y el daño. La compensación por la falta de información sobre la base de la pérdida de una oportunidad es, por lo general, criticada por parte de la doctrina francesa por razones, al parecer, diferentes. Para el profesor J. PENNEAU, esta noción de pérdida de oportunidad fue ajena a la

---

<sup>228</sup> Vitale, 2020, p.152

<sup>229</sup> Vitale, 2020, p.128



responsabilidad médica; porque introduce una innecesaria confusión entre el análisis de la causalidad y la reparación del daño<sup>230</sup>.

Para J. GUIGUE, lo que está en cuestión es la insuficiencia de la compensación obtenida en términos de pérdida de oportunidad: la aplicación de este concepto conduciría a una compensación reducida y no conforme con la equidad. Para el profesor F. CHABAS, la falta de información no hizo que el paciente pierda una simple oportunidad, incluso si se admite (lo que es discutible) que la pérdida de una oportunidad no se limita a la desaparición de una eventualidad beneficiosa (curación, supervivencia), sino que también puede consistir en la pérdida de las posibilidades de evitar un mal, el razonamiento no se sostiene<sup>231</sup>.

En efecto, las posibilidades son un potencial, pero de manera objetiva cuantificable. El paciente tiene “x” posibilidades sobre 100 de sobrevivir, además de “y” oportunidad en 100 de recuperarse de una enfermedad, y la culpa del médico hace que los pierda. Pero, si este daño consiste en los hechos en la privación de la posibilidad de una elección del todo informada<sup>232</sup> ¿Cómo cuantificar las posibilidades de una persona de rechazar el tratamiento?<sup>233</sup> ¿Cuál es el valor de una elección informada?<sup>234</sup> Depende solo de esta, de sus convicciones, de su cultura, de su valentía. Se trata de un ámbito demasiado subjetivo que no brinda parámetro alguno cuantificable<sup>235</sup>.

Por otro lado, es, sin duda, lícito que el juez, sin desvirtuar las reglas, retenga y condene el daño consistente en la pérdida de una oportunidad de haber podido tomar una decisión del todo

---

<sup>230</sup> Béry, 2013

<sup>231</sup> Béry, 2013

<sup>232</sup> Borghetti, 2013, p.4

<sup>233</sup> Béry, 2013

<sup>234</sup> Borghetti, 2022

<sup>235</sup> Béry, 2013

informada y, por lo tanto, de haber evitado quizás el riesgo que sobrevino cierto. El paciente, por culpa, ha perdido sin lugar a duda una ventaja: la de elegir, la de decidir por sí mismo<sup>236</sup>. Por lo expuesto, el Tribunal de Casación francés, sin perjuicio de ser cauteloso al momento de ahondar en la materia, ha tenido inclinaciones a situar ya el debate del incumplimiento de obligaciones de información sobre el terreno de la pérdida de una oportunidad, pero, en estas, ha dictaminado claramente que la pérdida de una oportunidad solo puede depender de un acontecimiento futuro e incierto, que no puede depender de la actitud de la víctima<sup>237</sup>, se busca así intentar objetivizar el régimen.

Con esto queda abierta una interrogante no menor, ¿deben adjuntarse estos casos a la doctrina tradicional, a la doctrina contemporánea, o constituyen una hipótesis separada? Esta es una pregunta de verdad delicada que excede el objeto de la presente AFET. No es seguro que el concepto de pérdida de oportunidad tenga, entonces, en cuenta la naturaleza particular del daño que se trata al quebrantar los deberes de información. Esta es una cuestión que admite aún mucho espacio para su evolución, tratamiento y estudio.

## **5. Déficit de conceptualización y cuestionamientos a la legitimidad de la institución**

Como ya se ha expuesto, el origen de la institución en cuestión se remonta a más de 60 años. A pesar de lo anterior, de ser una institución que a lo largo del tiempo ha tenido un crecimiento exponencial a nivel jurisprudencial, y ser un recurso ampliamente usado por los abogados al momento de recurrir a la justicia francesa, existe un importante déficit de conceptualización que atormenta al concepto pérdida de chance<sup>238</sup> y que, junto con los nuevos supuestos en los que ha

---

<sup>236</sup> Borghetti, 2022

<sup>237</sup> Cass. civ. 83-14595, 1984

<sup>238</sup> Vitale, 2020, p.26

encontrado cabida, ha dado pie a cuestionar la existencia de una doctrina unitaria de la institución<sup>239</sup>. La falta de límites deviene en una aplicación difusa y poco clara como ya se ha evidenciado.

Los autores franceses no han podido dar solución a este problema. La mayoría de los estudios hechos al respecto se limitaron a analizar la pérdida de oportunidad de manera secundaria, por lo general, en contextos más amplios —como cuando abordan cuestiones de causalidad o daño—, pero sin analizarla en sí misma de forma autónoma<sup>240</sup>. Hay quienes, de manera optimista, se han arriesgado en intentar desarrollar una teoría unitaria de pérdida de la chance que dé cuenta de todas las aplicaciones que esta tiene, pero ninguna ha logrado imponerse<sup>241</sup>.

Lo anterior no es baladí, el derecho francés carece de herramientas suficientes para conceptualizar como corresponde y con precisión las realidades que el mismo cubre<sup>242</sup>. Ello como consecuencia de la limitada conceptualización de la responsabilidad civil en el derecho francés y su composición restringida a tres elementos: daño, hecho generador y nexo de causalidad<sup>243</sup>. Es evidente que la simpleza de esta conceptualización no alcanza para hacerse cargo, de manera satisfactoria, de todas las cuestiones que surgen en el ámbito de la responsabilidad civil, lo que se vuelve notorio en términos de pérdida de oportunidad<sup>244</sup>.

En la actualidad, los estudios y desarrollos en torno a la figura en cuestión han planteado que la definición tradicional no es considerada como suficiente por la doctrina y la jurisprudencia francesa. En otras palabras, la hipótesis “clásica” de la responsabilidad civil, basada en

---

<sup>239</sup> Borghetti, 2022

<sup>240</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>241</sup> Borghetti, 2022

<sup>242</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>243</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>244</sup> Borghetti, 2013, p.3

causalidad y daño, no hace justicia a la complejidad de la pérdida de una chance<sup>245</sup>, con lo que surgen propuestas de diferenciación, en mayor o menor grado, de los distintos ámbitos o concepciones de la institución.

Así, con el tiempo, la pérdida de oportunidad ha evolucionado y adquirido nuevos usos; expandiéndose más allá de su aplicación original para pasar a utilizarse como una herramienta útil para sortear los problemas de causalidad que surgen en muchos casos, en particular, en materia médica, y que pueden dificultar la determinación de la responsabilidad civil<sup>246</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, y en especial a la conceptualización incompleta de la pérdida de oportunidades, se denuncia que se ha abierto el camino a muchas desviaciones de la figura por parte de la jurisprudencia francesa, lo que genera que esta conceptualización contemporánea de la pérdida de la chance sea objeto de innumerables críticas y cuestionamientos relativos a la legitimidad de su uso<sup>247</sup>.

En este sentido, se ha planteado que estas nuevas hipótesis son susceptibles de considerarse como una suerte de sustitución del vínculo causal<sup>248</sup>, permitiéndoles a los jueces desatenderse de dicha exigencia propia de la responsabilidad civil, sorteándola por medio de la invocación de la institución en cuestión<sup>249</sup>. Ello desencadena una imperiosa necesidad de supervisión respecto de su procedencia<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>246</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>247</sup> Vitale, 2020, p.27

<sup>248</sup> Brun, 2013, p.49

<sup>249</sup> Fagnart, 2011, p.313

<sup>250</sup> Vitale, 2020, p.27

La insuficiente conceptualización de la pérdida de oportunidad ha conducido a una cierta inseguridad jurídica para el litigante y a una incompreensión de las decisiones por parte de este; así como, aún más revelador, por parte de los profesionales del derecho<sup>251</sup>. Esta inconsistencia en la aplicación de la figura en estudio lleva a que no exista claridad respecto de su naturaleza, contenido y límites, lo que ha llevado a que la doctrina más autorizada en la materia se cuestione a este respecto, ¿Es todo lo que se plantea como tal, una pérdida de una chance? ¿Es posible que la misma pérdida de la chance sea un daño particular autónomo y, al mismo tiempo, una forma de relajación de la causalidad? ¿Existe hoy en día una teoría unitaria de pérdida de la chance?<sup>252</sup>

Como ya se ha expuesto, la pérdida de una chance siempre corresponde a una incertidumbre, pero el tratamiento de que no ha estado ajena de cambios a lo largo del tiempo. Por ejemplo, y como se expuso, hoy se ve que esta puede estar ligada al daño o al perjuicio, distinción poco común pero necesaria y útil<sup>253</sup>. En efecto, la pérdida de una chance surge en la doctrina tradicional caracterizada como un daño autónomo; donde las condiciones de responsabilidad (culpa, daño, nexo de causalidad) se cumple con certeza, pero es la magnitud del perjuicio resultante del daño lo que es incierto<sup>254</sup>.

Sin embargo, según ya se ha desarrollado, la pérdida de oportunidad ha sido aceptada por los tribunales en casos cada vez más diversos. Pérdida de oportunidad de supervivencia debido a un diagnóstico o tratamiento erróneo; pérdida de oportunidad de tomar una decisión informada en materia médica, por culpa de un médico; pérdida de oportunidad de celebrar o no un contrato;

---

<sup>251</sup> Vitale, 2020, p.27

<sup>252</sup> Borghetti, 2013, p.6; Borghetti 2022; Corgas-Bernard, 2013, p.41

<sup>253</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>254</sup> Borghetti, 2022

la pérdida de la oportunidad de supervivencia, etc. Ello genera una ampliación en el contenido de lo que se puede entender por pérdida de una chance<sup>255</sup>.

Es así como, las aplicaciones de la pérdida del azar se han vuelto tan numerosas y comprobadas que la pregunta de si todavía existe una unidad de concepto y si una teoría unitaria de la pérdida de la chance puede dar cuenta de todas estas aplicaciones no tiene una respuesta clara<sup>256</sup>. Hoy, conviven en el sistema francés distintos ámbitos de aplicación y formas de entender la pérdida de una chance donde a veces constituye una categoría particular de daños, y otros en los que sería más bien el resultado de una alteración del nexo de causalidad<sup>257</sup>; ambos coexistiendo de manera paralela<sup>258</sup>. Lo mismo ocurre con los jueces civiles y administrativos<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>256</sup> Borghetti, 2022

<sup>257</sup> Oyarzún, 2021, p. 124

<sup>258</sup> Borghetti, 2013, p.3

<sup>259</sup> Borghetti, 2013, p.4

### III. LOS DIFERENTES REGÍMENES DE COMPENSACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Llama la atención que, así como ocurre con la institución de la pérdida de una chance en sí, respecto a su reparación, son escasos los estudios que se dedican a los regímenes de compensación de esta. Por lo general, quienes estudian esta figura dedican sus esfuerzos al estudio del perjuicio mismo, sus condiciones de reparación y a su admisión en el ordenamiento jurídico francés, pero sin detenerse a analizar este importante campo como es la determinación de la compensación<sup>260</sup>.

Por su parte, el Tribunal de Casación francés no ayuda en alimentar esta discusión. En virtud del poder soberano de los jueces de fondo a la hora de apreciar las posibilidades perdidas, se opta por la lógica de la reparación proporcional sin que exista un cuestionamiento o mayor reflexión en su respecto. De esta forma, la falta de desarrollo de la jurisprudencia, sobre tal cuestión, apenas invita a la doctrina a interesarse por esta mientras que, en el ámbito de otras materias, se desarrollan numerosos y nutridos debates<sup>261</sup>.

Sin embargo, el método de evaluación del daño por pérdida de oportunidad es importante por dos razones, por un lado puede afectar a la concepción teórica del perjuicio en la medida que el surgimiento de la lógica proporcional es considerado por algunos autores como el de la pérdida de una chance misma también. Por otro lado, resulta ser escenario de una marcada diferencia entre el juez judicial y administrativo; pero también entre la ley francesa y ciertas leyes extranjeras que admiten la figura en cuestión<sup>262</sup>. En efecto, el juez judicial ha adoptado una sola lógica de razonamiento, actualmente solo conoce la lógica de la llamada reparación proporcional; en circunstancias que el juez administrativo ha construido un sistema de coexistencia de esta lógica

---

<sup>260</sup> Vitale, 2020, p.397

<sup>261</sup> Vitale, 2020, p.397

<sup>262</sup> Vitale, 2020, p.397

proporcional con aquella original denominada de "todo o nada"<sup>263</sup>. Esta diferencia, por supuesto, plantea problemas pero, por no ser el asunto principal de esta AFET, no profundizaré en ella, limitándome a exponer los distintos regímenes de compensación que han acompañado la teoría de la pérdida de una chance a lo largo del tiempo y su desarrollo.

## **1.Compensación independiente a las probabilidades**

Los tipos de compensación por pérdida de una chance, independientes a las probabilidades, son los que, para el cálculo de la indemnización correspondiente, recurren a métodos e instituciones distintas de las probabilidades. Estos surgen, desde luego, como consecuencia del desconocimiento de los jueces a los regímenes de compensación basados en las probabilidades. Y, con la finalidad de subsanar aquel vacío, los tribunales acuden a las instituciones que les son conocidas, como lo es el daño moral. Se hace presente que, el rechazo a este tipo de regímenes de compensación está sin duda asentado en Francia hoy<sup>264</sup>.

### **1.1.Daño moral**

Escasa es la doctrina y jurisprudencia que entiende la pérdida de la chance como daño moral, pero no inexistente. En este sentido, autores señalaron que esta ha de entenderse como tal en la medida que el daño constituye para la víctima el saber "por el resto de su vida, que podría haber vivido de otra manera, en condiciones más favorables"<sup>265</sup>. En este sentido, existen —pocos y de larga data— fallos de los tribunales superiores de justicia que se manifiestan en ese sentido;

---

<sup>263</sup> Vitale, 2020, p.399

<sup>264</sup> Vitale, 2020, p.401

<sup>265</sup> Vitale, 2020, p. 401



por lo que la sentencia del 10 es de enero de 1990. La Corte de Casación el más reciente anuló una sentencia:

“al admitir que la pérdida de la oportunidad de ser tratado, en efecto, constituía solo un perjuicio moral, que debía ser reparado la exclusión del presunto daño material, por lo que esta pérdida es una oportunidad de evitar la muerte y los diversos daños de primera mano resultantes de esta.”<sup>266</sup>.

Es evidente que no resulta ser aquel un criterio asentado ni en la doctrina ni la jurisprudencia francesa<sup>267</sup>.

## 1.2. Compensación de suma global

Este tipo de compensación surge, sobre todo, en casos que dicen relación con la transacciones bursátiles<sup>268</sup>. En ellos, el mismo hecho dañoso estará presente en varias disputas, por lo que es casi sistemático; ejemplo de esto es la famosa acción individual agrupada seguida contra “Sidel”; donde se ordenó una compensación consistente a la suma global de 10 euros por acción a cada accionista de la sociedad Sidel<sup>269</sup>, esto por difundir los altos ejecutivos información falsa sobre la empresa con la finalidad de aumentar artificialmente el valor de las acciones de Sidel. Lo mismo ocurre en el caso “Vivendi”.

---

<sup>266</sup> Vitale, 2020, p. 401

<sup>267</sup> Vitale, 2020, p.401

<sup>268</sup> Se refiere a una situación en la cual los títulos que se negocian no cumplen con las especificaciones o condiciones establecidas en su emisión original. Esto puede deberse a una variedad de factores, como errores en la emisión de los títulos, problemas en la información proporcionada por la empresa emisora, o cambios en las condiciones del mercado que afectan la validez de los títulos.

<sup>269</sup> CA Paris, 31 octubre 2008, N.º 06-9036

En él se condena a una compensación global por la aplicación de una generalización, “mismos supuestos, mismo daño”. En otras palabras, se determina un monto único de indemnización, aplicable a cada uno de los afectados. Oscuro razonamiento carente de investigación sobre las posibilidades que tenían los inversores de hacer una elección diferente, esencial y necesario para determinar el daño que han sufrido.

Se ha dicho que este régimen de compensación atenta contra el principio de reparación integral<sup>270</sup> que exige que la reparación se determine sobre la base del daño de verdad sufrido, el cual, por sí solo, debe constituir la medida de la reparación. En otras palabras, debe repararse todo el daño, pero nada más que el daño efectivamente sufrido<sup>271</sup>.

Esto en la medida que, tratar la totalidad de los casos por igual, sin buscar un camino alternativo para el inversor y, por tanto, sin distinguir la situación de los diferentes inversores, genera situaciones de enriquecimiento sin causa o de daño no reparado<sup>272</sup>. El Tribunal Superior ha fallado claramente en contra de la compensación por suma global en casos de pérdida de oportunidades. Así, en sentencia de 18 de julio de 2000 se resolvió que “la indemnización por la pérdida de la oportunidad de obtener una mejoría en el propio estado o de salir de una enfermedad no puede ser a tanto alzado”<sup>273</sup>. Este criterio es reiterado en la sentencia de 24 de noviembre de 2016<sup>274</sup>.

## **2.Métodos de cálculo de la compensación basados en las probabilidades**

---

<sup>270</sup> Vitale, 2020, p.401

<sup>271</sup> Vitale, 2020, p.401

<sup>272</sup> Vitale, 2020, p.401

<sup>273</sup> Cass. Civ. 98-20.430, 2000

<sup>274</sup> Cass. Civ. 15-26.226, 2016

En cuanto a los regímenes de compensación basados en las probabilidades, el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado eligieron fundamentar su razonamiento en dos parámetros. La cuantía del daño final sufrido y la cuantía de las oportunidades perdidas. Sin embargo, el método se divide, según el rol que se dé a las probabilidades, entre la lógica de “todo o nada” y la lógica proporcional<sup>275</sup>, según desarrollemos.

## 2.1. Régimen de “todo o nada”

Este régimen de compensación regía al principio, y de manera unánime, la reparación por pérdida de oportunidad en los tribunales franceses. En virtud de aquel, el perjuicio de pérdida de oportunidad se repara con equivalencia al denominado perjuicio “final” y procede cuando las posibilidades alcanzan un determinado umbral en virtud del cual se considera probable la consecución de la situación esperada pero perdida<sup>276</sup>.

De esta forma, en caso de no superarse dicho umbral, la víctima perdía toda posibilidad de beneficiarse de una indemnización<sup>277</sup>. En otras palabras, este régimen se basa en una dualidad en virtud de la cual, en caso de concederse la reparación, esta se identifica con el perjuicio “final” otorgándose de manera íntegra. En caso contrario, se niega por completo cualquier tipo de indemnización. He ahí el nombre de “todo o nada”.

En este régimen de compensación, los jueces usaban probabilidades para determinar qué curso habrían tomado los hechos si estas no hubieran desaparecido, se equipara la pérdida de una oportunidad con el evento favorable mismo y su pérdida; se invoca la pérdida de la oportunidad como un medio para lograr la reparación del daño “final” a través de la certeza diluida<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Vitale, 2020, p.403

<sup>276</sup> Vitale, 2020, p.404

<sup>277</sup> Vitale, 2020, p.403

<sup>278</sup> Vitale, 2020, p.331

Ejemplo de la predominancia de este régimen son el Tribunal de Apelación de Besanzón del 23 de febrero de 1880 relativa a la pérdida de posibilidades procesales. En la cual se establece que el alcance de la responsabilidad del alguacil que priva a sus representados de recursos, depende de la solución a la cual es posible arribar en el caso que es objeto de la apelación en sí mismo. De esta forma, al considerarse en el caso en comento que la sentencia debió ser revocada, se condenó al demandado a indemnizar como perjuicio causado a su representado, por la nulidad del acto de apelación; a saber: “todas las costas de la primera instancia y del recurso, más los daños y perjuicios a valorar según las circunstancias”<sup>279</sup>. En otras palabras, el equivalente al perjuicio final e incierto. Mismo criterio sigue la sentencia de 29 de marzo de 1938, el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence<sup>280</sup>.

Además, el mismo criterio se encuentra en fallos de la época relativos a pérdida de oportunidades de supervivencia e, incluso, pérdida de oportunidad de apoyo económico.

En consecuencia, el método de reparación entonces aplicado es, sin duda, la lógica del “todo o nada”. Si bien este régimen de compensación se abandonó por el Tribunal de Casación en favor de la lógica de la reparación proporcional, es interesante notar que los vestigios de este antiguo razonamiento pueden identificarse en la jurisprudencia más reciente<sup>281</sup>.

## **2.2. Régimen “proporcional”**

Se ha entendido que este régimen de compensación consiste en una “lógica que vincula estrictamente la cuantía de la indemnización por el perjuicio de la pérdida de oportunidad a la

---

<sup>279</sup> Vitale, 2020, p. 405

<sup>280</sup> Vitale, 2020, p. 405

<sup>281</sup> Vitale, 2020, p. 406

cuantía de las oportunidades perdidas”<sup>282</sup>. En otras palabras, en virtud de aquella, el porcentaje de oportunidades perdidas se convierte en la medida de la reparación debida a la víctima en compensación por la pérdida de oportunidad<sup>283</sup>.

Encuentra sus orígenes en sentencia dictada por la Corte de Casación el 24 de junio de 1902<sup>284</sup>, relacionada con la culpa de un notario que había impedido que la demandante obtuviera el pago de la cantidad total de una deuda de su deudor. El Tribunal Superior había aprobado una sentencia de un tribunal de apelación que había indemnizado a la víctima de una pérdida de oportunidad en la magnitud del daño efectivamente sufrido, basándose en que no se demostró que la deuda hubiera sido cubierta en su totalidad si el notario no hubiera cometido culpa alguna<sup>285</sup>.

En este mismo sentido, este régimen de compensación da luces en la doctrina recién en 1938, donde por primera vez aparece la pérdida de la chance definida como un perjuicio cierto cuyo quantum varía según sea mayor o menor la oportunidad perdida<sup>286</sup>. Luego, ya en la década de 1950, el régimen de compensación de “todo o nada” parecía haber dado paso a la lógica proporcional en una serie de casos; sin perjuicio de que la Corte de Casación nunca estableció, en especial, la existencia de algún principio basado en el recurso a este método<sup>287</sup>.

El desarrollo de este nuevo régimen fue bastante tímido y escueto hasta la década de 1970, donde tomó fuerza y aplicación general en casos de pérdida de chance, como consecuencia de un pronunciamiento del Tribunal de Casación en el que se prohibió a los tribunales inferiores

---

<sup>282</sup> Vitale, 2020, p. 415

<sup>283</sup> Vitale, 2020, p.314

<sup>284</sup> Vitale, 2020, p.414

<sup>285</sup> Vitale, 2020, p.415

<sup>286</sup> Mazeaud et al., 2013, p.18

<sup>287</sup> Vitale, 2020, p.416

liquidar el daño de pérdida de oportunidad hasta el nivel del denominado daño “absoluto”. Desde estas sentencias, el régimen de compensación proporcional, entendido como aquel que exige que la cuantía del daño por pérdida de oportunidad varíe con el coeficiente de las oportunidades perdidas, ha recibido poco y nada de críticas. Con lo cual recibió el apoyo permanente por parte del Tribunal de Casación quien ha mantenido su postura de rechazar los pronunciamientos en que se razone sobre la base de un régimen de compensación de “todo o nada” en pérdida de una chance<sup>288</sup>.

### **2.3.Métodos de reparación dualista en sede administrativa**

En Francia, los litigios de responsabilidad médica se comparten entre los tribunales civiles, que aplican el derecho civil, y los tribunales administrativos, que aplican el derecho administrativo. Los tribunales civiles son competentes en caso de acción de responsabilidad ejercida contra un establecimiento de salud privado o contra un médico independiente. Los tribunales administrativos son competentes en el caso de una acción iniciada por un daño resultante del tratamiento, o de una operación realizada en un establecimiento de salud pública<sup>289</sup>.

Frente a casos de pérdida de una chance, el Consejo de Estado, máxima jurisdicción de orden administrativo, sigue un criterio distinto de aquel establecido en sede judicial y que es al que se ha hecho referencia a lo largo de la presente AFET. En efecto, el juez administrativo tiene asentado hace bastante tiempo un criterio dualista, donde la regla general es resolver este tipo de casos bajo una lógica de “todo o nada”, por lo que reserva el criterio proporcional única y exclusivamente al ámbito médico<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Vitale, 2020, p.417

<sup>289</sup> Borghetti, 2008, p.1080

<sup>290</sup> Vitale, 2020, p.415

Lo anterior se puede desprender en la medida que, al analizar la jurisprudencia administrativa, los tribunales no asignan indemnización alguna en los casos donde las posibilidades se estiman insuficientes. Y, por el contrario, en los casos en que se consideran como suficientes, la indemnización otorgada resulta ser equivalente al perjuicio final<sup>291</sup>.

El Consejo de Estado desarrolla tal conclusión sobre la base de la exigencia del carácter de “serio”, que debe gozar las posibilidades observadas que incorpora a la teoría en cuestión. De tal manera que, si aquel considera que las posibilidades no son serias, no concede indemnización alguna<sup>292</sup>. La doctrina contemporánea se encuentra inquieta en este respecto, cada vez son más los autores franceses que plantearon la necesidad de incorporar a la compensación por pérdida de una chance, en sede judicial, la exigencia de seriedad que han de revestir las posibilidades que se invocan<sup>293</sup>.

Pero este criterio no es absoluto. El Consejo de Estado, en la minoría de los casos, procede a veces con una indemnización igual al perjuicio en realidad sufrido por la víctima y, otras veces con una indemnización menor, lo cual evidencia una falta de rigurosidad en la aplicación de la lógica del “todo o nada”<sup>294</sup>.

Sin embargo, al ser muchas más las sentencias que conceden la reparación del daño de verdad sufrido; que respetan el método del “todo o nada”, que se admite, por lo general, y sin matices que, en derecho administrativo, el objeto de reparación es la oportunidad perdida lo bastante

---

<sup>291</sup> Vitale, 2020, p.414

<sup>292</sup> Vitale, 2020, p.416

<sup>293</sup> Borghetti, 2013, p.6; Borghetti 2022; Vitale, 2020, p. 410

<sup>294</sup> Vitale, 2020, p.410

sería. Considerándose como aquella la no realización de una situación favorable o, por el contrario, la concreción de una situación desfavorable<sup>295</sup>.

Ahora, en cuanto al régimen de compensación proporcional, el Consejo de Estado limita su aplicación al ámbito médico sanitario<sup>296</sup>. Surgió por primera vez por sentencia dictada el 5 de enero de 2000<sup>297</sup>. En ella, el Consejo de Estado resolvió que la falta cometida por los médicos del hospital, consistente en no informar al paciente de los riesgos del procedimiento, solo resultó para la víctima en la pérdida de una oportunidad de evitar el riesgo a que se expuso, y consideró que es un error reparar por completo las consecuencias perjudiciales del accidente. Señaló, además, que este perjuicio debe fijarse en una fracción de los distintos daños sufridos<sup>298</sup>.

Un segundo aproximamiento del Consejo de Estado al régimen de compensación proporcional fue, otra vez, en el ámbito médico sanitario; pero ahora respecto de una obligación de cuidado, por sentencia de 21 de diciembre de 2007, en el caso de que un error diagnóstico que comprometió las posibilidades de recuperación de un enfermo, mermando así sus posibilidades de obtener una mejora en su estado de salud o de evitar su agravación<sup>299</sup>. Así las cosas, el daño resultante de la falta cometida por el establecimiento y que debe ser indemnizado del todo no es la lesión corporal observada, de modo que la pérdida de oportunidad de evitar que se produzca debe evaluarse en una fracción de la lesión corporal, determinada según la magnitud de la oportunidad perdida<sup>300</sup>.

---

<sup>295</sup> Vitale, 2020, p.410

<sup>296</sup> Vitale, 2020, p.410

<sup>297</sup> Vitale, 2020, p.422

<sup>298</sup> Vitale, 2020, p.422

<sup>299</sup> Vitale, 2020, p.422

<sup>300</sup> Vitale, 2020, p.422



Este cambio de criterio se ha mantenido desde entonces y responde a la voluntad del Consejo de Estado de asegurar una armonización del tratamiento jurídico de los litigios en materia médica, con el mérito de lograr una mayor igualdad de trato para víctimas de los establecimientos de salud públicos y privados<sup>301</sup>.

### **3.Nuevas propuestas de compensación**

Así como en su oportunidad el sistema de reparación de “todo o nada” fue objeto de críticas, el sistema proporcional y su predominio en el derecho francés no está libre de cuestionamientos. El elemento común que destacan los detractores del uso monolítico de este método resulta ser que su uniformidad no refleja la diversidad de situaciones aleatorias susceptibles de ocurrir<sup>302</sup>.

Otro grave problema radica en la diferencia de criterios existente entre los jueces judiciales y administrativos, por cuanto el primero adopta una sola lógica de razonamiento cuando se trata de la pérdida de una chance, mientras que el segundo sigue un criterio dualista. No ha de ser pasado por alto que esto trae como consecuencia que situaciones similares han de resolverse de distinta forma a partir de la sede de su conocimiento<sup>303</sup>.

Así, si bien es efectivo que el carácter monolítico del método de reparación practicado por el juez de justicia tiene la no despreciable ventaja de la sencillez, a su vez tiene el gran inconveniente de impedir cualquier diferenciación en el tratamiento de la pérdida de oportunidad, según las especificidades del asunto sometido a conocimiento del tribunal<sup>304</sup>. Esto implica empobrecer las

---

<sup>301</sup> Vitale, 2020, p.422

<sup>302</sup> Vitale, 2020, p.429

<sup>303</sup> Vitale, 2020, p.429

<sup>304</sup> Vitale, 2020, p.429

herramientas para resolver el problema de reparar la pérdida de oportunidad, al menos cuando se recurre a ojos cerrados y de forma extrema<sup>305</sup>.

### 3.1.Laura Vitale

Surge, entonces, por parte de la profesora LAURA VITALE, a modo de solución, una propuesta de método de reparación dualista para ser aplicado por los jueces administrativos y, sobre todo, judiciales, denominado régimen de reparación “Plural”<sup>306</sup>.

Como se indicó, destacaron los autores que el régimen proporcional usado en un método monolítico de compensación no es adecuado para dar un tratamiento jurídico detallado a esta compleja institución, y la extrema diversidad de hipótesis que lleva aparejada.

Además, esta visión crítica responde también a una actitud de parte de los jueces por entender que, si el todo o nada lo dicta la lógica, los jueces, en caso de incertidumbre, tienen una tendencia natural a otorgar una compensación parcial pues estiman, no hay duda, que la justicia a medias es mejor que el riesgo de injusticia total, incluso si los principios no se respetan por entero<sup>307</sup>. Visto así, el régimen proporcional deviene en incapaz de reflejar la diversidad de las especies en las que prospera la teoría de la pérdida de oportunidad.

Es por ello que el régimen de compensación plural viene a proponer una solución al considerar que una apreciación proporcional sería artificial para aprehender una decisión humana. Existen ciertos casos de incertidumbre decisional en los que el juez debe contentarse con pronunciarse sobre el sentido de la decisión que, según él, tal vez habría tomado la víctima. O sea, se trataría

---

<sup>305</sup> Vitale, 2020, p.430

<sup>306</sup> Vitale, 2020, p.431

<sup>307</sup> Vitale, 2020, p.431

de una probabilidad basada en el criterio del juez y no la víctima<sup>308</sup>. Esto no ocurre en los casos que involucran un riesgo objetivo cuantificable y que no admite criterio ni subjetividades que permitan reparar en mayor o menor medida el daño efectivamente causado<sup>309</sup>.

De esta forma, VITALE propone que lo idóneo es distinguir entre ambas hipótesis y detectar a cuál corresponde el caso en concreto. Hecho esto, ante la presencia de incertidumbre decisional cuando la decisión puede ser aprehendida por un criterio racional, debe recurrirse al sistema de compensación de “todo o nada”. En cambio, si se encuentra frente a un riesgo objetivo y técnico sujeto a una evaluación científica cuantificable, procede una compensación proporcional a las posibilidades que esta representa<sup>310</sup>.

Por último, ante la presencia de incertidumbre decisional cuya decisión no permite ser aprehendida por un criterio racional, debe excluirse la pérdida de oportunidad atendida el factor subjetivo que la envuelve y la imposibilidad de acceso que implica<sup>311</sup>. Independiente de si se adhiera o no a la propuesta plural; no se puede negar que resulta llamativa y habrá que esperar a ver las reacciones de los jueces ante su propuesta. Así como, también de los doctrinarios franceses<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> Vitale, 2020, p.440

<sup>309</sup> Vitale, 2020, p.440

<sup>310</sup> Vitale, 2020, p.441

<sup>311</sup> Vitale, 2020, p.441

<sup>312</sup> Vitale, 2020, p.439

#### **IV. CONCLUSIONES**

No es desconocido que para el legislador resulta imposible prever todas las situaciones susceptibles de ocurrir y, así, regular cada uno de esos escenarios. Como consecuencia, en el camino surgen instituciones auxiliares para los jueces al momento de llevar a la práctica la difícil tarea de aplicar las disposiciones normativas existentes. La pérdida de una chance es una de ellas, y reviste los caracteres de una herramienta útil, que permite a los jueces hacer frente a las injusticias a las que se enfrentan como resultado de la aplicación estricta de la ley.

Con el desarrollo jurisprudencial, la institución en cuestión ha sufrido cambios en su estructura. Encuentra sus orígenes como un daño autónomo pero, luego, surge como un relajamiento del vínculo de causalidad a fin de poder resolver un problema al que se enfrentaban los tribunales franceses en especial, en el ámbito médico, y que era abiertamente considerado injusto e inaceptable.

Los tribunales franceses mostraron, y muestran hoy en día, una fuerte inclinación a la figura, aplicable en un sinnúmero de supuestos diferentes, pero cada vez más alejados de su hipótesis original y con diferencias radicales entre uno y otro supuesto. ¿Se habla de la misma pérdida de una chance en uno y otro caso? Las críticas, por parte de la doctrina, comienzan a ser más fuertes y notorias. La aplicación de esta pareciera ser exagerada y abusiva, el régimen de compensación usado insuficiente y la regulación deficiente. La falta de desarrollo jurisprudencial en cuanto a la justificación fomenta un escaso estudio de la figura en sí misma.

Pareciera ser que, al menos a nivel doctrinario, es posible divisar una eventual crisis de la institución. El recurso al concepto de pérdida de oportunidad, como se hace hoy en día, tiende a transformar un cierto número de expectativas en intereses protegidos, y, por tanto, al final, en

derechos subjetivos<sup>313</sup>. Cuando estas expectativas son de carácter extrapatrimonial y se refieren en particular al estado de salud del sujeto; como ocurre en materia de responsabilidad médica, sin duda merecen una protección especial. El problema, detectaron los autores franceses, es cuando estas son de carácter solo patrimonial y consisten en una simple expectativa de ganancia; puesto que, de llevar demasiado lejos la lógica en la actualidad, en funcionamiento, correríamos el riesgo de una forma de parálisis social<sup>314</sup> considerando que todo acto humano viene a cambiar el curso de las cosas, de modo que se hace desaparecer la posibilidad de que ocurran ciertos acontecimientos favorables. Si se protegiera toda esperanza, ya no sería posible tomar una iniciativa susceptible de modificar el curso de las cosas sin tener que compensar la desaparición de esperanzas que esta iniciativa supondría para algunos. Lo anterior resulta inaceptable<sup>315</sup>.

Por otro lado, si en efecto cualquier cambio en el curso de las cosas elimina la probabilidad de eventos favorables y las esperanzas relacionadas, también puede crear nuevas oportunidades y esperanzas<sup>316</sup>. ¿Por qué indemnizar la pérdida de posibilidades de ganancia, pero no el aumento de esas mismas esperanzas? La más autorizada doctrina se cuestiona al respecto. Y concluye que si parece deseable mantener el principio de que todo daño es reparable, la preocupante evolución de la indemnización por pérdida de oportunidad de lucro invita a preguntarse si no sería oportuno hacer algunas excepciones a esta<sup>317</sup>.

En conclusión, es evidente que existe un desconocimiento grave del estado actual de la cuestión en Francia por parte de los estudiosos del derecho. La gran mayoría de sus trabajos se abocan

---

<sup>313</sup> Borghetti, 2013, p.5

<sup>314</sup> Borghetti, 2013, p.6

<sup>315</sup> Borghetti, 2013, p.5

<sup>316</sup> Borghetti, 2013, p.6

<sup>317</sup> Bamd , 2016; Borghetti, 2013, 2016 y 2022; Corgas-Bernard, 2013; Vitale, 2020

al estudio de la pérdida de la oportunidad desde una perspectiva sesgada o incompleta donde el factor común es la crítica hacia su uso como herramienta de relajación del vínculo causal.

La figura es mucho más compleja que eso. Es así como, por medio de la presente AFET, se pone sobre la mesa un panorama general de la pérdida de una chance, y deja abiertas múltiples interrogantes que invitan a adentrarse al asunto aún más, pero ahora con las herramientas básicas necesarias que, hasta ahora, no existían. Esto va a permitir dotar de contenido la discusión en Chile e incluso Francia, por lo que abre nuevas perspectivas en la materia, planteando el asunto desde una perspectiva objetiva, ordenada y sistemática que invita a un desarrollo más profundo de la materia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde, J. (2015). La rescisión en el Código Civil chileno. En D. P. (Eds.), *Estudios de derecho civil V*. Thomson Reuters.
- Bamdé, A. (2016). *La perte d'une chance*. Droit de la responsabilité, Droit des contrats, Droit des obligations, Responsabilité extracontractuelle. [en línea] <https://aurelienbamde.com/tag/cass-req-17-juill-1889/> [consulta: 15 mayo 2023]
- Barría, R. (2019). La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010. *Revista de Derecho*, 87(245), 235-269. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100235>
- Béry, A. (2013). Le préjudice réparable : la perte de chance. *L'Orthodontie Française*, 84(1), 15–27. doi: <https://doi.org/10.1051/orthodfr/2013041>
- Blümel Araya, F. (2021). *La pérdida de una chance en la doctrina y jurisprudencia médica*. [Tesis de maestría, Universidad de Chile].
- Boré, J. (1974). L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *JCP*, 2016.
- Borghetti, J. (2008). La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français. *European Review of Private Law*, 6, 1072-1082.
- Borghetti, J. (2013). La perte de la chance rapport introductif. *Petites Affiches*, 218, 3. <https://www.labase-lextenso.fr/revue/LPA/2013/218>
- Borghetti, J. (2016). Causation in Hepatitis B Vaccination litigation in France: Breaking through scientific uncertainty? *Chicago-Kent Law Review*, 543. Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol91/iss2/7>

Borghetti, J. (2022). *L'inéxorable ascension de la perte de chance en droit français*. Universidad de Chile y Proyecto de Investigación FONDECYT de iniciación.

Brito, A. (2006). El Código Civil de Chile en su ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile: *Anuario de derecho civil*, 59(3), 1283-1302. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2246584>

Brun, P. (2013). Perte de chance: les risques de dévoiement. *Petites affiches*, 218, 49. <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA201321809>

Carbonnier, J. (2000). *Droit Civil, T. 4. Les obligations*. Themis.

Chabas, F. (2017). *Cien años de responsabilidad civil en Francia (M. Tapia, Trad.)*. Biblioteca de derecho comparado y sistemas jurídicos. Ediciones Olejnik.

Corgas-Bernard, C. (2013). Perte de chance et responsabilité médicale. *Petites Affiches*, 218, 38–41. <https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA201321807>

Descorps, F. (2005). La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin. *Recueil Dalloz*, 10, 742-748. <https://signal.sciencespo-lyon.fr/article/426905/La-coherence-de-la-jurisprudence-de-la-Cour-de-cassation-sur-la-perte-de-chance-consecutive-a-une-faute-du-medecin>

Dintilhac, J. (2005). *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Cour de cassation: [https://medias.vie-publique.fr/data\\_storage\\_s3/rapport/pdf/064000217.pdf](https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/064000217.pdf)

Domínguez, R. (2009). La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 61–80. <https://vlex.cl/vid/influencia-doctrina-francesa-chileno-400113690>



DORSNER-DOLIVET, A. (1986) *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, Tesis, Paris, LGDJ, pp. 427-434

El Mercurio legal. (2017). *Opinión: Reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia, por Renzo Munita*. Derecho UDD: <https://derecho.udd.cl/derecho-concepcion/2017/11/13/opinion-reforma-al-derecho-de-la-responsabilidad-civil-en-francia-por-renzo-munita/>

Eyben, C. (2005). La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée. *Revista General de Derecho Constitucional*, 307-321.

Fagnart, J. (2011). La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge. En B. Chabas, *Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'honneur* (págs. 135-151). Bruylant.

Ghestin, J., Jourdain, P., & Viney, G. (2013). *Les conditions de la responsabilité*. Traité de droit civil. LGDG.

Iniciativa Franco-chilena de Altos Estudios. (2022). *Código civil: influencia napoleónica*. <https://ifcae.uchile.cl/2022/05/codigo-civil-influencia-napoleonica/>

Jourdain, P. (2013). La perte d'une chance, même faible, est indemnisable. *RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil*, 02, 380. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02249123>

Le Tourneau, P. (2006). *La responsabilidad civil profesional*. Legis Editores.

Le Tourneau, P. (2020). *Droit de la responsabilité et des contrats: régimes d'indemnisation*. Dalloz Action.

Luna, A. (2005). *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*, InDret 2.2005, 1-19.

Martín, M. (2011). La "modernización" del derecho de la responsabilidad extracontractual. En *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil* (págs. 11-112). Universidad de Murcia.

Mazeaud, H., Mazeaud, J., Mazeaud, L., & Chabas, F. (2013). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle (Vol. 2)*. Librairie Du Recueil Sirey.

Munita, R. (2013). La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada. *Revista Actualidad Jurídica*, 28, 395–441. [https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ28\\_395.pdf](https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ28_395.pdf)

Munita, R. (2018). Reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia. *Actualidad Jurídica*, 38, 223-236. [https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ38\\_223.pdf](https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ38_223.pdf)

Nissim, M. (2022). *La responsabilidad por la exclusión indebida de oferentes en licitaciones públicas*. [Tesis de maestría, Universidad de Chile].

Oyarzún, F. (2021). Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español. *Revista jurídica de estudiantes*, 43, 119-147. doi:<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.005>

Penneau, J. (1992). *La responsabilité du médecin*. Dalloz-Sirey.

Prevof, J. (2010). El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 143-178. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n15/art05.pdf>

République Française. (2004). Code Civil. París, Francia.

Républiqué Française. (2021). Code de Commerce. París, Francia.

Ruellan, C. (1999). La perte de chance en droit privé. *RRJ*, 26, 8-15. <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/perte-de-chance-modulation-necessaire-de-lindemnisation/h/9974d3057f2710a339b363bd19a4aa6c.html>

- Salas, B. (2011). La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, 189-206.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3005>
- Scribeo. (2022). *Bien estimer le préjudice professionnel*. Le Point: [en línea]  
<https://partenaires.lepoint.fr/victimes-de-dommages-corporels-quels-sont-vos-droits/bien-estimer-le-prejudice-professionnel#11> [consulta: 15 mayo 2023]
- Sintez, C. (2014). La perte de chance, une notion en quête d'unité. *Petites Affiches*, 218.  
<https://www.labase-lextenso.fr/petites-affiches/PA201321802>
- Starck, B., Roland, H., & Boyer, L. (1996). Responsabilité délictuelle. En *Obligations*. Litec.
- Teller, M. (2013). La perte de chance de contracter ou de ne pas contracter. *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 4. <https://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-05042013-5.pdf>
- Vitale, L. (2020). *La perte de chances en droit privé*. Bibliothèque de droit privé. LGDJ.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Chambre des Requêtes, 26 de mayo de 1932, S.1932.1.387. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 1 (1965): Boletín Oficial civil I, N° 707.

Cour de Cassation. Chamber Civile 1. (1984). Cassation civile 83-14.595 del 2 de octubre de 1984. Boletín Oficial No. 245. [Rapp. M. Jégu]. París, Francia.

Cour de Cassation. Chambre civile 1. (2000). Cassation civile 98-20.430 del 18 de julio del 2000. Boletín No. 224. [Rapp. Michel Sargos]. París, Francia.

Cour de cassation, Chambre Civile (2006). Cassation 05-15674 del 21 de noviembre de 2006. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 1. (2010). Cassation civile 08-20.755 del 28 de enero de 2010. Boletín Oficial No. 19. [Mme Dreifuss-Netter]. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 1. (2011). Cassation civile 10-19.766 del 7 de julio de 2011. Boletín Oficial No. 146. [Mme Dreifuss-Netter]. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 1. (2012). Cassation civile 11-10.935 del 22 de marzo de 2012. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 1. (2013) Cassation civile 12-14.439 del 16 de enero de 2013. París, Francia.

Cour de cassation, Chambre commerciale. (2014). Cassation civile 13-15.516 del 13 de mayo de 2014. No publicado en el Boletín Oficial. [SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Delvolvé, SCP Yves et Blaise Capron]. París, Francia.

Cour de Cassation. Chambre civile 3. (2016). Cassation civile 15-26.226 del 24 de noviembre de 2016. No publicado en el Boletín Oficial. [Mme Le Boursicot]. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 3. (2021). Cassation civile 20-10.947 del 25 de marzo de 2021. Boletín Oficial No. 156 [M. Chauvin]. París, Francia.

Cour de cassation. Chambre civile 3. (2021). Cassation civile 20-13.341 del 25 de marzo de 2021 Boletín Oficial No. 18. [Mme Martinel]. París, Francia .

Cour de cassation. Chambre criminelle. (2010). Cassation criminelle 09-87.385 del 5 de octubre de 2010. No publicado en el Boletín Oficial. [Mme Radenne]. París , Francia.

Cour de cassation. Chambre criminelle. (2019). Cassation criminelle 18-82.877 del 28 de mayo de 2019. No publicado en el Boletín Oficial. [SCP Ghestin]. París, Francia .

Cour de cassation. Chambre criminelle. (s.f.). Cassation criminelle 18-82.605 del 24 de septiembre 2019. No publicado en el Boletín Oficial. [SCP Gaschignard, SCP L. Poulet-Odent]. 2019. París, Francia .