



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE DOCTORADO

La pérdida de chance como elemento
en el derecho de daños

Tesista: María Isabel Wigg Sotomayor
Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci

Mendoza

2025



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE DOCTORADO

La pérdida de chance como elemento
en el derecho de daños

Tesista: María Isabel Wigg Sotomayor
Directora: Aída Kemelmajer de Carlucci

Mendoza

2025

A mis hijos, por esperarme con abrazos.
A Cristián, mi compañero de vida, motor incansable de este camino.

Índice de contenidos

Introducción.....	1
1. Justificación de la investigación	5
2. Hipótesis	6
3. Objetivo general.....	7
4. Objetivos específicos.....	7
5. Estructura de trabajo	8
6. Metodología	9
7. Algunas prevenciones necesarias	10
8. Algunas cuestiones sobre la expresión “pérdida de chance”	11
8.1. Etimología	11
8.2. Chance, chances u oportunidad	13
8.3. Última advertencia.....	14
Capítulo I: Consideraciones preliminares en relación con la pérdida de la chance	16
1. Origen	16
1.1. Francia	17
1.2. El derecho anglosajón.....	22
1.3. Su recepción en el ordenamiento jurídico argentino	23
1.4. Su recepción pretoriana en Chile.....	25
2. Concepto	28
2.1. Juristas franceses	29
2.2. Juristas españoles.....	39
2.3. Autores argentinos.....	43
2.4. Doctrina chilena.....	50

2.5.	La pérdida de la chance en el CCyC argentino	58
3.	Contornos de las oportunidades perdidas.....	63
3.1.	Incertidumbre causal entre el hecho ilícito y el resultado final.....	64
3.2.	Relación causal adecuada entre el hecho ilícito y la pérdida de la oportunidad	67
3.3.	Existencia de una situación aleatoria identificada y circunscrita ...	73
3.4.	Pérdida de una oportunidad, esto es, un evento favorable o evitación de un riesgo	79
3.5.	Pérdida definitiva de la oportunidad de materialización del evento favorable	97
4.	Conclusiones del capítulo.....	99
	<i>Capítulo II: Entre el daño y la causalidad. La dicotomía de la pérdida de la chance</i>	<i>102</i>
1.	Aspectos generales	102
2.	El punto de partida: la incertidumbre en la pérdida de las oportunidades.....	103
2.1.	La incertidumbre como condición esencial	104
2.2.	La dualidad doctrinal en torno a la incertidumbre.....	106
3.	Reconocimiento de la pérdida de chance como daño	107
3.1.	La pérdida de la chance como un daño específico, diferente del resultado final	108
3.2.	El concepto jurídico de daño y la pérdida de la chance.....	114
3.3.	El interés legítimo y la pérdida de chance	119
3.4.	La teoría de la distinción conceptual	127
4.	La chance y la relación de causalidad.....	135

4.1.	La pérdida de la chance: un análisis crítico sobre su viabilidad como perjuicio indemnizable	136
4.2.	El argumento de la falta de nexo de causalidad.....	139
4.3.	El caso de la responsabilidad civil médica	142
4.4.	La pérdida de la oportunidad como técnica de facilitación probatoria 148	
4.5.	La pérdida de la chance: un caso de responsabilidad proporcional 154	
5.	Quimera de causalidad.....	165
6.	Conclusiones parciales	166
	<i>Capítulo III: La pérdida de la chance como un daño autónomo</i>	<i>169</i>
1.	Pérdida de la chance: daño actual o futuro.....	169
1.1.	Daño cierto y temporalidad	169
1.2.	Postura que considera que la chance es un daño futuro	171
1.3.	La pérdida de chance es un daño actual	172
2.	Pérdida de chance y daño patrimonial	174
2.1.	Daño emergente y pérdida de la chance	177
2.2.	Lucro cesante y pérdida de la chance	180
3.	Daño moral y pérdida de la chance.....	190
3.1.	Posición doctrinaria a favor	190
3.2.	Posición en contra de la pérdida de la chance como daño moral .	192
3.3.	Teoría de la comunicabilidad	194
4.	Breve referencia a la diferencia entre el proyecto de vida y la pérdida de la chance	197
5.	Pérdida de la chance, un daño autónomo.....	200

5.1.	Planteamiento del problema	200
5.2.	¿Puede reconocerse un rubro indemnizatorio autónomo?	202
5.3.	Daño dependiente del resultado final	206
6.	Conclusiones preliminares	208
Capítulo IV: Hipótesis de aplicación		213
I.	El azar decisional o subjetivo	214
1.	El azar decisional de la víctima	214
1.1.	La falta de consentimiento informado en el ámbito médico	215
1.2.	Otros casos de falta de información	234
2.	El azar decisional de un tercero	238
3.	Algunas reflexiones finales en torno al azar decisional	279
II.	El azar contextual u objetivo	280
1.	El azar no está relacionado con la víctima	281
2.	El azar está relacionado con la víctima	360
3.	Algunas reflexiones finales en torno al azar contextual	420
III.	Azar mixto	423
1.	El caso de la compensación económica en el ámbito de las relaciones conyugales (o convivenciales), ¿constituye una oportunidad perdida?	423
2.	Pérdida de oportunidad laboral, de desarrollo profesional y en el ámbito deportivo	440
3.	Algunas reflexiones finales en torno al azar mixto	457
Conclusiones del capítulo		460
Capítulo V: La cuantificación del daño por pérdida de la chance		463
Primera Parte: Fundamentos generales de la cuantificación		463

1. La indemnización del daño autónomo: chance no es resultado, aunque se relacionen	463
2. Cuantificación de la chance como bien jurídico propio	465
3. ¿Es suficiente el prudente arbitrio judicial?	466
4. El rol del juez en la cuantificación: valoración prudente y fundamentación racional	468
5. Parámetros generales de cuantificación	470
6. Los métodos auxiliares de cuantificación	473
6.1. La probabilidad matemática: Ley de Laplace.....	474
6.2. La probabilidad estadística	476
6.3. Probabilidad epistémica y el aporte de la teoría de Bayes	478
6.4. Probabilidad lógica-racional: el aporte de Keynes en la estimación de la chance	480
6.5. La integración de los métodos: un camino para cuantificar la chance	482
7. Reflexiones de esta sección.....	484
<i>Segunda Parte: Cuantificación en las hipótesis de aplicación.....</i>	<i>487</i>
1. Pérdida de la chance de curación y sobrevida	488
2. Pérdida de oportunidad procesal.....	499
3. Pérdida de chance por exclusión en procesos de adjudicación	512
4. Pérdida de oportunidad derivada de juegos de azar	521
5. Pérdida de chance por falta de reconocimiento filial	522
6. Pérdida de chance de ayuda futura de los hijos	531
7. Pérdida de oportunidad laboral, de desarrollo profesional y deportivo	536

8. Prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal	545
9. Pérdida de chance económica por incumplimiento contractual	551
10. Reflexiones de esta sección	560
<i>Conclusiones finales</i>.....	563
<i>Bibliografía</i>	569
<i>Normas</i>	587
<i>Jurisprudencia</i>	589

Introducción

“Hay probabilidad de que si te pones debajo de un árbol te caiga un limón.”

Sócrates

Algunos daños afectan bienes tangibles, mientras que otros impactan expectativas que una conducta ha frustrado. Frente a estas nuevas manifestaciones del perjuicio, el derecho ha debido ampliar su tutela a formas de afectación patrimonial y extrapatrimonial que durante mucho tiempo permanecieron fuera de su radio de protección. En este proceso, la pérdida de chance ha ido adquiriendo una relevancia singular. Se trata de aquellos supuestos en los que un hecho perjudicial priva a la víctima de una probabilidad razonablemente fundada de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio.

Sin lugar a duda, el reconocimiento de estos nuevos perjuicios es coherente con el principio de reparación plena y con el moderno derecho de daños. No se trata de resarcir algo que no existe, sino de indemnizar daños reales que, hasta hoy, no eran suficientemente reconocidos.

A diferencia de otros supuestos indemnizatorios, en este caso no se repara el resultado, sino la pérdida de una probabilidad de haber alcanzado una situación que habría beneficiado a la víctima. Pero no toda incertidumbre adquiere relevancia jurídica: Solo aquella que se apoya en antecedentes serios permite considerar la oportunidad como jurídicamente tutelable. El objeto protegido es, en definitiva, un interés legítimo que, aun sometido al azar, merece tutela jurídica.

El proceso de incorporar la incertidumbre en el ámbito de la responsabilidad civil ha sido complejo. Históricamente, el derecho ha tendido a construir sus categorías sobre certezas, mostrando una resistencia persistente a aceptar manifestaciones jurídicas de la aleatoriedad¹. El derecho y el azar son, por naturaleza, conceptos difícilmente compatibles. Mientras el derecho busca organizar las relaciones sociales sobre bases de previsibilidad y certeza, el azar introduce un componente de incertidumbre que desafía

¹ Bénabent (2014), prólogo de Jean Carbonnier, p. XV.

esa aspiración organizadora². Esta desconfianza ha llevado a marginar fenómenos como el juego o la apuesta, relegándolos fuera del campo del derecho o calificándolos de inmorales. Siguiendo esta lógica, algunos incluso cuestionan la herencia, viéndola como una asignación fortuita de bienes, una especie de lotería biológica que distribuye patrimonios sin considerar el mérito individual, llegando a plantear la posibilidad de neutralizar la transmisión genética mediante intervenciones científicas en posiciones extremas³.

En esa evolución, como señala Bénabent, el derecho ha transitado desde un inicial rechazo absoluto del azar hacia un esfuerzo por domesticarlo, incorporando los avances de la teoría de las probabilidades como herramienta auxiliar. Aunque el azar puro permanece inasible para el derecho, la probabilidad permite agrupar, medir y controlar fenómenos aleatorios, facilitando su incorporación al ámbito jurídico. Así, aunque el derecho sigue siendo una disciplina sedienta de certezas, ha tenido que aceptar que, en múltiples situaciones, lo que jurídicamente se puede tutelar no es el resultado cierto, sino la probabilidad seria de obtenerlo⁴. En este contexto, la pérdida de chance ha emergido, en buena medida, como respuesta a una creciente demanda social de reparación frente a los caprichos de la fortuna. El derecho, aun en su pretensión de certeza, se ve impelido a ofrecer soluciones razonables cuando el daño no recae sobre el resultado cierto, sino sobre la probabilidad seria de alcanzarlo⁵.

La pérdida de chance no elimina el azar, pero permite al derecho tenerlo en cuenta en forma de una probabilidad jurídicamente valorable. El juez no ignora la esperanza frustrada por ser eventual, ni la transforma en certeza, sino que la aborda tal como es: una situación de probabilidades⁶. Por ello, el instituto permite dar una respuesta razonable a aquellos casos en los que la incertidumbre no puede suprimirse, pero sí ponderarse de manera objetiva.

Así lo demuestran, por ejemplo, los casos de frustración de oportunidades de progreso laboral, incumplimiento contractual o la pérdida de chance de curación y sobrevida. En todos ellos, lo que se indemniza no es el resultado definitivo, sino la probabilidad fundada de haber alcanzado un mejor resultado; y esa pérdida, cuando es

² Minet (2014), prólogo de Bertrand Seiller, V.

³ Bénabent (2014), prólogo de Jean Carbonnier, p. XV.

⁴ Bénabent (2014) prólogo de Jean Carbonnier, p. XIV.

⁵ Minet (2014), prólogo de Bertrand Seiller, VI.

⁶ Minet (2014), p. 3.

consecuencia de una conducta antijurídica, constituye un daño autónomo que el derecho no puede ignorar.

En términos generales⁷, la pérdida de una oportunidad puede definirse como la “frustración de la posibilidad de obtener un provecho, ganancia o beneficio esperado, o de evitar un perjuicio”⁸. No obstante, la claridad aparente de su formulación conceptual, su aplicación práctica plantea diversas dificultades. No siempre resulta sencillo establecer si lo que ha sido frustrado constituye una probabilidad jurídicamente atendible o si, por el contrario, solo se trata de una expectativa meramente subjetiva, situada fuera del ámbito resarcible. La valoración de los antecedentes de cada caso, la reconstrucción de los escenarios contrafácticos y la inevitable presencia del azar imponen al juez un análisis particularmente cuidadoso. La incertidumbre en el campo de la responsabilidad civil desafía así los parámetros tradicionales de daño y causalidad, históricamente sometidos a un estándar de certeza⁹. De ahí derivan muchas de las controversias doctrinarias y jurisprudenciales que la figura continúa suscitando.

Gran parte de estas dificultades obedecen, entonces, a la complejidad inherente a su objeto de tutela. Se ha afirmado, con razón, que la pérdida de chance es uno de los conceptos más ambiguos e indeterminados del ámbito jurídico¹⁰. Esta indefinición ha dado lugar a interpretaciones dispares y, en ocasiones, a pronunciamientos judiciales que, en la práctica, vacían de contenido la figura, reduciéndola a indemnizaciones simbólicas que no contribuyen al principio de reparación plena. Además, la incertidumbre inherente a esta ha dado lugar a confusiones con meras esperanzas y ha propiciado una expansión que compromete su coherencia.

Así surge la primera cuestión: ¿cómo determinar aquello que, dentro de lo que no ocurrió, merece tutela jurídica? La respuesta exige constatar la existencia de antecedentes objetivos que sustenten la probabilidad frustrada, verificar su nexo directo con el hecho dañoso y constatar un grado suficiente de probabilidad de que, de no mediar el ilícito, el beneficio se habría obtenido o el perjuicio evitado.

El análisis, sin embargo, no se limita a la delimitación de sus presupuestos. Un aspecto particularmente debatido es su ubicación sistemática dentro del régimen de la

⁷ Advierto al lector, que este solo es un primer acercamiento, ya que en el capítulo I, se profundizará en su definición.

⁸ Galdós (2021), p. 319.

⁹ Minet (2014), p. 3.

¹⁰ López Mesa (2008).

responsabilidad civil. Mientras la corriente mayoritaria —a la que me adhiero, como explico a lo largo de este trabajo— la concibe como un daño autónomo, existen posturas que la vinculan a la causalidad y la proponen como una herramienta de flexibilización probatoria ante la incertidumbre causal. Aunque esta última perspectiva busca facilitar la prueba, termina por desdibujar los contornos conceptuales de la figura y compromete su coherencia sistemática. La pérdida de oportunidad constituye, en definitiva, un perjuicio autónomo reparable.

La cuantificación del daño, a su vez, plantea dificultades importantes. Se han propuesto diversos métodos para estimarla: cálculos estadísticos, inferencias lógicas y estimaciones prudenciales judiciales. Cada uno de ellos ofrece herramientas útiles, aunque no exentas de márgenes de discrecionalidad que exigen un ejercicio particularmente cuidadoso. La cuantificación requiere prudencia y equilibrio, evitando tanto la confusión entre la indemnización de la chance y la reparación del resultado final como su reducción a sumas simbólicas que, en la práctica, equivalen a desconocer el daño. Como se ha dicho acertadamente, las indemnizaciones simbólicas “equivalen a dar y no dar; a reconocer, en lo meramente formal, y a negar en lo sustancial”¹¹.

Las manifestaciones de la pérdida de la oportunidad se verifican en diversos ámbitos. Se dan en la responsabilidad médica, cuando se frustra una expectativa razonable de curación y sobrevida; en el ámbito laboral, ante la privación de un ascenso o ingreso fundado; en los procesos de licitación, cuando se excluye indebidamente a un licitador; en las trayectorias profesionales o deportivas, cuando se interrumpe un desarrollo positivo; en el ejercicio profesional, frente a negligencias de abogados; y en determinados supuestos contractuales. Cada una de estas hipótesis presenta particularidades que imposibilitan una aplicación uniforme de los criterios de prueba y cuantificación, por lo que es necesario adaptarlos a las características de cada caso.

En todos estos supuestos, el componente azaroso subyacente permanece como un dato insoslayable. Aunque en ocasiones se percibe como un elemento ajeno o incluso incompatible con la lógica jurídica, es esa misma incertidumbre la que justifica la necesidad de regulación. El derecho, aun en su pretensión de certeza, se enfrenta permanentemente a lo probable, a lo que pudo haber sucedido y no ocurrió, y a las consecuencias jurídicas de su frustración. La pérdida de chance constituye, en suma, una

¹¹ Mosset Iturraspe (1980), p. 77.

expresión paradigmática de cómo el derecho debe enfrentar aquellas situaciones en que el daño recae, no sobre lo efectivamente acontecido, sino sobre aquello que tenía probabilidades razonables de acontecer.

1. Justificación de la investigación

Aunque la pérdida de chance ha recibido un reconocimiento expreso en Argentina desde su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, en Chile su recepción ha sido más reciente y por el momento, se ha limitado al ámbito jurisprudencial. Esta diferencia en el desarrollo normativo fue, precisamente, lo que despertó mi interés inicial por el tema. Me propuse observar cómo un mismo instituto puede encontrarse en distintas etapas de consolidación dependiendo del sistema jurídico de que se trate.

El escenario argentino ofrecía un modelo más avanzado, tanto por su incorporación normativa como por el amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha acompañado su regulación legal. Esa abundancia de estudios parecía haber permitido resolver, al menos inicialmente, los aspectos más controvertidos de la figura. Por el contrario, la experiencia chilena presentaba un terreno todavía en formación, en el que las primeras aproximaciones judiciales, si bien reconocen su procedencia, todavía enfrentan dificultades para delimitar conceptualmente sus presupuestos y, especialmente, para determinar los criterios de cuantificación.

Sin embargo, a medida que profundicé en el análisis, constaté que incluso en el derecho argentino subsisten zonas de incertidumbre: desde la naturaleza autónoma o causal de la chance hasta los estándares probatorios exigibles y los métodos más adecuados para su cuantificación. Estas constataciones hicieron que el objeto de mi investigación se desplazara hacia un análisis más integral, en el que la comparación entre ambos sistemas no solo respondía al contraste de grados de desarrollo normativo, sino también a la identificación de problemas estructurales subyacentes a la propia figura, con independencia del sistema jurídico que la reciba.

En definitiva, los desafíos dogmáticos que plantea la pérdida de chance no solo derivan del grado de reconocimiento normativo alcanzado en cada ordenamiento, sino que responden en gran medida a las tensiones estructurales que genera la incertidumbre

en el campo del derecho de daños, tradicionalmente cimentado sobre parámetros de certeza tanto en la configuración del perjuicio como en la verificación del nexo causal.

Esta dinámica comparativa, lejos de limitarse a un ejercicio descriptivo, me permitió advertir que los problemas de fondo son, en buena medida, comunes, aunque se manifiesten en planos y dimensiones distintas. El verdadero núcleo de dificultad radica en cómo el derecho debe responder frente a daños que no se producen sobre lo efectivamente acontecido, sino sobre la probabilidad frustrada de que un resultado favorable hubiera podido producirse de no mediar la conducta antijurídica.

Así, este trabajo pretende contribuir al desarrollo ordenado y sistemático de la figura, ofreciendo una reconstrucción dogmática que precise sus contornos conceptuales, sistematice sus requisitos de procedencia y proponga orientaciones útiles para el debate doctrinario y la actividad judicial. La pérdida de chance exige, en suma, un esfuerzo de depuración conceptual que permita racionalizar los parámetros según los cuales el derecho puede, legítimamente, tener en cuenta el azar como objeto de tutela jurídica.

2. Hipótesis

Este trabajo parte de la premisa de que la pérdida de chance constituye un daño autónomo dentro del sistema de responsabilidad civil, distinto de las categorías tradicionales de daño. Su adecuada delimitación exige precisar los elementos que la configuran para diferenciarla nítidamente de las meras expectativas o simples esperanzas y establecer parámetros que orienten su reconocimiento, configuración y cuantificación.

Sostengo que la reparación de la chance requiere, la aplicación de criterios prudenciales de ponderación que permitan asignar a la probabilidad frustrada un valor económico razonable acorde a su entidad real. Es indispensable evitar, por un lado, que la indemnización termine asimilándose impropiamente a la reparación del resultado final frustrado y, por otro, que derive en compensaciones puramente simbólicas¹² que, en definitiva, vacían de contenido el principio de reparación plena que inspira el derecho de daños.

¹² Las denominadas indemnizaciones simbólicas, ha sido uno de los temas que ha llevado a muchos autores a oponerse a la aplicación de esta figura. En este sentido el mismo: Savatier (1970).

Al mismo tiempo, propongo que las diversas hipótesis de aplicación de la pérdida de chance exigen un ajuste casuístico de sus requisitos de procedencia, de los estándares probatorios y de los métodos de cuantificación aplicables, de modo que la respuesta jurídica preserve su coherencia interna y se adapte a las particularidades de cada supuesto.

El análisis comparado de las experiencias de Argentina y Chile permite advertir que, más allá de las diferencias de grado en su desarrollo normativo, ambos ordenamientos enfrentan incertidumbres conceptuales y dificultades metodológicas coincidentes, lo que confirma la necesidad de construir un marco dogmático sistemático, ordenado y operativo para su adecuada configuración, delimitación y tratamiento judicial.

3. Objetivo general

Este trabajo tiene por objeto analizar la pérdida de chance como una figura autónoma dentro del sistema de responsabilidad civil, examinando sus fundamentos conceptuales, los presupuestos que determinan su configuración, los criterios aplicables para su cuantificación y las diversas hipótesis concretas de aplicación en las que se presenta, a partir de un análisis sistemático y comparado de las experiencias desarrolladas en los ordenamientos argentino y chileno.

4. Objetivos específicos

Para ello, me propongo:

1. Examinar los fundamentos que permiten concebir la pérdida de chance como una figura autónoma dentro de la responsabilidad civil, diferenciándola de otras categorías indemnizatorias.
2. Delimitar los presupuestos que condicionan su procedencia, particularmente en lo que respecta al grado de probabilidad exigible, los antecedentes objetivos que la sustentan y la relación causal con el hecho dañoso.
3. Analizar los métodos de cuantificación propuestos para valorar el daño por pérdida de chance, considerando tanto sus posibilidades de aplicación como sus

limitaciones y destacando la necesidad de ponderaciones prudentiales que reflejen con realismo el valor económico de la probabilidad frustrada.

4. Sistematizar las principales hipótesis de aplicación en las que se verifica la pérdida de chance, teniendo en cuenta las especificidades dogmáticas y probatorias de cada uno de estos supuestos.
5. Comparar el desarrollo que la figura ha tenido en los ordenamientos argentino y chileno, identificando los puntos de coincidencia y divergencia que ofrece cada experiencia, con el propósito de contribuir a la construcción de un marco dogmático coherente, estructurado y funcional que facilite su aplicación práctica.

5. Estructura de trabajo

Con el fin de desarrollar de manera sistemática las cuestiones que plantea la pérdida de chance dentro de la responsabilidad civil, el trabajo se estructura en cinco capítulos, cada uno de los cuales aborda aspectos centrales y complementarios de dicha figura.

El primer capítulo presenta las consideraciones preliminares necesarias para situar el objeto de estudio. En él se exponen los antecedentes históricos y doctrinarios que dieron origen al instituto, su evolución jurisprudencial en distintos sistemas jurídicos y su recepción normativa en los derechos argentino y chileno. Este marco introductorio permite delimitar el contexto general en el que se inscribe el debate actual y justificar la necesidad de un enfoque dogmático, sistemático y comparado.

El segundo capítulo aborda la cuestión dogmática relacionada con la ubicación de la pérdida de chance dentro del sistema general de responsabilidad civil. En este apartado se examina la disyuntiva existente entre las posturas que la conciben como un daño autónomo y aquellas que la vinculan a la causalidad. Este análisis es fundamental para delimitar su naturaleza jurídica, sus características y sus consecuencias operativas.

El tercer capítulo desarrolla los fundamentos que sustentan su autonomía conceptual como daño resarcible. Se sistematizan los elementos que la conforman, diferenciándola de otras categorías de daño y clarificando los presupuestos que condicionan su procedencia: el grado de probabilidad exigible, los antecedentes objetivos que la sustentan, el estándar de prueba aplicable y la relación causal con el hecho dañoso.

El cuarto capítulo examina las principales hipótesis de aplicación en las que se verifica la pérdida de chance. A partir de una clasificación sistemática, analizo los distintos escenarios en los que interviene el componente azaroso y en cada uno de estos contextos, las particularidades dogmáticas y probatorias que plantea, así como sus implicaciones para la configuración y delimitación del instituto.

Finalmente, el quinto capítulo se dedica al análisis de los problemas que suscita la cuantificación del daño por pérdida de chance. En una primera sección, se abordan los fundamentos generales que orientan la valoración económica de la probabilidad frustrada, subrayando la necesidad de criterios prudenciales, razonables y proporcionados que reflejen con fidelidad la entidad real del perjuicio indemnizable. En una segunda sección, se examinan los criterios específicos aplicables según las características de cada hipótesis de aplicación, teniendo especialmente en cuenta las dificultades metodológicas y probatorias que presenta la determinación cuantitativa de la indemnización en este tipo de daño.

6. Metodología

El objeto de este trabajo ha exigido, desde el principio, una aproximación jurídica estrictamente dogmática. La pérdida de chance, como figura dentro del derecho de daños, es predominantemente conceptual, aunque se nutre de fuentes empíricas, especialmente la jurisprudencia. Para su análisis, es necesario reconstruir sus fundamentos, precisar sus contornos y ordenar sus elementos constitutivos de manera sistemática, de modo que la categoría quede debidamente diferenciada de otras figuras indemnizatorias y se dote de parámetros aplicables en su operatividad práctica.

El trabajo se ha basado en el análisis de las fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales disponibles, pero sin limitarse a recopilarlas. El esfuerzo central ha estado orientado a realizar una lectura crítica de dichas fuentes para identificar las ideas que permiten depurar el núcleo dogmático de la figura, clarificar sus presupuestos de procedencia y establecer criterios razonables para su cuantificación. En este sentido, el método utilizado no ha sido simplemente expositivo, sino de elaboración conceptual: examinar los problemas, reconocer las aportaciones de cada corriente y organizar un

marco interpretativo que otorgue seguridad y coherencia a la aplicación de la pérdida de chance dentro del sistema de responsabilidad civil.

Al tratarse de un instituto que ha tenido un desarrollo dispar en los diferentes ordenamientos, he recurrido al análisis comparado de las experiencias de Argentina y Chile. Sin embargo, este ejercicio comparativo no ha tenido como objetivo establecer paralelismos formales, sino identificar los núcleos problemáticos comunes a ambos sistemas y valorar cómo la doctrina y la jurisprudencia de cada país han intentado resolverlos. La comparación ha servido, en definitiva, como herramienta para poner de relieve los desafíos estructurales que presenta la figura, con independencia de los grados de consolidación normativa que pueda tener en uno u otro sistema.

El método ha sido progresivo. En primer lugar, ha sido necesario detenerse en la configuración general de la figura, examinando su fundamento, su naturaleza autónoma y los debates doctrinarios que aún la atraviesan. Luego, el análisis se ha proyectado sobre las distintas hipótesis concretas de aplicación, en que la pérdida de chance adquiere manifestaciones particulares que exigen ajustes en los criterios de procedencia y prueba. Finalmente, se ha abordado la cuestión de su cuantificación, reconociendo las dificultades que plantea valorar económicamente un daño que, por definición, recae sobre lo probable y no sobre lo cierto.

En todo este proceso, el objetivo ha sido mantener una línea de razonamiento clara y coherente, procurando que cada tramo del análisis prepare y justifique el siguiente. Así entendido, el trabajo metodológico ha consistido en ordenar los problemas, exponer los puntos de fricción y construir, desde la reflexión crítica, un esquema que permita comprender y aplicar con mayor seguridad esta figura dentro del derecho de daños.

7. Algunas prevenciones necesarias

Antes de avanzar en el análisis, conviene aclarar algunas precisiones sobre los términos empleados en las legislaciones de Chile y Argentina en relación con los daños resarcibles. Aunque, a primera vista, las categorías en algunos casos, pueden parecer distintas, muchas diferencias son terminológicas más que aplicativas.

En el derecho argentino, los daños comprenden los perjuicios o lesiones sufridos en bienes, derechos o personas. La clasificación distingue entre consecuencias inmediatas, que son aquellas que se producen conforme al curso ordinario de los acontecimientos, consecuencias mediatas previsibles, es decir, las que, aun alterando ese curso, pueden anticiparse razonablemente y consecuencias casuales, que escapan a toda previsión razonable.

En el derecho chileno, en cambio, la nomenclatura se refiere a daños directos e indirectos. Los primeros constituyen la consecuencia inmediata y necesaria del hecho ilícito y se distinguen entre previsibles e imprevisibles, según si las partes pudieron o no anticiparlos. Los daños indirectos, en cambio, no tienen un nexo causal directo y necesario con el hecho ilícito, por lo que no son indemnizables.

También hay diferencias en la forma en que ambos ordenamientos estructuran la responsabilidad frente a estas categorías. En Argentina, tras la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en 2015, se unificaron los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual. Dentro de este marco, la responsabilidad comprende las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, quedando en principio excluidas las consecuencias casuales, a menos que el autor del ilícito las haya asumido expresamente.

En Chile, por su parte, la responsabilidad extracontractual abarca todo daño, salvo los indirectos, precisamente por su falta de vínculo causal con el hecho ilícito. En materia contractual, la responsabilidad se limita a los daños directos previstos, excluyéndose los imprevistos, salvo que se actúe con dolo, como dispone el artículo 1558 del Código Civil.

8. Algunas cuestiones sobre la expresión “pérdida de chance”

8.1. Etimología

La palabra chance proviene del francés y en este idioma mantiene su sentido original de contingencia, eventualidad o azar. Etimológicamente, remite al latín *cadentia*, derivado de *cadere*, «caer», y evoca así la imagen de los dados lanzados: el resultado incierto de

un proceso que escapa al control humano, pero que, dentro de su indeterminación, contiene un conjunto de alternativas posibles¹³.

Este vínculo con el juego de los dados no es exclusivo de la palabra chance. Voces como *azar* (del árabe *zahr*) y *alea* (del latín) comparten esa misma raíz cultural, en la que lo incierto se asocia a lo fortuito e imprevisible¹⁴.

Según refiere Guillermo de Tiro, el juego de dados, cuya raíz etimológica está relacionada con la noción de chance, habría sido inventado por los cruzados durante el sitio de la fortaleza de Hasart, en Siria. Tener una oportunidad, en este sentido, es siempre el resultado aleatorio de un proceso que se desarrolla bajo el signo del azar. La pérdida de la oportunidad significa, por lo tanto, la interrupción de ese proceso incierto. Tras el azar, esta ausencia de causa conocida puede remitir indistintamente a lo divino, al destino, a la suerte o a la desgracia¹⁵.

Con el tiempo, el pensamiento científico fue limitando progresivamente el ámbito reservado al misterio. El desarrollo de la teoría de la probabilidad, impulsado por los trabajos fundantes de Pascal, Fermat, Bernoulli y Laplace, permitió introducir razonamientos cuantificables allí donde antes reinaba la mera incertidumbre. Lo probable dejó de ser un enigma insondable para transformarse en objeto de cálculo. Desde entonces, el análisis racional de los eventos inciertos ha encontrado en la estadística, la inferencia lógica y el cálculo probabilístico herramientas que permiten asignar grados de probabilidad a lo que pudo haber ocurrido¹⁶.

En su evolución histórica, la pérdida de oportunidad como daño reparable comienza a perfilarse hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX, inicialmente en el ámbito contractual, para los supuestos en los que, por causa de un incumplimiento, se frustraba la probabilidad de obtener un resultado favorable en procesos judiciales o concursos¹⁷.

El derecho de daños, luego, fue progresivamente incorporando esta noción a su lenguaje técnico. No para abarcar cualquier expectativa frustrada, sino para referirse a aquella oportunidad concreta, objetivamente fundada, cuya pérdida, como consecuencia

¹³ Medina Alcoz (2007), p. 60.

¹⁴ Vitale (2020), p. 3

¹⁵ Sintez (2009), p.1

¹⁶ Vitale (2020), pp. 2-3.

¹⁷ Garcés-Garro Ranz (2010), p. 36.

directa de un hecho dañoso, constituye un perjuicio jurídicamente atendible. Lo que interesa proteger no es la ilusión ni el mero deseo de alcanzar un resultado, sino la probabilidad razonable de que ese resultado hubiera podido concretarse.

Por esta razón, la expresión chance ha terminado por adquirir plena “carta de ciudadanía”¹⁸ en el lenguaje jurídico contemporáneo, incluso en la doctrina y jurisprudencia hispanoamericanas. Su empleo, sin necesidad de traducción, permite designar con precisión una categoría técnica que no solo remite a su raíz semántica, sino, sobre todo, al concepto jurídico que aquí interesa: la privación de una probabilidad concreta, revestida de seriedad y verosimilitud, que autoriza su reconocimiento como daño resarcible.

8.2. Chance, chances u oportunidad

En la doctrina especializada no existe uniformidad absoluta respecto al empleo del singular o del plural al referirse a esta figura. Si bien suele hablarse mayoritariamente de pérdida de chance (en singular), algunos autores utilizan el plural pérdida de chances¹⁹, considerando que, en determinados supuestos, la víctima no pierde una única oportunidad, sino un conjunto de probabilidades diversas.

Es cierto que, en algunos contextos, como por ejemplo, en concursos laborales, procesos licitatorios o trayectorias deportivas, la privación de la oportunidad puede abarcar varios cursos de acción potencialmente beneficiosos. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica estricta, lo indemnizable no es un universo abierto de desenlaces hipotéticos, sino la privación de una probabilidad concreta, objetivamente fundada y verificable, que es susceptible de valoración. Aunque los escenarios futuros puedan haber sido más de uno, lo que se indemniza es la supresión de una chance precisa, apreciable en función de los antecedentes existentes en el momento del hecho dañoso. Es decir, el núcleo resarcible no está dado por la pluralidad de posibles desenlaces, sino por la privación de ese curso de acontecimientos probable que el hecho dañoso interrumpió.

Por estas razones, en el presente trabajo opto deliberadamente por utilizar la expresión pérdida de chance en singular, ya que refleja con mayor precisión el objeto

¹⁸ Mayo (2008), p. 166.

¹⁹ Ver la explicación de porque se opta por chances en plural en Vitale (2020), pp. 14-16.

técnico-jurídico de protección: la supresión de una probabilidad real, seria y determinada, sin extender la figura hacia una multiplicidad especulativa de alternativas.

Superada esta primera precisión, corresponde abordar una segunda cuestión terminológica: si resulta más adecuado hablar de chance o de oportunidad. Algunos autores han preferido emplear el término «pérdida de oportunidad», subrayando que engloba tanto la probabilidad de obtener un beneficio como la de evitar un perjuicio²⁰. Según esta postura, la oportunidad integraría ambas dimensiones: la expectativa de ganancia y la evitación de un perjuicio, capturando así el doble aspecto que, en ocasiones, puede presentar el instituto.

En este trabajo, sin embargo, he utilizado indistintamente ambas voces, ya que considero que en el fondo, ambas expresiones remiten a un mismo fenómeno jurídico: la privación de una probabilidad real y seria cualquiera que sea su signo —positivo o negativo—, siempre que reúna los requisitos de seriedad, objetividad y entidad que la doctrina exige.

Como bien señala Mémeteau:

“En realidad, agravar o crear un riesgo es lo mismo que reducir las oportunidades; las oportunidades y los riesgos ilustran dos caras de una misma moneda. Solo que la presentación es más astuta, ya que no se elude la constatación de la causalidad. El riesgo creado se ha convertido en la nueva envoltura del mismo perjuicio, la pérdida de oportunidad. El artificio, en todo caso, sigue siendo incidental”²¹.

Por estas razones, y manteniendo un criterio de coherencia conceptual a lo largo de este trabajo, emplearé la expresión pérdida de chance como denominación técnica unificada de la figura, sin perjuicio de reconocer que, en términos sustantivos, las distintas denominaciones no alteran su esencia jurídica.

8.3. Última advertencia

Antes de concluir esta introducción, es preciso formular una última advertencia metodológica que guiará esta tesis. Se trata de una distinción conceptual que, aunque

²⁰ Ver al respecto a Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), pp. 43 y ss.

²¹ Mémeteau (1986), p. 149.

pueda parecer menor, es decisiva para la configuración dogmática de la figura. Me refiero a la necesidad de diferenciar con claridad entre el resultado final no alcanzado, es decir, aquello que la víctima aspiraba a obtener o evitar, y el daño por pérdida de oportunidad en sí mismo.

Lo perdido no es el resultado concreto (el empleo, la cura, la sentencia favorable, el premio), sino la probabilidad real y fundada de haberlo obtenido. Esa probabilidad frustrada, cuando alcanza el umbral de seriedad exigido por el derecho, constituye por sí sola un daño autónomo, actual e indemnizable. Su resarcibilidad no depende de la realización efectiva del resultado final, sino de la constatación de que existía una oportunidad apreciable y de que esta se extinguió directamente a causa de una conducta imputable.

Por eso, en esta investigación he evitado conscientemente la expresión «daño final» para referirme al desenlace no alcanzado. En su lugar, he optado por la fórmula «resultado final» o «resultado esperado», con el fin de reservar la categoría de «daño» exclusivamente para la pérdida de la chance, que es el objeto de tutela que aquí estoy analizando. Esta opción no solo responde a razones de estilo o precisión terminológica, sino también al objetivo de evitar las confusiones que aún persisten tanto en la jurisprudencia como en cierta doctrina, en que se exige probar el resultado frustrado, lo que desvirtúa la lógica propia del instituto.

La pérdida de la oportunidad, tal como aquí se concibe, es un daño en sí mismo que reúne las condiciones necesarias para dar lugar a la reparación: es cierto (en tanto frustración de una probabilidad concreta), es jurídicamente relevante (porque afecta a intereses legítimos del perjudicado), es imputable a una conducta antijurídica y puede ser valorado económicamente conforme a criterios objetivos y prudenciales. Por lo tanto, su análisis no debe confundirse con el examen del resultado, que por definición permanece incierto.

Capítulo I: Consideraciones preliminares en relación con la pérdida de la chance

1. Origen

Toda figura jurídica tiene un punto de partida. En algunas ocasiones, ese origen responde a construcciones legislativas. En otros, como ocurre con la pérdida de chance, su nacimiento es producto del trabajo de los tribunales, que al enfrentarse a situaciones nuevas, debieron encontrar respuestas en algunos casos en los que las categorías tradicionales no eran suficientes. Así, la pérdida de oportunidad es, esencialmente, una creación jurisprudencial que, con el tiempo, ha ido ganando solidez dogmática y sistemática en el derecho de daños.

Su desarrollo histórico presenta un dato curioso: surgió casi en paralelo en sistemas jurídicos de tradiciones diferentes, tanto en el *civil law* como en el *common law*, sin que pueda hablarse de un verdadero influjo recíproco entre ellos. A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, tanto los tribunales franceses como los ingleses comenzaron, por caminos propios, a reconocer que también constituye un daño la frustración de probabilidades fundadas que, de no haberse alterado el curso de los hechos, podían haber conducido a resultados favorables para la víctima.

Comprender el modo en que la noción de azar ha sido progresivamente incorporada al ámbito de la responsabilidad civil requiere un breve recorrido por su evolución histórica. Solo así es posible advertir cómo, desde distintas tradiciones jurídicas, se ha ido reconociendo la existencia de daños vinculados no a certezas, sino a probabilidades frustradas. En primer término, examinaré las decisiones francesas que, por su relevancia doctrinal y su influencia en el derecho comparado, suelen considerarse fundacionales en esta materia (1.1). Luego, abordaré su recepción en el *common law*, donde, pese a ciertas resistencias, especialmente en el campo de la responsabilidad médica, la figura obtuvo temprana acogida en supuestos de pérdidas económicas (1.2). A continuación, analizaré su plena incorporación al derecho argentino (1.3), para concluir

con una revisión del desarrollo más reciente que la figura ha experimentado en la jurisprudencia chilena (1.4).

1.1. Francia

a. La sentencia de la Corte de Casación Francesa de 17 de julio de 1889

La teoría de la *perte d'une chance* en el *civil law* se originó en el derecho francés durante el último cuarto del siglo XIX. Tradicionalmente, su nacimiento se ubica en la sentencia de la Corte de Casación del 17 de julio de 1889²², aunque algunos autores señalan que razonamientos similares ya se podían encontrar en decisiones de primera instancia desde 1854²³.

Los hechos del caso de 1889 son los siguientes: un oficial de justicia²⁴ cometió una negligencia que provocó la nulidad de un acto de apelación, impidiendo así que el justiciable interpusiera dicho recurso. Como consecuencia, este perdió la oportunidad de cuestionar la sentencia dictada en primera instancia. El demandante solicitó una indemnización por daños y perjuicios, alegando que, de haberse tramitado la apelación, habría sido posible anular la decisión inicial y modificar su resultado.

El caso transitó por distintas instancias, cuyas decisiones fueron delineando los primeros contornos de la pérdida de oportunidad, aunque todavía sin emplear expresamente esta denominación. En 1886, el Tribunal Civil de Limoges examinó el recurso frustrado, evaluando directamente las probabilidades de éxito que habría tenido la apelación si hubiese sido válidamente presentada. Realizado ese examen, concluyó que la apelación habría prosperado y, por tanto, declaró la responsabilidad del oficial de justicia por el perjuicio sufrido por el justiciable.

Posteriormente, en 1888, la Corte de Apelación de Limoges confirmó la sentencia anterior. Destacó que era imprescindible analizar los méritos de la apelación para decidir

²² Cour de cassation, chambre des requêtes, 17/07/1889, Recueil Dalloz 1891, t. I, p. 381; Recueil Sirey 1891, I, p. 399.

²³ Vitale (2020), p. 24.

²⁴ En Francia existe una profesión independiente, denominada “*huissier*” que tienen funciones similares a los oficiales de justicia de Chile o la Argentina. He traducido como “oficial de justicia”, aunque la expresión no es totalmente exacta.

sobre la responsabilidad, ya que de ese resultado dependía la existencia misma del daño indemnizable. Por lo tanto, ratificó la condena al oficial de justicia.

Finalmente, en 1889, la Corte de Casación²⁵ consideró correcto el criterio adoptado por las instancias inferiores. Sostuvo que el examen de las probabilidades de éxito de la apelación frustrada constituía un paso necesario para determinar la existencia y el alcance del daño indemnizable. Así, dispuso que la responsabilidad del oficial de justicia debía evaluarse según el resultado que hipotéticamente habría tenido el recurso si hubiera sido tramitado, introduciendo de este modo, aunque de forma aún incipiente y sin aludir expresamente a la noción de oportunidad, un razonamiento que marcó el primer hito de lo que luego derivó en lo que hoy se conoce como pérdida de chance.

Sin embargo, la indemnización otorgada se basó en una lógica de todo o nada, sin tener en cuenta la incertidumbre inherente a este tipo de situaciones.

b. La sentencia de la Corte de Casación Francesa de 22 de marzo de 1899

En general, suele reconocerse que la sentencia de 1889 constituye el primer antecedente relevante de lo que, con el tiempo, se transformaría en la figura de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no todos los autores coinciden en atribuirle a ese fallo el punto de partida. Algunos sostienen que el razonamiento empleado en ese fallo no refleja aún la esencia de la figura, ya que el tribunal resolvió la cuestión recurriendo al esquema tradicional de causalidad contrafactual: indagó si el resultado habría sido distinto de haberse tramitado regularmente el recurso, indemnizándose el resultado final²⁶.

En realidad, según esta posición, la pérdida de oportunidad comenzaría a perfilarse cuando el propio análisis contrafactual se muestra insuficiente para dar respuesta a situaciones en las que el desenlace final nunca pudo conocerse con certeza, precisamente porque la conducta antijurídica impidió su desarrollo. En este caso no se trata de probar qué habría ocurrido, sino de valorar si la víctima fue privada de la probabilidad real de obtener un resultado favorable.

²⁵ Intervino la *chambre des requêtes* de la Corte de Casación francesa, que en esa época tenía competencia para examinar la admisibilidad de los recursos de casación y revisar determinadas decisiones en etapa preliminar. Esta sala fue suprimida en 1947 en el marco de la reorganización de la Corte.

²⁶ Méral (2024), p. 70.

Desde esta perspectiva, ciertos autores sitúan el verdadero origen de la pérdida de oportunidad en una sentencia posterior de la Corte de Casación, dictada el 22 de marzo de 1899²⁷. El contenido de este fallo, aunque relegado por los tratados de mediados del siglo XX y eclipsado por su escasa mención en los trabajos contemporáneos, anticipa los contornos que luego asumiría la figura con mayor precisión.

El caso versaba sobre un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en el marco de un litigio sucesorio. Aunque inicialmente se admitió el recurso, su tramitación quedó frustrada por un defecto en la notificación del fallo de admisión, atribuible a la negligencia del oficial de justicia. Como consecuencia de dicha omisión, el recurso caducó. Frente a ello, el demandante reclamó una indemnización y afirmó que dicha caducidad lo había privado de la oportunidad de obtener la anulación de la sentencia recurrida.

El tribunal civil de primera instancia de Étampes²⁸ abordó el asunto siguiendo el esquema clásico de causalidad. Analizó los fundamentos del recurso frustrado y concluyó que estos no reunían mérito suficiente como para prosperar. Bajo ese razonamiento, entendió que la negligencia no había ocasionado un daño resarcible, ya que, aun sin el defecto de notificación, el recurso habría sido igualmente rechazado.

La Corte de Apelación de París adoptó un razonamiento distinto en su fallo de 1895²⁹. Aunque reconoció la existencia de la conducta negligente, declinó evaluar los motivos del recurso de casación, ya que consideró que esa cuestión correspondía privativamente a la Corte de Casación y no a los jueces de instancia. En cambio, reconoció que los motivos del recurso eran dignos de la consideración más seria y, sobre esa base, concluyó que era necesario calcular los daños considerando el beneficio que el demandante podría haber obtenido si el recurso hubiera prosperado. Este razonamiento introdujo un elemento de incertidumbre al análisis, al reconocer implícitamente que el resultado del recurso no estaba garantizado, pero que la negligencia privó al demandante de una oportunidad de éxito.

Al conocer del caso, la Corte de Casación confirmó este criterio. Reconoció expresamente que la privación de una oportunidad de obtener una solución favorable constituía, en sí misma, un daño reparable. El perjuicio no residía en el resultado

²⁷ Cour de cassation, chambre des requêtes, 22/03/1899, Recueil Sirey, 1899, p. 1272.

²⁸ Tribunal civil d'Étampes, 28/03/1893, Dalloz périodique 1895, t. II, p. 489.

²⁹ Cour d'appel de Paris, 11/01/1895, Sirey 1897, t. II, p. 273, note signée "A.T."

finalmente no alcanzado, sino en haber sido privado de la oportunidad real de lograr un desenlace favorable, cuya consecución, en todo caso, siempre habría dependido de un grado de incertidumbre.

Esta sentencia supuso un avance destacado. Por primera vez, la incertidumbre dejó de ser un obstáculo para la indemnización. Lejos de exigir la prueba de un resultado que, por definición, había quedado frustrado, el tribunal admitió que el daño podía consistir en la pérdida de la propia oportunidad de alcanzarlo.

Conviene señalar, sin embargo, que esta solución se aplicaba, en principio, al recurso de casación. La propia estructura del procedimiento impedía que los jueces de instancia evaluaran el mérito del recurso admitido y contradecir la decisión de la Corte³⁰. Precisamente esta imposibilidad fue la que abrió paso al reconocimiento de la pérdida de oportunidad como figura autónoma.

En las décadas siguientes, la figura fue ganando paulatinamente presencia en diversos ámbitos, trascendiendo los supuestos vinculados estrictamente a actuaciones de *huissiers*. En esta evolución, la sentencia dictada en 1932 por la Corte de Casación³¹ ocupa un lugar central, pues constituye el primer pronunciamiento que introduce de manera expresa la noción de pérdida de oportunidad. El caso involucró la actuación negligente de un notario, cuya conducta frustró la probabilidad de sus clientes de adquirir el dominio de un bien que proyectaban obtener. La decisión reconoció que, por obra de dicha negligencia, los demandantes habían perdido toda oportunidad de adquirir el dominio que tenían en mente, expresión que permitió, por primera vez, individualizar con claridad el objeto de tutela de esta figura³². A partir de allí, la pérdida de oportunidad comenzó a delinearse como un supuesto específico de daño, distinto del perjuicio final, lo que facilitó su posterior consolidación doctrinal y jurisprudencial. Este desarrollo fue acompañado, a su vez, por un cambio de postura en la doctrina, que comenzó a respaldar la idea de que las oportunidades perdidas podían constituir un daño autónomo, diferente del resultado final.

³⁰ Méral (2024), p. 79.

³¹ Cour de cassation, chambre des requêtes, 26/05/1932, Recueil Sirey, 1932, n° 1, p. 387.

³² En este sentido, Chabas (2000), p. 22. El autor explica que “vagamente intuida en algunas sentencias anteriores, la teoría de la pérdida de una oportunidad no aparece realmente hasta una sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de mayo de 1932”.

c. La pérdida de chance de curación y sobrevida: sentencia de Corte de Grenoble, del 24 de octubre de 1962³³

La jurisprudencia francesa abrió camino al reconocimiento de la pérdida de chance en el ámbito médico a comienzos de la década de los sesenta, con la sentencia de la Corte de Apelación de Grenoble del 24 de octubre de 1962.

El paciente había acudido por una fractura no desplazada en la muñeca, que se podía observar claramente en la radiografía. Sin embargo, el médico omitió el diagnóstico y no prescribió tratamiento alguno. Con el paso del tiempo, una nueva lesión en la misma muñeca provocada por el esfuerzo de manipular un objeto pesado, agravó la condición inicial y derivó en una incapacidad permanente.

La Corte de Apelación razonó que si el diagnóstico se hubiera realizado de manera correcta en su momento, habría sido posible intervenir con un tratamiento adecuado, evitando así la formación de una pseudoartrosis y con ello, la fragilidad posterior. La consecuencia de la omisión no se vinculó con la certeza del resultado final, sino con la privación de una oportunidad razonable de curación. Esa fue la clave. El tribunal reconoció por primera vez en este ámbito, que el derecho del paciente no se limitaba a exigir la curación completa, sino a no ser privado de la oportunidad real de alcanzarla.

Tres años más tarde, se dictó una sentencia que sentó un precedente importante: la sentencia conocida como *Petit*, dictada por la Corte de Casación el 14 de diciembre de 1965³⁴. El caso era similar. El paciente acudió a consulta por una luxación de codo, pero el médico incurrió en un error de diagnóstico y lo trató por una supuesta fractura del húmero. Este error, tanto en el diagnóstico como en la conducta terapéutica, tuvo consecuencias graves: el paciente quedó con una incapacidad de por vida.

Lo relevante del fallo no fue solo la confirmación de la culpa médica, sino la forma en que se valoró el perjuicio. La Corte no exigió una prueba concluyente de que un tratamiento adecuado habría evitado el daño, sino que consideró suficiente demostrar que existía la oportunidad de recuperación, que fue frustrada por la conducta del médico. Basándose en presunciones graves, precisas y concordantes, el tribunal estableció que

³³ CA Grenoble, 24 octobre 1962, *Revue trimestrielle de droit civil* (RTDCiv.) 1963, p. 334, obs. A. Tunc.

³⁴ Cour de cassation, première chambre civile, 14/12/1965, *Bulletin civil*, I, n° 37.

aunque esa pérdida de oportunidad de curación no equivale al resultado final, era en sí mismo un perjuicio reparable.

1.2. El derecho anglosajón

En el *common law*, el reconocimiento de la pérdida de oportunidad no surgió en el ámbito médico ni en el procesal, sino en uno muy distinto: el artístico. Fue en el caso *Chaplin v. Hicks*, resuelto en 1911³⁵, en que por primera vez se admitió que la privación de una probabilidad de obtener un beneficio podía constituir un daño resarcible. El demandado, actor y *manager* teatral, organizó un concurso de belleza cuyo premio consistía en un contrato laboral para doce mujeres seleccionadas. La demandante fue incluida entre las cincuenta finalistas, asegurando una probabilidad real de competir por el premio. Sin embargo, debido a una negligencia del demandado al notificarle la fecha de una entrevista clave dentro del concurso, la demandante no pudo asistir, perdiendo la oportunidad de ser considerada para el contrato. El tribunal consideró que aun cuando el resultado dependía de factores inciertos, la pérdida de la oportunidad constituía un daño susceptible de valoración económica. A partir de este precedente, “las reclamaciones por pérdida de oportunidad están claramente aceptadas en ciertos casos de pérdida económica y de ganancia económica perdida”³⁶.

No ha ocurrido lo mismo cuando el daño alegado deriva de la pérdida de una chance de curación y sobrevida³⁷. El intento de extender esta figura a la responsabilidad médica no ha tenido, hasta ahora, una acogida mayoritaria.

En 1987, la *House of Lords* resolvió el caso *Hotson v. East Berkshire Health Authority*³⁸. Un niño, tras sufrir una caída, fue mal diagnosticado y se retrasó el tratamiento. Como consecuencia, desarrolló una necrosis en la cadera. Se alegó que, de haber recibido atención inmediata, se habría evitado el daño en un 25 %. La corte rechazó la pretensión: según la regla del balance de probabilidades, la indemnización solo es

³⁵ House of Lords, 16/05/1911, “Chaplin v. Hicks”.

³⁶ Steele (2010), p. 258.

³⁷ Farg y Dazinger (2012), p. 6.

³⁸ House of Lords, 30/07/1987, “Hotson v. East Berkshire Health Authority”.

procedente cuando la oportunidad perdida supera el 50 %. Como en este caso la probabilidad era inferior, no se indemnizó la pérdida de chance.

En el caso *Gregg v. Scott*³⁹, fallado en 2005, se presentó una situación similar. El demandante padecía un linfoma cuya detección se retrasó por negligencia médica. Como resultado, su expectativa de vida a largo plazo cayó del 42 % al 25 %. Esta reducción, objetiva y acreditada, no fue suficiente para acceder a una indemnización. Una vez más, el tribunal aplicó el umbral mínimo del 50 %. Aunque se probó la culpa, se negó la existencia del daño.

Este razonamiento no fue acogido por dos votos disidentes. Uno de ellos cuestionó el uso rígido del umbral probabilístico. ¿Por qué exigir más del 50% si lo perdido es una chance concreta, no un resultado definitivo? Negar la reparación en estos casos, afirmó el voto, equivale a ignorar perjuicios reales solo por no alcanzar una frontera arbitraria. En algunos casos de la medicina, lo que se reclama no es el resultado, sino la oportunidad frustrada de alcanzarlo⁴⁰. El segundo voto fue en la misma línea. Subrayó que la negligencia médica redujo las perspectivas de recuperación y que esa reducción, por sí sola, debía ser considerada un daño autónomo, encuadrado dentro de los fines protectores de la responsabilidad civil⁴¹.

Pese a la solidez de estas disidencias, la doctrina mayoritaria no se ha alterado. Hasta el presente, la jurisprudencia inglesa continúa exigiendo que la probabilidad de evitar el daño supere el 50%, lo que limita seriamente el reconocimiento de la pérdida de oportunidad en materia médica. La figura existe, pero solo en contextos económicos. Cuando se trata de la vida o la salud, el *common law* parece más exigente con la prueba que con la dignidad del daño.

1.3. Su recepción en el ordenamiento jurídico argentino

En Argentina, la pérdida de una oportunidad encontró muy pronto un terreno firme, de la mano de una tradición jurídica, que influida por el modelo francés, supo abrirse a la reparación de este tipo de daño. Aunque el reconocimiento normativo de esta figura no

³⁹ House of Lords, 27/01/2005, “Gregg v. Scott”.

⁴⁰ House of Lords, 27/01/2005, “Gregg v. Scott”, voto disidente de Lord Nicholls of Birkenhead.

⁴¹ House of Lords, 27/01/2005, “Gregg v. Scott”, voto disidente de Lord Hope of Craighead.

se produjo hasta 2015 con el nuevo Código Civil y Comercial, su incorporación práctica y doctrinaria fue mucho más temprana, marcada por una progresiva ampliación del concepto de daño resarcible.

El primer antecedente relevante sobre la materia en el derecho argentino parece encontrarse en un fallo de 1926⁴². En el caso, una hija demandó indemnización por el daño sufrido a raíz de la muerte de su padre, en un accidente ferroviario. El tribunal, al ponderar las circunstancias personales y la edad avanzada del fallecido, concluyó que las probabilidades de que hubiera asistido económicamente a su hija eran demasiado remotas como para justificar una reparación.

Más allá del resultado desfavorable para la actora, la sentencia deja entrever una lógica que el tiempo iría consolidando: la evaluación de oportunidades futuras como criterio relevante para determinar la existencia y entidad del daño. Aunque no se utilizó aún el lenguaje técnico que luego adoptaría la doctrina de la pérdida de la chance, el razonamiento del tribunal ya incorporaba la idea de que no toda incertidumbre es irrelevante jurídicamente; y que hay escenarios futuros cuya frustración, si está suficientemente fundada, puede constituir un perjuicio atendible.

Ya en los primeros años del siglo XX, la jurisprudencia argentina recogió expresamente la idea de oportunidad perdida, por ejemplo, a propósito de la chance matrimonial⁴³. Se discutía si una mujer joven, afectada en su aspecto físico por una lesión, había perdido la probabilidad de contraer matrimonio, considerado entonces, en un contexto social muy distinto al actual, como su destino natural. Lo que hoy puede parecernos un planteamiento anacrónico fue, en su momento, un avance valioso en el derecho de daños: el impedimento real para casarse no constituía el perjuicio, sino la frustración de una posibilidad seria de lograrlo.

Otro antecedente importante se produjo en 1965, esta vez vinculado al azar en sentido estricto⁴⁴. Un cliente habitual de un vendedor ambulante de lotería perdió la oportunidad de adquirir un número que resultó ganador del premio mayor. El error administrativo de la lotería provocó que ese billete fuera enviado a otra agencia. El

⁴² Cámara Federal de la Capital, 23/12/1927, “Callá y otros v. Ferrocarril Buenos Aires Al Pacífico”, JA 1927, t. XXVI, p. 959-960.

⁴³ El primer registro que he encontrado de sentencia por chance matrimonial es de la Cámara Civil 2ª Capital, 01/10/1942, G. del F., t. 161, p. 417, Citado en: Orgaz (1952), p. 101-102.

⁴⁴ SCBA, 19/06/1965, “Minutta, José c./ Administración de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires”, en LL, 1965, t. 119, pp. 395-401.

demandante, que no pudo comprarlo, inició una acción por daño extracontractual. La cuestión de fondo era si se había perdido una oportunidad real o si se trataba de una mera ilusión.

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda, alegando que la chance era demasiado vaga para fundamentar una responsabilidad. Para la mayoría, el azar puro, sin un vínculo más firme entre el perjudicado y el beneficio, no era suficiente para configurar un daño. Sin embargo, un voto disidente consideró lo contrario. Destacó que el error de la administración fue la causa directa de que el demandante no pudiera participar en el sorteo y que, aunque sujeta a incertidumbre, la oportunidad perdida era concreta. Por lo tanto, no se trataba de un perjuicio hipotético, argumentando que la pérdida de la oportunidad de participar en el sorteo debía considerarse resarcible.

A partir de ahí, la doctrina de la pérdida de una oportunidad comenzó a extenderse. Primero, en contextos patrimoniales: acceso a un empleo, progreso profesional, obtención de beneficios futuros. Después, en ámbitos más personales: la oportunidad de recibir ayuda económica futura de un hijo fallecido, la pérdida de un juicio por negligencia del abogado, la pérdida de chance por falta de reconocimiento filial o la pérdida de oportunidades de curación y sobrevida en casos de mala praxis médica.

Finalmente, en 2015, el Código Civil y Comercial de la Nación consagró expresamente esta figura. Lo hizo en los artículos 1737, 1738 y 1739, al definir el daño resarcible como toda lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento, susceptible de valoración pecuniaria, incluyendo expresamente la pérdida de una oportunidad⁴⁵.

Con ello, Argentina no solo consolidó una larga tradición jurisprudencial, sino que también asumió una posición vanguardista en América Latina, convirtiéndose en uno de los pocos países que han dado este paso normativo.

1.4. Su recepción pretoriana en Chile

En Chile, la recepción de la pérdida de la oportunidad ha sido más tímida. Además de que no ha recibido una consagración legal expresa, su acogida por la jurisprudencia fue lenta

⁴⁵ Esta consagración legal será analizada en el n.º 2 de este capítulo.

y su recepción en la doctrina, controvertida. Aunque el primer precedente puede rastrearse a inicios del siglo XX, su desarrollo ha sido fragmentario y solo en las últimas décadas comienza a perfilarse como una categoría indemnizable con cierta autonomía conceptual.

El primer fallo que merece la pena mencionar fue dictado por la Corte Suprema en 1904⁴⁶. Aunque no utilizó el lenguaje que posteriormente adoptaría la doctrina, sí reconoció una expectativa razonable como fundamento de la indemnización. En ese caso, una madre viuda fue indemnizada por los recursos futuros que habría podido recibir de su hijo, quien falleció en un accidente poco después de ser admitido en la Escuela Militar. La Corte señaló que “con la muerte de su hijo, la demandante ha sufrido un daño real y efectivo, pues se ve privada de los recursos que tenía derecho a exigir como madre viuda a su hijo”⁴⁷. Aunque el fallo no distinguió si el perjuicio era patrimonial o moral, su importancia radica en haber identificado una expectativa fundada como un daño jurídicamente resarcible. Sin embargo, esta decisión fue aislada y estuvo lejos de asentarse como una doctrina estable. De hecho, Arturo Alessandri en su obra de 1943, descartó expresamente la posibilidad de indemnizar la pérdida de la oportunidad, calificándola como un supuesto de daño eventual o meramente hipotético⁴⁸.

No ha sido hasta el siglo XXI cuando la figura ha comenzado a adquirir un perfil más nítido. Un paso relevante en este sentido se produjo en 2008, cuando se condenó por no notificar oportunamente a un donante de sangre que era portador del VIH. La omisión impidió que la víctima informara a su pareja, quien resultó contagiada. El fallo reconoció que esa omisión privó a la víctima de la oportunidad de evitar el daño⁴⁹.

⁴⁶ CS Chile, 25/10/1904, “Jorquera v. de Ordenes con the Chillian Electric Tramway and Light C^a Ltd.”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, abril de 1905, Año II, n.º 5, pp. 141-145. El caso trata sobre la responsabilidad de una empresa de tracción eléctrica por la muerte de un joven que falleció como consecuencia de un atropello por un carro eléctrico que le provocó la pérdida de sus piernas y, posteriormente, su deceso ocho días después. El día del accidente, el joven se dirigía a la casa de su madre para informarle que en la escuela se le había comunicado su ingreso a la escuela militar, como premio a su buena conducta.

⁴⁷ CS Chile, 25/10/1904, “Jorquera v. de Ordenes con the Chillian Electric Tramway and Light C^a Ltd.” En Revista de Derecho y Jurisprudencia, abril de 1905, Año II, n.º 5, considerando 4º de la sentencia, p. 143.

⁴⁸ Alessandri Rodríguez (1943), pp. 217-218. A pesar de esta postura restrictiva, existen referencias a obras que acogieron la doctrina de la pérdida de oportunidad en Chile, aunque su impacto fue limitado y no influyó en la jurisprudencia. Entre ellas, destaca la memoria de prueba titulada “*El daño civil*”, presentada en 1973 por Luis Zepgi Jiménez y Juan Ríos Ríos en la Universidad de Concepción. Esta obra es citada como antecedente por Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), pp. 216-217, aunque sin que se le reconozca trascendencia en la práctica judicial nacional.

⁴⁹ CA Rancagua, 07/07/2008, anonimizado, rol n.º 3756-2006. Este fallo, constituye un hito interesante dentro de la aún incipiente recepción nacional de la pérdida de oportunidad como daño resarcible. Con todo, el fallo, a mi juicio, no está exento de reparos: su fundamento se entremezcla con la exposición a un riesgo, desdibujando así los contornos propios de la chance. Pese a esa confusión conceptual, que abordaré

Ese mismo año, la Corte Suprema⁵⁰ conoció otro caso, relativo a la negligencia de un abogado. Se demandó a un abogado que perdió un juicio laboral por haberse dictado el abandono del procedimiento. Aunque se rechazó la indemnización al considerar que no se había acreditado la pérdida de una verdadera oportunidad de éxito, sí abordó expresamente la cuestión, discutiendo su contenido, alcance y límites; y sin descartar su aplicabilidad en abstracto.

A pesar de los precedentes anteriores, el primer caso que comenzó a consolidar la aceptación de esta figura fue el dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 2008⁵¹ y ratificado por la Corte Suprema en 2011⁵². En esa ocasión, la negligencia al realizar una biopsia impidió diagnosticar a tiempo un melanoma. Como consecuencia, la paciente no recibió tratamiento durante un año y posteriormente falleció junto a su hijo nonato. Aunque el tribunal descartó un nexo causal directo entre la negligencia médica y la muerte, reconoció que la paciente fue privada de una oportunidad real de tratamiento que podría haber mejorado su calidad de vida. La Corte concedió una indemnización por daño moral, lo que supuso un importante cambio en la interpretación jurisprudencial sobre el daño.

En 2015, el caso “Vásquez con Hospital Van Buren”⁵³ llevó a la Corte Suprema a pronunciarse de forma aún más explícita sobre la pérdida de una oportunidad. En este caso, se discutió la responsabilidad del hospital por la muerte de un paciente que sufrió un infarto agudo. Si bien el tribunal de primera instancia descartó la responsabilidad al considerar improbable la supervivencia, la Corte de Apelaciones revocó el fallo, reconociendo que aun cuando no había seguridad de que hubiese vivido, sí existía una probabilidad real que el actuar negligente del hospital frustró.

Desde entonces, la pérdida de oportunidad ha ido adquiriendo aceptación progresiva en la jurisprudencia chilena, en especial en casos de responsabilidad médica⁵⁴. Sin embargo, su consolidación ha estado lejos de ser pacífica. En más de una ocasión, ha

en detalle más adelante, la decisión marca un avance, pues se aparta de la visión tradicional que niega autonomía a la oportunidad frustrada y abre camino al reconocimiento pleno de su indemnización.

⁵⁰ CS Chile, 27/10/2008, “Rojas Lineros, Juan Carlos, con Corporación de Asistencia Judicial”, rol n.º 1021-2007.

⁵¹ CA de Valparaíso, 11/12/2018, “Ojeda Soto Manuel Enrique con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota”, rol n.º 776-2008.

⁵² CS Chile, 20/01/2011, “Ojeda Soto Manuel Enrique con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota”, rol n.º 2074-2009.

⁵³ CS Chile, 03/12/2015, “Vásquez con Hospital Van Buren”, rol n.º 29.365-2014.

⁵⁴ Mejías (2019), p. 2.

servido de fundamento para indemnizaciones simbólicas, sin un análisis riguroso sobre la verosimilitud de la oportunidad perdida ni sobre la exigencia de una probabilidad real y seria. Este uso la hace vulnerable a las críticas que, con razón, advierten del riesgo de transformar una figura técnicamente exigente en un instrumento de facilitación probatoria.

Aun así, el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable supone un avance en el derecho de daños chileno. El desafío que queda pendiente es asegurar que su aplicación responda con fidelidad a los principios fundamentales de la responsabilidad civil: daño cierto, causalidad suficiente y valoración prudente de la probabilidad frustrada.

El panorama comparado muestra, en definitiva, que la pérdida de oportunidad no es una invención aislada ni una construcción accidental, sino el fruto de un desarrollo jurisprudencial y doctrinario que, en distintos sistemas, buscó dar respuesta a daños situados en el terreno de lo probable. Francia, el *common law*, Argentina y Chile han ido reconociendo —con matices y resistencias— que privar a una persona de una probabilidad real y fundada puede constituir un perjuicio indemnizable. Este recorrido histórico permite ahora avanzar hacia un paso decisivo: esclarecer qué entendemos por chance y cómo debe definirse esta categoría para distinguirla de las meras expectativas, delimitar su autonomía como daño y precisar su función dentro del derecho de daños.

2. Concepto

La pérdida de oportunidad se ha definido, en términos generales, como “la desaparición actual y cierta de una eventualidad favorable”⁵⁵. Bajo esta fórmula se agrupan ejemplos que permiten captar su lógica: el transportista que por una conducta negligente impide que un caballo compita en una carrera, frustrando así su oportunidad de triunfar; el abogado que, por negligencia, priva a su cliente de una sentencia favorable; o el médico cuya omisión impide que su paciente acceda a una oportunidad razonable de curación y sobrevida.

⁵⁵ Vitale (2020), p. 26.

A pesar de su creciente aceptación en la doctrina y la jurisprudencia, e incluso su consagración normativa en algunos países como Argentina, la pérdida de oportunidad ha enfrentado resistencias que no pueden pasarse por alto. Entre ellas, destaca la falta de una sistematización dogmática sólida, lo que ha dificultado su consolidación e incluso ha propiciado a que se produzcan abusos inaceptables por parte de los tribunales.

El recorrido jurisprudencial demuestra que, en no pocos pronunciamientos, la figura ha sido aplicada con cierta laxitud respecto de sus fundamentos. Ello ha dado lugar a interpretaciones que, en ocasiones, amplían indebidamente su alcance y, en otras, lo desdibujan hasta hacerlo irreconocible. Así, no falta jurisprudencia que la concibe como un mero instrumento de facilitación probatoria, cuando en rigor no lo es; del mismo modo, se advierten fallos que exigen acreditar el resultado final frustrado, lo que contradice de manera frontal la lógica propia de la institución. A esta falta de rigor conceptual se suma, en no pocos casos, la ausencia de un análisis detenido de sus elementos constitutivos, lo que termina diluyendo su verdadera delimitación.

Frente a este panorama, el propósito de este capítulo es doble. En primer lugar, delimitar con precisión los elementos estructurales que dan forma a la figura. En segundo término, identificar los desvíos interpretativos que han puesto en riesgo su coherencia conceptual. Para ello, se seguirá un itinerario que no es meramente descriptivo, sino también crítico.

El análisis comenzará por la tradición francesa, cuna de la figura (2.1), y continuará con la recepción española, cuya lectura introduce matices particulares (2.2). Luego se abordarán las contribuciones argentinas (2.3) y chilenas (2.4), y su influencia en la consolidación del instituto. A continuación, se examinará la regulación expresa que el Código Civil y Comercial argentino ha incorporado (2.5), para finalizar con algunas reflexiones generales sobre su sentido actual y los desafíos que aún plantea (2.6).

Este recorrido no se limita a mostrar el camino ya transitado: busca, además, poner en evidencia las tensiones dogmáticas que persisten y las exigencias que supone una aplicación responsable de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños contemporáneo.

2.1. Juristas franceses

a. François Chabas⁵⁶

El jurista francés François Chabas es, sin duda, uno de los referentes más influyentes en el desarrollo de la pérdida de oportunidad. Su obra ha sido decisiva para precisar sus contornos y, sobre todo, para evitar confusiones respecto de su verdadera naturaleza jurídica. Según advierte, no toda situación de incertidumbre justifica hablar de chance: para que exista una oportunidad indemnizable, deben concurrir condiciones específicas.

El punto de partida es siempre la existencia de una conducta culpable. La oportunidad indemnizable se configura cuando esa conducta, atribuible a un tercero, frustra la oportunidad de la víctima, para que alcance o al menos intente alcanzar, un resultado que, aunque incierto, se hallaba dentro del marco de lo razonablemente esperable. Lo que se indemniza, aclara Chabas, no es el resultado que no se obtuvo, sino la desaparición de la probabilidad de alcanzarlo.

Desde esta perspectiva, sostiene que constituye un error identificar el perjuicio con el desenlace final. Si se procediera de ese modo, el razonamiento quedaría atrapado en la lógica del “todo o nada”: o se demuestra que el daño se habría producido con certeza o no hay responsabilidad alguna. Esa conclusión no se compadece ni con la lógica del Derecho ni con su función reparadora. En efecto, si el daño se concibe como el resultado no alcanzado, resultaría imposible afirmar que la conducta del agente fue su causa, siquiera en términos condicionales, pues siempre permanecerían abiertas dos hipótesis explicativas: una atribuible al curso natural de los hechos y otra a la intervención del tercero, sin que el juez pudiera optar racionalmente por una de ellas.

Esta confusión, lamentablemente frecuente, proviene de asimilar dos elementos que son distintos: el azar propio de la situación de origen y la incertidumbre relativa al vínculo causal. No se trata de lo mismo. El alea pertenece al mundo real; la duda sobre la causalidad, en cambio, es consecuencia de la insuficiencia probatoria. Chabas advierte que la teoría de la pérdida de una oportunidad ha sido empleada, en más de un caso, de manera indebida. Algunos jueces la invocan para encubrir la falta de certeza causal, confundiendo expresiones tan disímiles como “ha perdido posibilidades de sobrevivir” con “hay posibilidades de que haya perdido la vida”.

⁵⁶ Chabas (1994; 2014; 2000).

Por eso, cuando el juez repara una oportunidad sobre la sola base de la imposibilidad de acreditar la relación causal con el resultado final, incurre en una desviación. En tal hipótesis, no se está reconociendo un perjuicio cierto, sino compensando una mera conjetura.

A partir de esta distinción, Chabas contrapone dos concepciones. La primera, a la que denomina la verdadera teoría de la chance, concibe la oportunidad como un daño autónomo, derivado del carácter aleatorio del resultado esperado. La segunda, en cambio, constituye una falsa concepción, pues confunde la pérdida de una chance concreta con la ignorancia acerca del nexo causal. Solo en el primer caso nos hallamos frente a un daño indemnizable; en el segundo, apenas ante una expectativa genérica, carente de sustento suficiente.

Sobre esa base, formula su definición: el perjuicio no radica en la pérdida de todo lo que estaba en juego, sino en haber sido privado de la oportunidad concreta de alcanzarlo. Lo decisivo es la existencia previa de un alea: una probabilidad real de obtener el resultado pretendido. Lo que se elimina con la conducta culposa del agente no es la certeza de un éxito —que nunca existió—, sino la viabilidad efectiva de procurarlo.

Esta mirada explica por qué la pérdida de oportunidad no equivale al fraccionamiento de un daño mayor. No se trata de reconocer una parte proporcional de un perjuicio frustrado, sino de reparar un daño autónomo, con entidad propia, cuya cuantía se determina según la consistencia de la oportunidad perdida.

Ahora bien, Chabas subraya que no cualquier expectativa frustrada es indemnizable. Se requieren condiciones específicas: (i) que la situación inicial admitiera distintos desenlaces, entre ellos uno favorable con probabilidad real de concreción; (ii) que la conducta del agente haya suprimido esa vía de acción, que aunque incierta ofrecía a la víctima una oportunidad razonable; y (iii) que dicha supresión se configure como consecuencia directa de la culpa.

Para ilustrar, propone dos ejemplos. El primero es el de un joven sano, sometido a una operación menor, que fallece. Aunque se acredita la culpa médica, no puede establecerse si ella causó el deceso. El segundo es el de un paciente oncológico que contaba aún con tratamientos con probabilidades razonables de éxito, pero que muere a raíz de un diagnóstico tardío. En este caso, lo perdido no es la seguridad de la curación —que nunca existió—, sino la oportunidad de intentarla, lo que constituye por sí solo un

perjuicio cierto. En el primer supuesto había casi certeza de éxito; en el segundo, un desenlace incierto pero valioso. Solo este último se encuadra en la teoría de la chance.

Chabas reconoce las críticas. Recuerda la de Savatier, para quien la figura servía a los jueces como un subterfugio frente a la falta de pruebas causales. Pero también cita a Boré, quien la defiende justamente por la incertidumbre inherente a determinadas situaciones, sosteniendo que al reparar una chance el juez ejerce su prudencia al valorar probabilidades.

En definitiva, el mayor aporte de Chabas consiste en dotar de seriedad y coherencia a una figura expuesta a trivializaciones. Su propuesta permite distinguir entre una oportunidad verdaderamente perdida y una mera conjetura, y rechaza con acierto la tesis de la responsabilidad proporcional. Para él, la pérdida de chance no exige demostrar el resultado final; exige probar la existencia de una oportunidad real que, de no mediar la conducta culposa, podría haber sido aprovechada.

b. Hermanos Mazeaud⁵⁷

La doctrina de los hermanos Mazeaud constituye uno de los primeros intentos sistemáticos por reconocer jurídicamente la pérdida de una oportunidad como un perjuicio autónomo. Según su planteamiento, la figura se configura cuando, a raíz de una conducta culpable del demandado, el demandante resulta privado de la chance de obtener una ventaja o de evitar una pérdida. En otras palabras, lo que se frustra no es el resultado en sí mismo, sino el proceso que podía conducir a un desenlace favorable.

Si bien admiten que siempre existirá incertidumbre respecto del resultado final, subrayan que esa probabilidad frustrada no pierde por ello relevancia jurídica. Por el contrario, si ella es seria y verificable constituye un daño indemnizable. Aunque el resultado definitivo nunca haya pasado de ser una expectativa, la desaparición de la oportunidad representa una pérdida concreta para quien razonablemente se hallaba encaminado a alcanzarla.

La pregunta que formulan es clara: ¿puede el derecho desentenderse de ese perjuicio, bajo el argumento de que lo perdido era solo una posibilidad y no era cierta?

⁵⁷ Mazeaud et al. (1962).

Su respuesta es categórica: no. Afirman que el daño no debe medirse únicamente en función del resultado final, sino también en la privación de la oportunidad de alcanzarlo. La virtualidad del desenlace no elimina la existencia del perjuicio, simplemente lo redefine. De allí que atribuyan al juez la tarea de evaluar si la pérdida de esa probabilidad representa un detrimento cierto, aun cuando el resultado no estuviera garantizado.

El mérito de los hermanos Mazeaud radica en haber advertido tempranamente que la pérdida de una oportunidad puede constituir, por sí misma, un perjuicio indemnizable⁵⁸. Su aporte fue atribuir a la probabilidad frustrada un valor jurídico autónomo, distinto del resultado no alcanzado. Sin embargo, su construcción presenta una debilidad: carece de un análisis sistemático de los requisitos que deben concurrir para reparar este daño. Afirmar que toda oportunidad perdida merece indemnización por su solo valor intrínseco corre el riesgo de expandir de manera desmedida el campo de lo reparable.

La verdadera dificultad no reside en reconocer que hay un daño, sino en precisar con qué criterios puede acreditarse en cada caso. En esta línea, el planteamiento de Mazeaud requiere ser completado con herramientas que permitan distinguir entre oportunidades efectivamente frustradas y expectativas demasiado indeterminadas, que no alcanzan el umbral de seriedad exigible. Solo así se evita que la figura se aplique de manera especulativa o que se transforme en un mecanismo indirecto para compensar resultados no probados. De este modo, se asegura un equilibrio indispensable: de un lado, la tutela debida a la víctima; del otro, la seguridad jurídica que también ampara al demandado.

c. Alice Minet⁵⁹

Alice Minet ofrece una lectura particular de la pérdida de oportunidad, situada en el ámbito del derecho administrativo francés. Su reflexión parte de una pregunta central: ¿cómo debe proceder el juez cuando existe una lesión real, pero la vinculación con la conducta antijurídica se presenta incierta? La respuesta que ensaya se aleja de quienes consideran la pérdida de oportunidad como un perjuicio autónomo. Para ella, se trata más

⁵⁸ Los hermanos Mazeaud se refieren por primera vez a la pérdida de la oportunidad en la década de 1930. Vitale (2020) p. 19.

⁵⁹ Minet (2014).

bien de una técnica jurídica que permite enfrentar la imposibilidad de aplicar el razonamiento contrafáctico tradicional sin dejar desprotegido al administrado. Su función es, por tanto, instrumental: opera cuando el nexo causal no puede acreditarse con certeza, pero sí con un grado suficiente de probabilidad como para justificar una reparación, aunque parcial.

De este modo, Minet reconstruye la figura como un instrumento destinado a abordar las zonas grises de la causalidad. La oportunidad perdida surge, según explica, en aquellos supuestos en que el administrado se encontraba en una situación aleatoria, con probabilidades ciertas, aunque no seguras, de obtener un resultado favorable. Si la administración actúa ilícitamente, no es razonable exigir al juez que determine con certeza si el desenlace se habría concretado. Frente a esa dificultad probatoria, el derecho opta por reconocer que existió una disminución de probabilidades y admite una reparación en función de su valor probabilístico.

Con todo, la autora advierte que esta herramienta no puede aplicarse de manera indiscriminada. Reclama un umbral mínimo de seriedad en la oportunidad perdida, que debe ser apreciada mediante un juicio prudente. La pérdida, dice, debe ser real y su valor, aunque necesariamente estimativo, ha de fundarse en una probabilidad suficientemente concreta. De lo contrario, el riesgo es evidente: convertir una figura excepcional en un mecanismo de atribución automática de responsabilidad.

En esta perspectiva, la pérdida de oportunidad desempeña un papel puramente técnico. Su objetivo no es reparar un perjuicio autónomo, sino posibilitar que la responsabilidad administrativa se proyecte en aquellos casos en que no es posible acreditar con certeza el vínculo causal. La esencia de la figura no radica, para Minet, en el valor intrínseco de la oportunidad perdida, sino en la necesidad procesal de evitar que un rigor probatorio excesivo deje sin tutela a determinadas víctimas.

A esta postura cabe formular una objeción relevante. Al reducir la pérdida de oportunidad a un mecanismo probatorio, se desdibuja su contenido sustantivo. La oportunidad frustrada deja de ser reconocida como un daño en sí mismo, con entidad propia, y se transforma en una simple herramienta al servicio de la causalidad. Pero lo cierto es que en estos casos lo que se pierde no es solo un cálculo probabilístico, sino una dimensión concreta del proyecto de vida de la víctima. Reconocerlo como un daño autónomo no es un recurso procesal: es la única forma de hacer justicia frente a un menoscabo que, aunque aleatorio, resulta real.

d. Laura Vitale⁶⁰

Laura Vitale desarrolla un análisis particularmente refinado de la pérdida de chance, a la que prefiere denominar “pérdida de oportunidades”. La elección terminológica busca subrayar que lo frustrado no es solo una oportunidad (singular), sino un abanico de probabilidades serias y objetivamente apreciables con que contaba la víctima antes del hecho dañoso. En este marco, la distinción que propone entre esperanza y oportunidad resulta decisiva. La esperanza se vincula a un deseo subjetivo, muchas veces ilusorio o carente de base objetiva; la oportunidad, en cambio, remite a un proceso real, en curso, con probabilidades verificables de éxito. Solo estas últimas, afirma, son dignas de tutela jurídica.

Vitale advierte que la pérdida de oportunidades no puede confundirse con el resultado final. Aunque ambos conceptos se encuentran relacionados, responden a realidades distintas. El resultado final supone constatar una lesión ya producida; la pérdida de oportunidades, en cambio, refiere a un daño actual, derivado de la supresión de probabilidades futuras de éxito, progreso o mejora. Se trata, por lo tanto, de una figura con autonomía conceptual: lo que justifica su reparación no es el resultado no obtenido, sino la interrupción ilegítima de un proceso favorable que estaba en curso.

Sobre esta base, la autora ingresa a la discusión central: ¿es la pérdida de oportunidades un daño autónomo o una técnica para resolver dificultades probatorias en materia de causalidad? Su respuesta es clara. A su juicio, se trata de un verdadero perjuicio protegido por el derecho civil, y no de un mero recurso procesal destinado a suplir la ausencia de prueba sobre el nexo causal. La autonomía de la figura se apoya en la idea de que las probabilidades truncadas pueden constituir, por sí mismas, un menoscabo indemnizable, aun cuando no se pueda acreditar con certeza el desenlace final.

En este sentido, la autora analiza la controversia en torno a la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidades: ¿es un daño autónomo o una técnica para resolver problemas probatorios en materia de causalidad? Vitale considera que estamos frente a un verdadero perjuicio protegido por el derecho civil y no simplemente ante una

⁶⁰ Vitale (2020).

herramienta procesal para eludir la incertidumbre causal. Su defensa de la autonomía conceptual de la figura se basa en el reconocimiento de que las probabilidades perdidas pueden constituir, por sí mismas, un menoscabo indemnizable, aun cuando no pueda acreditarse con certeza el desenlace final.

Para garantizar una aplicación legítima de esta figura, Vitale exige ciertos requisitos. En primer lugar, que las oportunidades cuya pérdida se alega sean reales y serias, y no meras ilusiones. En segundo lugar, que exista una probabilidad objetiva de que el resultado favorable hubiera podido alcanzarse. En tercer lugar, que pueda demostrarse la conexión entre la actuación culposa del agente y la privación de esas probabilidades. Solo si estos elementos concurren, cabe hablar de un daño real y reparable, y no de una expectativa frustrada que permanece en el terreno de lo hipotético.

La reparación, en este contexto, no se confunde con la indemnización del resultado final, sino que se determina en función del valor de las oportunidades perdidas. Esta cuantificación puede seguir distintos métodos, pero siempre debe guardar una proporción con la probabilidad afectada. De lo contrario, se corre el riesgo de vulnerar la seguridad jurídica del demandado al sustituir la prudencia por la especulación.

Desde otra perspectiva, la autora vincula esta figura con los desafíos actuales del derecho privado frente a la incertidumbre, destacando su funcionalidad para proteger expectativas razonables truncadas por una conducta antijurídica. Su incorporación permite reparar daños que, en el modelo clásico centrado solo en el perjuicio final, quedarían sin respuesta. Además, a su juicio, cumple una función disuasoria, ya que hace responsables a quienes, con su obrar negligente, eliminan procesos que podrían haber concluido de manera beneficiosa para la víctima.

La propuesta ofrece una construcción que permite integrar la pérdida de oportunidades en el derecho civil sin forzar sus principios. Al distinguir entre esperanza subjetiva y oportunidad objetiva, y al exigir que las chances frustradas sean reales, demostrables y vinculadas causalmente a una conducta imputable, su planteamiento delimita con cuidado los supuestos en que la reparación se justifica. Esta precisión resulta esencial, no solo para evitar excesos en la extensión de la responsabilidad, sino también para resguardar la confianza en el sistema jurídico.

No obstante su consistencia, la postura de Vitale podría derivar en una exigencia probatoria demasiado estricta. Si bien es necesario exigir seriedad y verosimilitud en las

oportunidades alegadas, no debe olvidarse que algunas trayectorias truncadas, aunque difíciles de medir, también merecen protección. El equilibrio está en no exigir certeza absoluta, sin renunciar a la seriedad del análisis.

e. Hugo Méral⁶¹

Hugo Méral, lejos de adoptar una posición de entusiasmo acrítico, cuestiona en profundidad tanto los fundamentos como los desvíos interpretativos que, en su opinión, han comprometido la coherencia de esta figura. Su trabajo propone una reconstrucción conceptual, basada en una lectura crítica de su evolución jurisprudencial y doctrinaria. A diferencia de otros criterios más expansivos, su propuesta busca preservar la coherencia interna de la figura, limitándola a aquellos supuestos en los que el razonamiento contrafáctico tradicional no es aplicable.

Desde una perspectiva histórica, Méral identifica el surgimiento de la pérdida de chance en el Derecho francés como una respuesta equitativa a las dificultades probatorias que plantea la incertidumbre. Cuando no es posible determinar con certeza qué habría ocurrido de no mediar el hecho ilícito, los jueces, constreñidos por la exigencia clásica de certeza tanto en el daño como en la causalidad, se veían obligados a denegar la indemnización. En ese contexto, la pérdida de oportunidad surge como una técnica que permite reconocer un perjuicio distinto: no el resultado frustrado en sí mismo, sino la privación injusta de una probabilidad objetiva de obtenerlo.

El autor concibe la chance como un «posible objetivo», alejado de las meras esperanzas subjetivas. Su valoración exige, en consecuencia, un juicio prudente y fundado que considere tanto el beneficio o pérdida evitada como la probabilidad razonable existente antes de la conducta dañosa. En este sentido, la figura mantiene su función original: ofrecer una respuesta justa cuando la certeza absoluta es inalcanzable y existe una afectación indudable de una expectativa legítima.

Ahora bien, es precisamente cuando se aparta de ese marco de aplicación que, en opinión de Méral, la figura comienza a desdibujarse. Denuncia dos formas de desvío (*dévoiement*) que amenazan su legitimidad. La primera se produce cuando se confunde la

⁶¹ Méral (2024).

pérdida de oportunidad con la mera exposición a un riesgo, especialmente en el ámbito médico. En tales casos, se indemniza un daño que se concibe en abstracto, sin verificar la existencia de una probabilidad concreta. La segunda desviación, de consecuencias más profundas, ocurre cuando la pérdida de oportunidad se deduce automáticamente de la existencia de una falta, prescindiendo del análisis fáctico del azar o del perjuicio. Este uso, habitual en los casos de omisión de información, convierte la figura en una herramienta de imputación automática que la aleja de su función reparadora.

Frente a estos riesgos, Méral propone una interpretación restrictiva. La pérdida de oportunidad solo tiene sentido cuando existe un daño cierto, entendido como una lesión actual a un interés jurídicamente protegido, y la incertidumbre recae sobre las consecuencias ulteriores de esa lesión. En este contexto, la chance opera como técnica resarcitoria para compensar la imposibilidad de reconstruir con certeza el resultado hipotético.

La principal virtud de la propuesta de Hugo Méral es su claridad metodológica y su defensa de un uso prudente y delimitado de la figura. Reconocer que la pérdida de una probabilidad puede constituir un daño autónomo no autoriza, en modo alguno, a prescindir del análisis fáctico que justifique la existencia de una oportunidad real y jurídicamente relevante. En este sentido, evita que la expansión de la figura pueda desdibujar los contornos del daño resarcible. Al centrar su aplicación en la incertidumbre de las consecuencias, es decir, en el vínculo entre un daño cierto ya producido y sus efectos probables, la pérdida de oportunidad conserva su papel como técnica de resarcimiento excepcional, sin que se transforme en una fórmula para suplir la prueba del daño o de la causalidad.

Ahora bien, esa misma precisión conceptual, que fortalece la estructura dogmática de la responsabilidad civil, también impone una exigencia que puede resultar excesivamente restrictiva en determinados supuestos. Méral exige, como condición de procedencia, que exista un daño cierto previo (una lesión efectivamente producida al interés jurídico de la víctima), de modo que la pérdida de oportunidad solo opere cuando lo incierto sea su consecuencia, no su existencia. Esta delimitación, puede dejar sin respuesta situaciones en las que la única afectación concreta y verificable es la pérdida misma de una oportunidad.

Por ejemplo, en un caso de exclusión arbitraria de un proceso de ascenso laboral, en el que la persona afectada no sufre un daño concreto distinto de la pérdida de la

oportunidad real de obtener el cargo. No hay una “lesión previa” a la que imputar consecuencias: la afectación consiste precisamente en la frustración injusta de una vía legítima de progreso. Lo mismo ocurre cuando se impide a un deportista participar en una competencia para la que estaba cualificado o cuando un error administrativo elimina a un candidato de un proceso de selección que ofrecía probabilidades reales de éxito. En todos estos casos, el perjuicio no es posterior al daño, sino que se identifica con la supresión misma de la oportunidad.

Exigir que la víctima demuestre un daño cierto anterior a la pérdida de la oportunidad supone negar tutela justamente en aquellos contextos en que la oportunidad constituía el único bien jurídico comprometido. Desde esta perspectiva, la figura de la pérdida de oportunidad debe ser capaz de responder también a estos supuestos en los que la oportunidad, es en sí misma el centro del perjuicio. Lo que está en juego no es el desenlace que pudo haber ocurrido, sino el derecho a que ese desenlace, por incierto que fuera, pudiera desarrollarse sin haber sido interrumpido de manera ilegítima. No indemnizar esa pérdida sería tanto como afirmar que el Derecho solo protege lo que se concreta y no aquello que, con fundamento y seriedad, estaba en vías de llegar a ser.

2.2. Juristas españoles

a. Luis Medina Alcoz⁶²

Para el autor, la pérdida de chance hace referencia a la privación de una oportunidad para obtener algún tipo de provecho o utilidad. Señala que esta doctrina busca equilibrar la desigualdad que enfrenta la víctima ante la falta de medios para demostrar la causalidad del daño respecto al agente causante. Es decir, aborda la pérdida de oportunidad desde una perspectiva centrada en la incertidumbre causal, ya que considera que no existe certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que así fue.

A partir de esta perspectiva, la pérdida de la oportunidad es una técnica que se plantea como una herramienta clave en escenarios en los que prevalece la incertidumbre

⁶² Medina Alcoz (2007; 2018a; 2018b).

causal. Su propósito es ofrecer una solución jurídica en casos en los que resulta difícil acreditar una relación causal directa, siempre y cuando la probabilidad de haber sufrido un daño supere un umbral mínimo que permita descartar la mera especulación, aunque no alcance una certeza absoluta.

La figura opera, entonces, como un mecanismo excepcional, limitado a supuestos en que la probabilidad de éxito era suficientemente alta como para justificar una reparación parcial, pero sin exigir la certeza de los esquemas clásicos. Este carácter subsidiario exige, sin embargo, una aplicación prudente que impida utilizarla como un modo de eludir el estándar probatorio que rige en materia de responsabilidad civil. En este contexto, Medina Alcoz exige que la víctima haya agotado previamente los medios de prueba disponibles.

Desde su perspectiva, la pérdida de chance se trataría de un caso de responsabilidad proporcional en que la cuantificación del daño debe realizarse aplicando un juicio de probabilidad que determinará la proporción que debe indemnizarse.

La jurisprudencia española, según relata, sigue estos principios desde hace más de dos décadas. Aunque no existe una teoría consolidada, los tribunales han optado por una línea jurisprudencial que admite indemnizaciones basadas en probabilidades razonables y han abandonado el esquema binario del todo o nada propio del razonamiento contrafactual clásico.

En cuanto a la relación con la teoría de la imputación objetiva, el autor considera que esta es insuficiente para explicar los casos de pérdida de oportunidad. Mientras la imputación objetiva busca delimitar normativamente los efectos del hecho dañoso, la pérdida de oportunidad introduce una solución intermedia entre el todo y la nada, aceptando que puede haber responsabilidad aun cuando no se pruebe la relación causal directa.

No obstante, esta reconstrucción, impone una visión que reduce la pérdida de oportunidad a un problema probatorio. El perjuicio no es la oportunidad en sí, sino el resultado que se presume frustrado y que se intenta reparar parcialmente según su probabilidad. Esta postura, sin embargo, pierde de vista lo esencial: que la oportunidad perdida no es incierta, sino que es un daño real cuya frustración es, por sí solo indemnizable.

La crítica a esta postura es que la pérdida de oportunidad no puede limitarse a suplir carencias de prueba o compensar dificultades probatorias. Cuando lo que se ha perdido es una probabilidad real y jurídicamente protegida, lo que hay es un daño autónomo, directo, concreto y actual. La incertidumbre no está en la causalidad, sino en el resultado; y como el daño no es el resultado, sino la oportunidad perdida, no hay espacio para aplicar esquemas de responsabilidad fraccionada ni indemnizaciones proporcionales. La reparación debe ser integral, porque lo que ha desaparecido es la oportunidad misma.

b. Eugenio Llamas Pombo⁶³

Eugenio Llamas Pombo aborda la figura de la pérdida de oportunidad con una mirada matizada, distinguiendo con cuidado los distintos ámbitos en que puede manifestarse. Su punto de partida es el perjuicio no radica en la pérdida del resultado final, sino en la disminución de las probabilidades de alcanzarlo, como consecuencia de una conducta ilícita. En otras palabras, el daño consiste en la frustración de una expectativa razonable que, de no haber mediado dicha conducta, podría haberse materializado.

Esta noción tiene diversas aplicaciones. En el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados, por ejemplo, identifica como manifestación clara de esta figura aquellas situaciones en que la omisión de presentar una demanda, interponer un recurso o ejecutar una gestión esencial priva al cliente de participar en un litigio que podría haberle resultado favorable. En estos casos, la jurisprudencia española tiende a calificar el daño como moral, evitando ingresar en la complejidad de evaluar el “caso dentro del caso”, pero sin dejar de reconocer que el cliente ha sido privado de una expectativa legítima.

La figura también ha sido acogida en la responsabilidad médica. En este ámbito, la pérdida de oportunidad afecta especialmente a los diagnósticos tardíos, ya que la imposibilidad de determinar con certeza si un tratamiento habría evitado el resultado final impide atribuir responsabilidad por el desenlace. No obstante, se reconoce que el paciente ha sido privado de una oportunidad terapéutica valiosa, cuya pérdida constituye un daño

⁶³ Llamas Pombo (2020).

indemnizable. En estos casos, lo que se repara es la disminución de las probabilidades de recuperación, siempre que esa expectativa haya sido jurídicamente relevante.

Para Llamas, la pérdida de oportunidad plantea dos cuestiones esenciales: en primer lugar, si puede considerarse un daño autónomo, y en segundo lugar, cómo debe cuantificarse. Su respuesta es afirmativa en cuanto a la primera cuestión: se trata, dice, de una expectativa jurídicamente protegida y, por tanto, resarcible. Sin embargo, advierte que su valoración no es sencilla y que exige recurrir a estimaciones probabilísticas razonables.

En este punto, el análisis se vuelve más complejo: ¿basta con que exista una oportunidad frustrada? ¿Qué nivel de probabilidad exige el derecho para admitir la reparación? Para Llamas, si las estadísticas sugieren que, de haber mediado una conducta distinta, el resultado habría sido evitado con alta probabilidad, corresponde indemnizar el daño total, porque ya no estamos ante una pérdida de oportunidad, sino ante un daño plenamente causado. En cambio, si la probabilidad era ínfima, no cabe indemnización alguna. La pérdida de oportunidad aparece, así, como una categoría intermedia, útil cuando la probabilidad frustrada no alcanza el umbral de certeza, pero excede la mera conjetura.

Esta lógica también lo lleva a distinguir entre casos que merecen una reparación y aquellos que no. Por ejemplo, la frustración de participar en un juicio viable constituye, para él, una pérdida resarcible; en cambio, la pérdida de ganar la lotería por negligencia, aun si existiera expectativa, no justificaría reparación, ya que se trata de una probabilidad insignificante.

Finalmente, Llamas reflexiona sobre la cuantificación del daño. Reconoce que, aunque compleja, la única vía razonable es la aplicación de coeficientes probabilísticos. Así, la indemnización se determina en proporción a la expectativa frustrada. Aunque en muchos casos se vincula con el daño moral, subraya que esta relación no siempre es necesaria, ya que la pérdida de oportunidad también puede afectar a intereses patrimoniales.

Esta propuesta, sin embargo, deja algunos puntos sin resolver que merecen ser examinados. En primer lugar, la definición del daño como disminución de probabilidades con base exclusivamente estadística puede generar incertidumbre en aquellos casos en que no existen datos precisos o fiables. Además, el riesgo de reducir el análisis jurídico a

un cálculo técnico desvinculado del contexto humano del caso concreto es importante. Las cifras pueden orientar, pero nunca sustituir la ponderación jurídica fundada.

En segundo lugar, subsiste una dificultad mayor: al concebir la pérdida de oportunidad como un daño moral, Llamas limita su aplicabilidad a un plano subjetivo que no siempre es congruente con la naturaleza del menoscabo sufrido. En los casos médicos o profesionales, como la omisión de iniciar un proceso judicial, no solo está en juego una afección moral, sino también la frustración de intereses económicos o vitales, cuya pérdida es plenamente objetiva.

Finalmente, la exigencia de una “alta probabilidad” como criterio para distinguir entre daño pleno y pérdida de oportunidad plantea serias dificultades conceptuales. Si el estándar se acerca demasiado a la certeza, la figura pierde sentido. Pero si se flexibiliza sin límites, se corre el riesgo de transformar la pérdida de oportunidad en una fórmula elusiva, incapaz de ofrecer criterios jurídicos claros.

2.3. Autores argentinos

a. Félix Trigo Represas⁶⁴

Félix Trigo Represas propone a la pérdida de oportunidad como una figura que se sitúa en el límite entre lo cierto y lo incierto, lo actual y lo potencial. La define como aquella situación en la que la víctima se ve privada, por la intervención antijurídica de un tercero, de participar en un proceso cuyos resultados eran razonablemente alcanzables. Este acto interrumpe el curso ordinario de los acontecimientos, frustrando expectativas cuya realización futura, hasta el momento del hecho, podía considerarse plausible.

Desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad constituye un daño autónomo y actual que se produce cuando un hecho ilícito impide alcanzar un resultado favorable cuya realización era probable, aunque no segura. No se trata de reparar el resultado que finalmente no se obtuvo, sino la privación real de obtenerlo, entendida como un valor

⁶⁴ Trigo Represas (2008^a); Trigo Represas y López Mesa (2011a).

jurídico en sí mismo. No se indemniza el resultado final, sino la supresión de una oportunidad que formaba parte de la esfera de protección de la víctima.

El concepto incorpora, por su propia naturaleza, un elemento aleatorio: lo perdido no es un bien cierto, sino la expectativa razonable de acceder a él. Así, se configura una dualidad que debe distinguirse con cuidado: existe la certeza de que el damnificado ha perdido una oportunidad valiosa, pero subsiste la incertidumbre de si el resultado final se habría concretado. El daño, por lo tanto, no depende del desenlace no ocurrido, sino de la supresión de una oportunidad jurídicamente apreciable que ya no está disponible debido al acto ilícito.

Este punto de vista permite reconocer como indemnizables aquellas situaciones en las que, sin llegar a probarse el desenlace final, sí puede constatarse que existía una probabilidad fundada de alcanzarlo. En estos casos, el perjuicio no es eventual ni conjetural, sino concreto, porque afecta a un bien inmaterial o material que la víctima ya había incorporado legítimamente a su trayectoria vital.

Con todo, este análisis especifica que no toda expectativa frustrada constituye una pérdida de oportunidad. Es necesario que, en el momento del hecho, el sujeto se encontrara en una posición objetiva que le permitiera, con cierta razonabilidad, aspirar al beneficio o evitar el perjuicio. Solo cuando esa expectativa es seria, reconocible y jurídicamente protegible, puede hablarse de una oportunidad indemnizable. De lo contrario, existe el riesgo de que esta figura se diluya como parte del resultado final, hasta volverse indistinguible.

En cuanto a su reparación, la indemnización no equivale al valor total del beneficio perdido, sino a un daño autónomo, que se determina mediante una evaluación prudente que combine elementos fácticos, probabilísticos y valorativos. En este esquema, el juez no responde con fórmulas matemáticas, pero tampoco toma decisiones arbitrarias: su tarea consiste en valorar las circunstancias concretas del caso y el grado de afectación que ha sufrido el proyecto de vida de la víctima

Esta visión clarifica de la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad y sus elementos estructurales. No obstante, deja sin resolver algunas cuestiones importantes. Aunque se invocan nociones como razonabilidad y probabilidad, no se precisan criterios operativos para distinguir cuándo una expectativa alcanza la entidad suficiente como para ser protegida. Esta omisión puede derivar en respuestas jurisprudenciales diferentes para

casos similares, especialmente en contextos en los que no existen estándares probatorios comunes.

Además, aunque se reivindica una “valoración prudente” de la indemnización, es necesario advertir que la prudencia, cuando carece de parámetros objetivos, puede dar lugar a decisiones arbitrarias o insuficientes. En particular, en aquellos casos en los que lo perdido tiene una dimensión patrimonial concreta, una reparación moderada podría no reflejar adecuadamente el perjuicio sufrido. En definitiva, si se reconoce la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, su reparación también debe serlo: fundada, suficiente, pero nunca meramente simbólica.

b. Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos⁶⁵

La pérdida de la chance es concebida por Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos como una figura autónoma dentro del sistema de responsabilidad civil. Su objeto no es el resultado finalmente frustrado, sino la privación injusta de la oportunidad cierta de haberlo alcanzado. Esta pérdida, afirman, configura un daño en sí mismo que puede ser resarcido no por lo que se esperaba obtener, sino por la expectativa truncada en cuanto tal, evaluada en función de su valor económico o existencial.

Lejos de considerarla una solución procesal para suplir deficiencias probatorias, los autores sostienen que se trata de un verdadero contenido patrimonial o extrapatrimonial que merece tutela propia. No se indemniza la ganancia no obtenida ni el perjuicio no evitado, sino la oportunidad razonable de haber alcanzado uno u otro resultado. Esta precisión es fundamental para comprender la estructura jurídica de la figura.

Para que dicha oportunidad adquiera relevancia jurídica, debe ser razonable, fundada y susceptible de prueba objetiva. No se exige certeza absoluta, pero sí un estándar que permita distinguir las expectativas legítimas de las conjeturas sin fundamento. Así, la chance se ubica en un punto intermedio entre el daño cierto y el puramente hipotético: no es necesario acreditar plenamente el resultado, pero tampoco se admiten suposiciones

⁶⁵ Pizarro y Vallespinos (2024).

infundadas. Basta con acreditar que, de no mediar el hecho antijurídico, el damnificado habría conservado una probabilidad real de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio.

La idea principal se basa en tres puntos clave: primero, que existe una oportunidad concreta y significativa en el momento del daño; segundo, que este daño está conectado con una acción ilegal; y tercero, que se puede dar un valor económico o moral al daño. En este punto, los autores rechazan expresamente la distinción doctrinaria que reserva un tratamiento preferente a las “chances en curso” respecto a aquellas que aún no se han ejercido, ya que consideran que ello introduce un sesgo arbitrario. La oportunidad, si es seria y verificable, merece igual protección, con independencia de su grado de avance.

La exigencia de causalidad se trata con especial cuidado. Aunque reconocen que la chance incorpora un grado de incertidumbre respecto del resultado, insisten en que ello no exime al demandante de probar el nexo causal entre la conducta ilícita y la frustración de la oportunidad. En este caso, la carga probatoria recae sobre la existencia misma de la chance como daño, no sobre el desenlace hipotético que podría haberla materializado.

En lo que respecta a la cuantificación, la indemnización no debe confundirse con el valor total del beneficio perdido ni reducirse a cifras simbólicas que anulen el derecho. El juez debe valorar el grado de probabilidad de que se produzca la oportunidad, utilizando en la medida de lo posible datos objetivos, sin desatender el contexto particular de cada caso. Esta ponderación permite determinar un monto proporcional que refleje con fidelidad la entidad del daño sufrido.

Además, la chance no se limita al ámbito patrimonial. Los autores extienden su aplicación a dimensiones extrapatrimoniales, reconociendo que también puede afectar a expectativas legítimas relacionadas con el desarrollo profesional, el proyecto de vida o vínculos personales relevantes. En todos estos casos, la pérdida de oportunidad constituye un menoscabo autónomo, cuya reparación no contradice, sino que afirma, el principio de reparación plena.

Estoy de acuerdo con la idea general que proponen. Sin embargo, me parece necesario precisar con mayor claridad el alcance del requisito de razonabilidad. En ocasiones, la doctrina tiende a confundirla con un estándar estadístico de certeza. Pero no se trata de alcanzar un umbral cuantitativo de probabilidad, sino de evaluar la plausibilidad jurídica del proceso causal frustrado. En otras palabras, la oportunidad no solo debe evaluarse por su número, sino también por su contexto y por el mérito de quien

la pierde. Este matiz fortalece la legitimidad de la figura y evita que la razonabilidad se transforme en una forma solapada de denegar el derecho a ser indemnizado.

Asimismo, resulta importante precisar que la certeza relativa no es una particularidad exclusiva de la pérdida de chance. En general, nuestro sistema jurídico no exige, ni podría exigir, certeza absoluta como presupuesto para acceder a la reparación. Toda prueba, en mayor o menor medida, es relativa. Lo esencial es que permita demostrar, con fundamentos serios y razonables, que lo perdido era algo más que una ilusión: era una oportunidad legítima de mejora, suprimida injustamente por el hecho dañoso.

c. Sebastián Picasso y Luis R. Sáenz⁶⁶

Sebastián Picasso y Luis Sáenz analizan la pérdida de oportunidad como una figura autónoma dentro del sistema de responsabilidad civil, haciendo hincapié en su función resarcitoria específica y en su consolidación jurídica en el ordenamiento argentino. Para ambos, esta figura se configura en aquellos casos en los que existe prueba suficiente de una conducta antijurídica y de un resultado final desfavorable, pero no es posible establecer con certeza el vínculo causal entre ambos. En tales circunstancias, lo que se indemniza no es el desenlace que no llegó a ocurrir, sino la privación de la oportunidad real y seria de que ese desenlace pudiera haber sido distinto.

El análisis parte de la base de que la chance constituye un daño distinto que no se identifica con el resultado frustrado. Por el contrario, se trata de un perjuicio autónomo, cuya existencia depende de la oportunidad concreta de éxito que el acto ilícito suprimió. Este reconocimiento, reforzado por su incorporación expresa en el CCyC, no solo consolida su legitimidad jurídica, sino que también debilita las posturas que intentan negarla como una categoría independiente.

Una de sus principales contribuciones es el desarrollo de los elementos distintivos que caracterizan esta figura. Se destaca que no se trata de un daño hipotético ni eventual: para que exista pérdida de oportunidad, es indispensable que la víctima haya contado con una probabilidad razonable de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, que se vio frustrada directamente por la conducta del agente. La certeza del daño no radica en el

⁶⁶ Picasso y Sáenz (2019), pp. 482 y ss.

resultado no obtenido, sino en la interrupción de un proceso legítimo que habría podido conducir a ese resultado.

Este criterio se refuerza con la exigencia de que la oportunidad existiera en el momento del hecho lesivo. Por tanto, la razonabilidad no es un atributo retrospectivo, sino un juicio que debe hacerse sobre la base de las condiciones vigentes en el momento de la intervención antijurídica. Por ello, la oportunidad no puede confundirse con una expectativa vaga o futura, sino que debe tener un contenido verificable y jurídicamente valorable. Su pérdida es actual, aunque su manifestación, es decir, el resultado que ya no se alcanzará, esté proyectada en el futuro.

Respecto al nexo causal, se afirma que su existencia debe ser probada con la misma rigurosidad que en cualquier otro caso de responsabilidad civil. No basta con acreditar el hecho ilícito y el daño; es indispensable demostrar que la oportunidad fue suprimida precisamente por esa conducta. De esta forma, se evita confundir causalidad con imputación subjetiva o sancionar la sola existencia de culpa con la atribución de un daño sin respaldo probatorio suficiente.

En cuanto a la cuantificación, proponen un análisis que combine elementos objetivos y estimaciones prudentes. La reparación, afirman, debe corresponder a una fracción del beneficio esperado, en proporción al grado de probabilidad que razonablemente se podía atribuir a la chance en el momento del hecho. Aunque reconocen que no siempre es posible contar con datos empíricos completos, insisten en que cualquier estimación judicial debe estar fundamentada y no puede convertirse en una respuesta arbitraria o simbólica. Esta exigencia de fundamentación se aplica tanto a la pérdida de una chance positiva, vinculada a un beneficio no alcanzado, como a la negativa, relativa a la evitación de un perjuicio, ambas consideradas resarcibles bajo los mismos parámetros.

Por último, ofrecen una reflexión procesal. Sostienen que la pérdida de oportunidad puede ser objeto de reparación, aunque no haya sido incluida expresamente en la demanda, siempre que se haya acreditado suficientemente en el proceso. Desde esta óptica, no consideran que su reconocimiento infrinja el principio de congruencia procesal, siempre que se mantenga la identidad sustancial del daño reclamado.

Esta reconstrucción, al separar con claridad el resultado final de la oportunidad perdida y al exigir una prueba concreta del vínculo causal entre esta y la conducta del

agente, preserva la lógica interna del sistema de responsabilidad civil. También es valorable su insistencia en criterios de cuantificación que limitan la discrecionalidad judicial y evitan soluciones arbitrarias.

No obstante, caben algunas observaciones. Aunque la razonabilidad de la chance se trata como una condición esencial para su reparación, su delimitación resulta algo ambigua. No se explica si esta razonabilidad debe evaluarse desde un enfoque cuantitativo, por medio de un porcentaje de probabilidad, cualitativo, según la verosimilitud en el contexto concreto, o mediante una combinación de ambos. Esta omisión, puede generar incertidumbre práctica sobre su aplicación uniforme.

d. Matilde Zavala de González⁶⁷

La pérdida de la chance se concibe como la frustración de una oportunidad concreta y razonable de alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio. El daño no radica en el resultado que no se produjo, sino en la supresión de una expectativa fundada que existía en el momento del hecho antijurídico. Se trata, por lo tanto, de un daño que puede generar responsabilidad, siempre que dicha expectativa cumpla con las exigencias mínimas de seriedad, verosimilitud y respaldo probatorio.

Como no se indemnizan daños eventuales, no toda oportunidad frustrada merece una indemnización. Solo aquellas que superan el umbral de lo meramente conjetural o ilusorio. El punto de partida no es la certeza del resultado, sino la razonabilidad de la oportunidad perdida. La prueba no debe demostrar que el beneficio habría sido obtenido, sino que existía una oportunidad real, compatible con el curso ordinario de los acontecimientos y jurídicamente relevante.

En todo caso, toda oportunidad conlleva incertidumbre, pero no toda incertidumbre es admisible en el sistema de responsabilidad civil. Para que sea resarcible, deben acreditarse indicios razonables que justifiquen la presunción de una oportunidad legítima y no meramente deseada. No se exige certeza estadística ni una demostración concluyente, pero sí un mínimo de prueba que permita afirmar que esa expectativa tenía entidad suficiente para merecer tutela.

⁶⁷ Zavala de González (2015), pp. 561-578.

Esta exigencia también actúa como límite frente a la discrecionalidad judicial. La cuantificación debe resultar de una ponderación prudente, basada en datos objetivos cuando sea posible, y debe ser proporcional al valor estimable de lo perdido. La indemnización no puede equipararse al valor íntegro del beneficio frustrado ni transformarse en un monto simbólico que vacíe de contenido la protección jurídica.

Además, resulta fundamental distinguir entre la incertidumbre propia del contenido del daño y la exigencia de certeza respecto del nexo causal. Aunque la probabilidad de éxito puede ser relativa, debe acreditarse suficientemente la relación entre el hecho lesivo y la frustración de la oportunidad. Si no se traza con claridad esa frontera, la figura corre el riesgo de diluirse entre presunciones equitativas o de volverse ineficaz por un estándar probatorio excesivo.

En términos generales, el desarrollo identifica correctamente los criterios que permiten separar la mera esperanza de una verdadera oportunidad indemnizable. Sin embargo, al utilizar expresiones como “incertidumbre significativa” como criterio de exclusión, se introduce una noción que, sin mayor precisión, puede dificultar la aplicación uniforme de la figura. La razonabilidad no puede entenderse como un estándar aislado o puramente intuitivo. Es indispensable analizar el contexto en que se produce la pérdida, el mérito de la víctima, su trayectoria o situación previa y la plausibilidad del proceso causal interrumpido.

2.4. Doctrina chilena

a. Ramón Domínguez Águila⁶⁸

Analiza la certeza como un requisito esencial del daño, especialmente en el caso de perjuicios cuya ocurrencia se encuentra sujeta a probabilidad, como sucede con las chances. Ningún sistema jurídico exige una certeza absoluta, siendo suficiente con que sea razonable, similar a lo que ocurre con el lucro cesante. Para demostrar la certeza no es necesario determinar cifras exactas, sino estimaciones razonables, evitando caer en especulaciones y sin imponer reglas estrictas. En términos prácticos, se requiere que el

⁶⁸ Domínguez Águila (1990, 2019).

curso normal de los acontecimientos permita inferir que el demandante habría obtenido la ganancia alegada si no hubiese mediado el hecho lesivo, para que pueda ser objeto de reparación.

En lo que respecta a las chances, resalta que estas suponen una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida. Por lo mismo, la pérdida de una oportunidad constituye un daño autónomo, ya que, de no haberse producido la conducta negligente, el demandante habría conservado una oportunidad o evitado una pérdida. Este daño tiene un valor económico, aunque su carácter aleatorio complique su cuantificación. En todo caso, este valor no equivale al beneficio potencial esperado, pero sí tiene un peso que debe considerarse como un capital susceptible de indemnización.

Eso sí, resalta que no toda chance es indemnizable, sino que debe existir al menos una fuerte probabilidad de que ella se traduzca en realidad. Si ello se acredita, existe un interés aleatorio que el juez establece como daño.

Para determinar el monto, se puede recurrir a toda clase de pruebas: acuerdos contractuales, valores de mercado, o en su ausencia, el juez deberá recurrir a la prudencia. En todo caso, su cálculo resulta de multiplicar el interés del valor en juego por el porcentaje de oportunidades.

Por otro lado, se vincula la pérdida de chance con situaciones relacionadas con la sobrevida o la exposición a riesgos de daño corporal futuro. En estos casos, la chance no solo representa una oportunidad de ganancia, sino también un posible agravamiento de la situación actual a causa del daño sufrido. Ejemplos debatidos incluyen probabilidades de daño por consumo de sustancias nocivas o exposición a accidentes radiactivos. El problema de esta clase de daños es que suelen evaluarse retrospectivamente, no prospectivamente, lo que complica su valoración.

En relación con la pérdida de esperanza de sobrevida o recuperación, el profesor aborda la responsabilidad en el contexto de errores o negligencias médicas. En estos casos, los tribunales enfrentan el dilema de exigir una causalidad directa y probada para negar la indemnización o aceptar una causalidad probable pero no certera para otorgarla. Pero ambas opciones resultan insatisfactorias, por lo que los jueces han recurrido a la pérdida de chance como una alternativa. Esta teoría, aunque criticada por algunos autores que la asocian con la causalidad incierta, se fundamenta en el reconocimiento de que la

certeza absoluta es ajena al quehacer jurídico y permite a los jueces delimitar el alcance de la responsabilidad de manera justa y racional.

Es decir, propone una visión integral y pragmática de la pérdida de chance como un daño autónomo que merece indemnización. Destaca que la certeza en el ámbito jurídico no debe entenderse absoluta, sino razonable, y aboga por las probabilidades fundadas que permitan valorar económicamente las chances perdidas. Su análisis se extiende más allá del ámbito patrimonial, abordando también casos de sobrevida y riesgos de daño corporal futuro, lo que amplía las implicancias de su teoría.

El principal aporte radica en su propuesta de valorar económicamente la pérdida de chance de manera flexible y razonable, ofreciendo soluciones concretas a problemas que tradicionalmente han sido desafiantes para los tribunales. Sin embargo, aunque reconoce la posibilidad de recurrir a acuerdos contractuales, valores de mercado o la discreción judicial, este último recurso podría generar desigualdades si no se establecen lineamientos claros.

b. Enrique Barros Bourie⁶⁹

Enrique Barros aborda la pérdida de oportunidad desde la perspectiva de la causalidad incierta. Según su análisis, existen situaciones en las que, pese a que el daño ya se ha producido, no es posible establecer con certeza si se originó en un hecho atribuible al demandado. Lo que existe es una probabilidad de que así haya sido. En este contexto, hay que distinguir entre el daño eventual y la pérdida de oportunidad. En el primero, la incertidumbre se refiere a la posibilidad de que el daño llegue a producirse; mientras que en el segundo, el daño ya se ha verificado, pero no es posible establecer con certeza su vínculo causal con el hecho imputado. La pérdida de oportunidad es un daño real pero cuya conexión causal con la conducta del demandado solo puede evaluarse en términos probabilísticos.

Desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad constituye un factor de riesgo cuya eficacia causal es incierta. La conducta negligente del demandado puede incrementar ese riesgo de manera positiva, al elevar la probabilidad de que el daño ocurra,

⁶⁹ Barros Bourie (2006), pp. 378-383.

o de manera negativa, al impedir al damnificado aprovechar una ocasión para evitarlo. En ambas situaciones, la negligencia genera un aumento de la probabilidad de daño, sin que ello permita concluir, con plena certeza, que dicho daño se produjo como consecuencia directa de la conducta imputada.

Por otro lado, en ausencia de una regulación expresa, es posible identificar tres criterios doctrinarios utilizados para resolver estos casos de incertidumbre causal. El primero es aquel en que se exige certeza absoluta, por lo que la responsabilidad se limita exclusivamente a aquellos supuestos en los que se puede acreditar de manera indubitable la relación causal. Esta solución, afín a la tradición que rechaza la reparación de daños hipotéticos, puede ser problemática, ya que en muchos casos la dificultad no radica en probar la existencia del daño, sino en atribuirlo causalmente al demandado. Si se exige certeza absoluta, incluso cuando el daño se ha producido, pero hay incertidumbre sobre su causa, se corre el riesgo de consolidar situaciones de impunidad.

El segundo criterio consiste en la utilización de presunciones judiciales, que permiten imputar responsabilidad cuando las probabilidades de causalidad superan cierto umbral (generalmente, el 50 %). Esta perspectiva transforma el juicio causal en un problema de valoración estadística y establece una frontera arbitraria entre lo indemostrable y lo resarcible.

Finalmente, está la postura que aboga por aplicar la probabilidad al cálculo de la indemnización. En este sentido, se concede una indemnización proporcional al incremento del riesgo atribuible a la conducta del demandado. Por ejemplo, en el caso de un paciente con un 40 % de probabilidades de supervivencia antes de un diagnóstico tardío y cuyas probabilidades descienden al 10 % por la negligencia médica, tendría derecho a una indemnización de 30 puntos porcentuales, como expresión del riesgo agregado por la negligencia.

A juicio de Enrique Barros, esta última posición es la más razonable, ya que ofrece una solución intermedia entre la negación total del daño y su indemnización plena. Aun así, reconoce que cada uno de estos modelos responde a hipótesis distintas sobre la naturaleza del juicio causal y sobre el objeto mismo del daño.

No obstante, su planteamiento merece ser examinado con detenimiento. La idea de que la pérdida de oportunidad deba enmarcarse necesariamente en el campo de la causalidad incierta conduce a confusiones evitables. Si lo que se ha perdido es una

oportunidad, entonces el daño cierto es la frustración de esa oportunidad, no el resultado final hipotético. En estos casos, la causalidad no se orienta a probar que la negligencia causó el desenlace último, sino que provocó la pérdida de una probabilidad favorable. El hecho ilícito tiene, entonces, una conexión directa con el daño, que no es el perjuicio final, sino la oportunidad frustrada.

En resumen, enmarca la pérdida de oportunidad como un problema de causalidad incierta. Su análisis distingue entre el daño eventual y la pérdida de oportunidad, proponiendo herramientas de valoración para superar las dificultades asociadas a la incertidumbre causal, como el cálculo proporcional de la indemnización en función del incremento del riesgo.

La reflexión recién analizada merece ser examinada. En primer lugar, que la pérdida de oportunidad deba enmarcarse necesariamente en el campo de la causalidad incierta conduce a confusiones evitables. Si lo que se ha perdido es una chance, entonces el daño cierto es la frustración de esa oportunidad, no el resultado final hipotético. La causalidad no se orienta, en estos casos, a probar que la negligencia causó el desenlace último, sino que provocó la pérdida de una probabilidad favorable. El hecho ilícito tiene, entonces, una conexión directa con el daño, que no es el perjuicio final, sino la oportunidad frustrada.

Desde esta perspectiva, el análisis probabilístico como criterio para cuantificar el daño puede ser útil, pero no puede convertirse en un filtro para negar su existencia. Aplicar una indemnización proporcional al riesgo incrementado, implica reducir la chance a un dato accesorio del perjuicio final, negándole autonomía ontológica como daño. Con ello, se desnaturaliza su esencia: la oportunidad no es un mero indicador de la probabilidad de que ocurra algo valioso, sino un bien jurídico autónomo, cuya frustración constituye, por sí sola, un perjuicio. Además, someter la reparación de este daño a estándares probabilísticos introduce un margen de discrecionalidad que podría comprometer la coherencia del sistema.

Por ello, aunque el esfuerzo de categorizar y sistematizar el tratamiento de la causalidad incierta es valioso, su propuesta de tratarla como una indemnización proporcional al riesgo generado no se ajusta a una comprensión plena de la pérdida de oportunidad como figura autónoma del derecho de daños.

c. Mauricio Tapia⁷⁰

La pérdida de oportunidad es abordada en el marco del derecho civil chileno, y lo hace subrayando su naturaleza jurídica autónoma, así como su tratamiento progresivo en la jurisprudencia nacional. Para él, la oportunidad perdida constituye un bien jurídico aleatorio cuya destrucción, provocada por una conducta negligente, genera un perjuicio real e independiente del resultado final que se podría haber alcanzado. No se trata de indemnizar el beneficio frustrado ni de elucubrar sobre posibles escenarios futuros. Lo indemnizable es la pérdida misma de la oportunidad, entendida como un capital de valor propio que forma parte del patrimonio del afectado.

El carácter aleatorio de la oportunidad no impide reconocer su valor. Aunque no se garantice su éxito, la posibilidad real y seria de alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio constituye, por sí sola, un interés legítimo y jurídicamente tutelable. Lo que se extingue, en consecuencia, no es una expectativa hipotética, sino un bien con valor patrimonial propio cuya desaparición produce un daño que merece reparación.

Por otro lado, recoge las principales objeciones de la doctrina contra el reconocimiento de este daño. Entre ellas, destaca la dificultad de cuantificar el valor de una oportunidad incierta, la alegación de que se trataría de un daño futuro o eventual y el argumento de que no es posible determinar con certeza su existencia o su extensión. Frente a estas críticas, el autor responde con seguridad que no se indemniza el resultado frustrado, sino las oportunidades destruidas, que tienen un valor económico equiparable al de activos transables en el mercado, como las pólizas de seguro o los boletos de lotería. Desde esta perspectiva, el valor de la oportunidad no depende de su realización, sino de su mera existencia.

Con igual claridad, el autor descarta que la pérdida de una oportunidad pueda asimilarse al lucro cesante o que su indemnización deba limitarse mediante criterios de responsabilidad proporcional. A su juicio, si el derecho ya admite la reparación de daños futuros sobre la base de una probabilidad razonable, no existen impedimentos jurídicos para reconocer el carácter resarcible de una oportunidad destruida. La incertidumbre sobre su resultado no niega su existencia ni su valor.

⁷⁰ Tapia Rodríguez (2003; 2015; 2012).

Según esta lógica, la indemnización no debe limitarse a un cálculo proporcional, sino que debe reflejar el valor íntegro del bien perdido. No obstante, establece ciertos requisitos para su procedencia: la oportunidad debe ser real y seria, el perjuicio directo, personal y cierto, el interés legítimo y relevante afectado debe ser relevante y la relación de causalidad con el hecho dañoso debe poder acreditarse. No toda oportunidad frustrada da lugar a una reparación: quedan excluidas aquellas que dependen exclusivamente de la voluntad de la víctima o que carecen de sustancia fáctica verificable.

Desde una perspectiva práctica, destaca la evolución de la jurisprudencia chilena en esta materia. Menciona cómo, en sus primeras aproximaciones, los tribunales se mostraron reacios a admitir este tipo de pretensiones, desestimándolas por considerarlas conjeturales o formas imperfectas de lucro cesante. Sin embargo, identifica un antecedente temprano de 1904, en el que la Corte Suprema reconoció el derecho de una mujer viuda a ser indemnizada por la pérdida de los aportes económicos que habría recibido de su hijo estudiante fallecido, lo que revela una temprana intuición de que la chance frustrada puede ser objeto de tutela.

En épocas más recientes, Tapia identifica sentencias relevantes en los más diversos ámbitos, como la responsabilidad médica, la pérdida de oportunidades de negocio, los accidentes laborales y la negligencia de abogados. En estos casos, la pérdida de chance ha sido reconocida como un instrumento de equidad, útil para compensar la privación de probabilidades razonables de recuperación o de mejora patrimonial, frustradas por una conducta antijurídica.

En definitiva, el daño resarcible no es el resultado, sino la potencialidad destruida. La pérdida de oportunidad es un daño autónomo e independiente, cuya reparación no puede supeditarse a la ocurrencia del resultado final ni reducirse mediante cálculos porcentuales. Su postura ofrece un marco teórico sólido que ha contribuido a consolidar una comprensión más precisa y justa de esta figura en el derecho chileno, superando tanto las objeciones basadas en la incertidumbre como las tentaciones de fragmentar su reparación. La pérdida de una oportunidad constituye, en sí misma, un perjuicio concreto, directo y plenamente indemnizable.

d. Ignacio Ríos y Rodrigo Silva⁷¹

Ignacio Ríos y Rodrigo Silva sostienen la necesidad de desarrollar un lenguaje técnico preciso para dotar de coherencia a la pérdida de oportunidad. En su opinión, el desarrollo de esta teoría se ha visto obstaculizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia por un uso intuitivo y, a veces, equívoco de los términos que la componen. Para ellos, la precisión conceptual es un instrumento indispensable para evitar confusiones interpretativas que comprometan la correcta aplicación de esta figura en el ámbito de la responsabilidad civil, más que una exigencia académica.

En primer lugar, identifican un problema semántico relevante en el uso extendido de la expresión pérdida de la chance, pues suele asociarse únicamente a la frustración de una expectativa de ganancia. Esta connotación restrictiva puede empobrecer el concepto al circunscribirlo a su dimensión económica y excluir otros beneficios igualmente valiosos, como los afectivos, familiares, relacionales o existenciales. Por ello, proponen sustituir el término «ganancia» por «beneficio», expresión más amplia que permite incluir dentro del daño indemnizable todas las formas legítimas de mejora, sin limitarse a las patrimoniales.

Desde una perspectiva etimológica, explican que el vocablo chance proviene del francés *choir*, vinculado a lo que ocurre por azar, como el resultado de un dado lanzado. En este sentido, interpretan la chance como una probabilidad favorable, una apertura hacia la obtención de un bien, una mejora o un resultado deseado. Se trata, en consecuencia, de una figura orientada teleológicamente hacia lo ventajoso, cuyo valor reside en la expectativa real y razonable de obtener un beneficio.

Luego profundizan en las notas características que definen la chance. En primer lugar, subrayan su orientación hacia un resultado positivo, lo que excluye expresiones como «mala chance», contrarias, según su análisis, a la esencia misma del concepto. En segundo lugar, destacan su carácter teleológico y unidireccional: la chance apunta hacia un horizonte de mejora y se extingue cuando ella desaparece. Por último, enfatizan su dimensión futurista e incierta, así como la complejidad que implica su delimitación, dada la multiplicidad de factores que la conforman y la interconexión entre ellos.

⁷¹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014).

Por otro lado, introducen también una distinción terminológica, distinguiendo entre chance y oportunidad. Mientras la primera se refiere a una probabilidad favorable orientada a un resultado positivo, la segunda también abarca riesgos que pueden derivar en consecuencias negativas. Tratar a ambas como sinónimos conduce a restringir el alcance del concepto y a reducir su riqueza interpretativa. La oportunidad, como categoría más amplia, puede contener tanto chances como riesgos, pero solo se indemnizará cuando se destruya una chance real y concreta por un hecho imputable.

Desde esta base, el riesgo, por sí solo, no constituye un daño resarcible. Su mera existencia, como posibilidad abstracta de sufrir un perjuicio, carece de entidad para generar una obligación de reparar. Solo cuando el riesgo se materializa en la pérdida de una probabilidad concreta de alcanzar un beneficio específico, surge un perjuicio indemnizable.

El aporte de esta explicación, en todo caso, no se limita a la definición conceptual. Su esfuerzo por delimitar con precisión los términos de esta teoría permite superar confusiones frecuentes, aclarar el objeto de protección y fortalecer la autonomía de la oportunidad como daño resarcible. Al sostener que lo que de verdad se puede indemnizar no es el resultado final, sino la probabilidad concreta de alcanzar un beneficio, refuerzan la idea de que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo, cuya reparación no debe supeditarse a la ocurrencia del evento frustrado, sino a la existencia real, legítima y valiosa, que haya sido injustamente truncada.

2.5. La pérdida de la chance en el CCyC argentino

El CCyC argentino de 2015 es uno de los pocos cuerpos normativos a nivel mundial que reconoce expresamente la pérdida de la chance como un rubro autónomo indemnizable. Aunque la doctrina y la jurisprudencia ya habían desarrollado ampliamente esta figura⁷², su incorporación expresa al texto legal constituye una novedad, pues consolida su valor como categoría jurídica independiente, dotada de identidad propia.

En particular, los artículos 1738, 1739 y 1745 del CCyC recogen esta figura desde distintos ángulos: establecen sus requisitos de procedencia, delimitan su alcance y

⁷² Parellada (2018), p. 172.

reconocen expresamente ciertos supuestos específicos de aplicación. A continuación, analizaré brevemente estas disposiciones.

a. Artículo 1738

El artículo 1738 establece un catálogo abierto de rubros resarcibles, entre los que incluye, junto con el daño emergente y el lucro cesante, la pérdida de la chance. Por primera vez, el legislador argentino, con un giro innovador, reconoce normativamente que la frustración de una probabilidad concreta de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio constituye en sí misma un daño actual. Lo notable no es solo su inclusión, sino el reconocimiento de este daño como una categoría autónoma, no subsumible en otros conceptos tradicionales del derecho de daños⁷³.

La norma, sin embargo, no define el contenido preciso de esta figura. Se limita a mencionarla como un perjuicio susceptible de reparación. Esa ausencia de definición legal ha sido suplida por la doctrina, que ha identificado con claridad el núcleo conceptual del daño: la frustración de una posibilidad cierta, fundada en elementos objetivos, que fue eliminada por un acto antijurídico. El perjuicio no reside en el resultado final frustrado, sino en la privación de la probabilidad legítima de alcanzarlo⁷⁴.

Esta comprensión permite distinguir la pérdida de la chance de otras figuras cercanas, como los daños meramente eventuales o hipotéticos. Mientras estos últimos se construyen sobre escenarios conjeturales o abstractos, la chance refiere a una expectativa fundada, cuya eliminación constituye, por sí sola, un perjuicio concreto. Por ello, su inclusión en el artículo 1738 debe entenderse como una consagración normativa de un daño autónomo, cuyo reconocimiento ya estaba ampliamente consolidado en el derecho vivo argentino.

Sin embargo, dentro de la doctrina existe un debate respecto a la clasificación de la pérdida de la chance como daño patrimonial o extrapatrimonial. Un sector sostiene que este rubro debe circunscribirse al ámbito patrimonial⁷⁵, limitando su alcance a aquellas situaciones en las que la víctima experimenta un detrimento económico. No comparto

⁷³ Herrera et al. (2022), p. 447.

⁷⁴ Sáenz (2015), p. 722.

⁷⁵ Berger (2018), p. 547.

esta posición, ya que el daño derivado de la pérdida de la chance, puede abarcar tanto consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales. Esto implica que, al reconocer este rubro, la normativa tiene un margen amplio de aplicación⁷⁶, permitiendo su uso en casos en los que la víctima se vea privada no solo de beneficios económicos, sino también de otros bienes o ventajas de carácter no pecuniario, como los emocionales o sociales, que igualmente poseen relevancia jurídica.

Por lo tanto, el artículo 1738 reconoce a la pérdida de la chance como un daño autónomo, dotado de una identidad conceptual y resarcitoria propia⁷⁷. Esto significa que la reparación de este daño no debe quedar supeditada a otros rubros indemnizatorios, sino que debe ser cuantificada de manera independiente, atendiendo siempre a las probabilidades objetivas de que el beneficio esperado hubiera podido realizarse de no haber mediado el acto ilícito y las circunstancias del caso.

b. Artículo 1739

El artículo 1739 establece los presupuestos generales que debe reunir todo daño para ser indemnizable. Entre otros requisitos, exige que el daño sea cierto (aunque pueda ser futuro). La norma excluye expresamente los daños meramente eventuales o conjeturales, lo que refuerza la exigencia de objetividad que debe cumplir toda chance indemnizable. Por tanto, no basta con alegar la existencia de una oportunidad genérica de mejora o de éxito, sino que es necesario demostrar que, de no haber mediado la conducta dañosa, existía una probabilidad razonable, aunque no segura, de obtener un resultado beneficioso. En este sentido, el perjuicio no radica en la pérdida del beneficio en sí, sino en la privación de la probabilidad de alcanzarlo, siempre que esta probabilidad haya tenido sustento suficiente.

Respecto de la pérdida de la chance⁷⁸, el artículo introduce una pauta especial que destaca la importancia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho ilícito y la oportunidad perdida⁷⁹. Aunque esta disposición podría parecer redundante, no lo es, ya

⁷⁶ Santarelli (2015), p. 197.

⁷⁷ Santarelli (2015), p. 199.

⁷⁸ Santarelli (2015), p. 226.

⁷⁹ El artículo 1739 señala expresamente: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

que refuerza la idea de que la pérdida de la chance es un daño cierto, y no un perjuicio meramente eventual o hipotético y que para su indemnización debe cumplir con todos los requisitos generales. El sentido de la norma es evitar que se utilice mal este concepto en situaciones en las que exista incertidumbre respecto del nexo causal⁸⁰.

Con lo recién señalado, es posible concluir que, aunque no exista una relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica y el resultado final, esta restricción no impide indemnizar el daño por pérdida de chance, ya que en este último lo relevante no es el desenlace, sino la probabilidad concreta que ha sido frustrada. Por ende, si esta probabilidad se sustenta en un fundamento objetivo suficiente, su pérdida debe ser indemnizada como un daño autónomo⁸¹.

En otras palabras, aunque el resultado de los acontecimientos es azaroso, la certeza de la pérdida de la oportunidad concreta no se ve afectada. Esto significa que la frustración de una chance es, en sí mismo, un daño cierto, siempre que pueda probarse su relación causal con el hecho ilícito. El artículo 1739 refuerza la idea de que, siempre que una chance sea real, concreta y causalmente vinculada al acto dañoso, deberá ser reparado.

c. Artículo 1745

El artículo 1745 introduce una presunción legal en el contexto de la pérdida de la chance. Establece que, en caso de fallecimiento de una persona, quienes dependían económicamente de ella tienen derecho a ser indemnizados por el perjuicio sufrido, aun cuando no pueda acreditarse con precisión la magnitud de los aportes frustrados. Este criterio se aplica, en especial, a la pérdida de la oportunidad de recibir ayuda futura en caso de muerte de un hijo menor de edad, lo que consolida una línea jurisprudencial sostenida durante décadas en el derecho argentino⁸².

⁸⁰ Sáenz (2015).

⁸¹ Bustamante Alsina (1993), p. 210.

⁸² CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627; CSJN, 10/12/1996, “Bustamante, Elda y otra c./ Provincia de Buenos Aires”, LL online, cita digital: AR/JUR/5994/1996; CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595; CSJN, 07/04/1999, “Villalba, Julio Martín y otra c./ Provincia de Santiago del Estero y otro”, 322:621, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/5236/1999; CSJN, 06/07/1999, “Schauman de Scaiola, Martha S. c./ Provincia de Santa Cruz y otro”, 322:1393, RCyS 2000, p. 477; CSJN, 13/03/2007, “Albornoz, Luis Roberto y otro c./ Provincia de Buenos Aires y otro”,

El legislador presume que los padres, sufren un daño cierto por la pérdida de la oportunidad de recibir asistencia futura, tanto material como afectiva. Este reconocimiento es particularmente relevante en contextos de vulnerabilidad⁸³, en que los hijos suelen ser una fuente importante de apoyo económico o emocional para los progenitores en su vejez⁸⁴. El artículo 1745 no exige la prueba de aportes efectivos previos, sino solo la verificación de una probabilidad suficiente de que estos habrían existido en el futuro.

Este supuesto es diferente del lucro cesante, ya que no parte de una actividad económica actual frustrada, sino de una expectativa fundada en patrones sociales y familiares de cuidado intergeneracional. Por eso, cuando los aportes del hijo ya existían antes de su fallecimiento, el perjuicio corresponde al lucro cesante; en cambio, cuando la contribución se proyectaba hacia el futuro, el daño indemnizable es la pérdida de la chance.

Finalmente, la norma extiende la titularidad activa más allá del círculo de parentesco directo e incluye a quienes ejercían efectivamente la guarda del menor fallecido, como abuelos u otros cuidadores. Esta ampliación refuerza el carácter reparador y equitativo de la norma, al reconocer que la privación de una probabilidad fundada de recibir ayuda futura puede afectar a múltiples personas y que ese perjuicio, aun intangible, puede y debe ser objeto de reparación jurídica⁸⁵.

En suma, la chance no se confunde con una ilusión ni con una expectativa meramente subjetiva: constituye una probabilidad real, seria y objetivamente fundada de alcanzar un beneficio o de evitar un perjuicio. Precisar este concepto resulta esencial, porque solo a partir de él es posible trazar las fronteras de lo indemnizable y distinguir entre aquellas oportunidades que merecen tutela y aquellas otras que, por su vaguedad o carácter hipotético, permanecen fuera del derecho de daños. Sobre estos contornos —las

330:748, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2474/2007; CSJN, 14/07/2015, “Meza, Dora c./ Provincia de Corrientes y otro”, 338:652, RCyS2015-X, p. 80; CSJN, 02/09/2021, “Grippo, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c./ Campos, Enrique Oscar y otros”, 344:2256.

⁸³ Bielsa Ros (2013), pp. 77.

⁸⁴ Jalil (2017a), p. 72. Asimismo, en el caso CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651, se señaló: “la sentencia pasa por alto la circunstancia de que el apoyo económico que los hijos puedan brindar a sus padres no se reduce a lo asistencial-bien que esto es lo habitual en la familia de bajos recursos- y que en determinados medios puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar, según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija”.

⁸⁵ López Herrera (2014), p. 1087.

líneas que permiten separar las oportunidades resarcibles de las que no lo son— se centrará el apartado siguiente.

3. Contornos de las oportunidades perdidas

Para que la pérdida de oportunidad pueda ser indemnizada, no basta con afirmar su existencia. Es necesario, además, identificar aquellos elementos que permiten diferenciar esta figura de otras categorías del derecho de daños, y que justifican su tratamiento específico. No se trata, en este punto, de reiterar los requisitos generales aplicables a cualquier perjuicio resarcible, sino de destacar aquellos rasgos que, por su particularidad, delimitan con mayor precisión el alcance y la legitimidad de esta figura.

El desarrollo que sigue recoge, de manera razonada, los elementos que la doctrina, tanto nacional⁸⁶ como comparada⁸⁷, ha identificado como característicos. Pero no los enumero de manera neutra ni exhaustiva. El foco está puesto en aquellos que, a mi juicio, resultan verdaderamente indispensables. Aquellos sin los cuales no es posible hablar de una oportunidad perdida en sentido técnico.

Para eso, lo primero es que debe existir incertidumbre causal entre el hecho ilícito y el resultado final, es decir, no puede determinarse con certeza cómo habría concluido la situación sin el hecho generador (3.1). Sin perjuicio de lo anterior, debe probarse el nexo causal entre el hecho ilícito y la pérdida de la oportunidad (3.2). Además, la víctima debe encontrarse en una situación aleatoria identificable (3.3). Finalmente, la oportunidad perdida, sea una probabilidad de obtener un beneficio o evitar un riesgo, debe ser real, seria (3.3) e irremediamente perdida (3.4). Terminaré con algunas reflexiones finales (3.5).

⁸⁶ Por ejemplo: Márquez (1986), Zavala De González (1990), Prévôt (2006a), Pizarro (2021), Pita (2015a), Mosset Iturraspe (2009), Moeremans (2010), Jalil (2020b), Caseaux (1981), Bielsa Ros (2013), Trigo Represas (2008a), López Mesa (2013), Hersalis (2020b), Garay (2009), Daray (1995), Calvo Costa (2011), Sáenz (2008), entre otros.

⁸⁷ Chabas (2014), Vitale (2020), Méral (2024), Medina Alcoz (2018a), Vidal Olivares (2020), Mejías (2019), Gamarra (2001), Minet (2014), entre otros.

3.1. Incertidumbre causal entre el hecho ilícito y el resultado final

Ya sea que se analice la chance en sede de daño o causalidad, hay consenso en que la pérdida de oportunidad, exige que exista una incertidumbre en el nexo causal entre la culpa y el resultado final. La chance aparece cuando el método clásico de causalidad no da respuestas: el desenlace y la culpa son evidentes, pero el vínculo con el resultado final se pierde en un territorio gobernado por el azar. Es en este territorio en que la pérdida de oportunidad encuentra su razón de ser y justifica su reconocimiento como objeto específico de tutela jurídica.

Frente a esta incertidumbre, la pérdida de chance reorienta el análisis causal desde el resultado final hacia la probabilidad concreta, que se vio truncada. Lo que se indemniza no es el desenlace final, sino la privación de una oportunidad fundada, cuyo curso fue alterado o eliminado por la conducta ilícita.

Pero ello no significa que exista una flexibilización al principio de causalidad. Muy por el contrario, exige del juez un doble escrutinio causal. Primero, deberá verificar si la culpa generó el resultado final. Solo si este análisis fracasa debido a la incertidumbre inherente al supuesto, deberá realizar un segundo examen para establecer si la conducta negligente puede vincularse causalmente con la probabilidad frustrada. Por tanto, lo esencial de la oportunidad perdida reside precisamente en ese delicado equilibrio:

“Lo esencial de la oportunidad perdida es el equilibrio que se produce entre certidumbre e incertidumbre. La oportunidad perdida es una fórmula con la que se proporciona tutela en los supuestos de estricta incertidumbre: no puede entenderse como un instrumento para reducir la indemnización en los supuestos de daños ciertos ni, a sensu contrario, un instrumento para vincular en todo caso a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio”⁸⁸.

La pérdida de oportunidad permite reconstruir el análisis causal sobre nuevas bases, sin sacrificar exigencias dogmáticas, pero, a la vez, sin dejar de reparar supuestos en los que el perjuicio, aunque no se trate del resultado final, es igualmente real.

La jurisprudencia argentina ha asumido ya este razonamiento; la chilena avanza en la misma dirección. La Corte Suprema de Chile al referirse a los “grados de

⁸⁸ Garcés-Garro Ranz (2010), p. 47.

incertidumbre” que impiden conectar de modo directo la conducta con el resultado final, ha destacado que la certeza judicial debe recaer, al menos, sobre la existencia de una probabilidad seria que ha sido cercenada y su vínculo causal con la conducta negligente⁸⁹. Así, la pérdida de oportunidad amplía el campo de la responsabilidad civil sin desdibujar sus bordes: mantiene el principio de causalidad, pero lo hace dialogar con la ineludible presencia del azar en la vida jurídica.

a. Delimitación de la incertidumbre causal en la pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad no puede ser invocada de manera indiscriminada cada vez que falte prueba suficiente del nexo causal. Su ámbito legítimo de aplicación exige que la incertidumbre provenga del carácter intrínsecamente aleatorio de la situación en la que se encontraba la víctima y no solo de una insuficiencia probatoria⁹⁰. Esta distinción es clave. No todo déficit probatorio refleja la existencia de una incertidumbre objetiva; a menudo,

⁸⁹ Este considerando es característico del “estilo” de la CS Chile, ya que se puede encontrar la misma frase o una de sentido similar, en numerosos de sus fallos. Ver, a modo de ejemplo: CS Chile, 22/09/2016, “Sarabia Tolosa Juan y otros con Servicio de Salud Iquique y otros”, rol n.º 9481-2016, considerando decimoquinto; CS Chile, 25/10/2016, “Nabalón Fierro Myriam y otros con Servicio de Salud Araucanía Sur”, rol n.º 22751-2015, considerando séptimo; CS Chile, 11/05/2017, “Corvalán Castillo Patricia Navidad con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, Hospital Dr. Félix Bulnes”, rol n.º 47936-2016, considerando décimo séptimo; CS Chile, 29/08/2017, “Ortiz López Jorge Juan, Ortiz Bravo Carolina, Ortiz Bravo Jorge con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisne Brousse”, rol n.º 101769-2016, considerando décimo primero; CS Chile, 06/11/2017, “Pérez Barril Mariela, Barril Henríquez Elbia con Servicio de Salud Osorno”, rol n.º 62104-2016, considerando noveno; CS Chile, 09/11/2017, “Contreras Parra Juan Guillermo con Secretaria Regional Ministerial de Salud”, rol n.º 1745-2017, considerando noveno; CS Chile, 09/11/2017, “Escalona Allendes Manuel y otros con Fisco De Chile”, rol n.º 12169-2017, considerando décimo tercero; CS Chile, 27/02/2018, “Fuentealba Duran Alfonso con Servicio de Salud Talcahuano”, rol n.º 21599-2017, considerando décimo primero; CS Chile, 01/03/2018, “Beltrán Rodríguez Claudia Yannira y otro con Servicio de Salud Talcahuano”, rol n.º 34630-2017, voto de minoría; CS Chile, 18/06/2018, anonimizado, rol n.º 18253-2017, voto de minoría, punto cuarto; CS Chile, 12/07/2018, “Tordoya Falcon Blanca Lourdes con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisne Brousse (y otros)”, rol n.º 11761-2017, considerando vigésimo; CS Chile, 02/10/2018, “Catalán López Adriana María con Servicio de Salud Metropolitano Central”, rol n.º 41890-2017, considerando octavo; CS Chile, 03/04/2019, “Vera López Juan Domingo y otras con Hospital San Martín de Quillota y otra”, rol n.º 13129-2018, considerando octavo; CS Chile, 24/04/2019, “Leal Labrin Jorge Arnaldo con Servicio de Salud Metropolitano Oriente”, rol n.º 7108-2017, considerando decimo; CS Chile, 14/08/2019, “Sepúlveda Sepúlveda Ángel con Fisco de Chile”, rol n.º 2456-2018, considerando décimo cuarto; CS Chile, 10/09/2019, “Marín Tapia Bernarda con Hospital Regional De Antofagasta”, rol n.º 16923-2018, voto de minoría; CS Chile, 04/12/2019, “Raneda Vivanco Daniela Alejandra con Corporación Municipal de Salud de San Miguel”, rol n.º 20723-2018, voto de minoría; CS Chile, 16/12/2021, “Richard Boris Fernández Quiñimil y otros con Hospital Doctor Exequiel González Cortes”, 14328-2021, sentencia de remplazo, considerando octavo; CS Chile, 09/01/2024, anonimizado, rol n.º 170621-2022, considerando noveno; CS Chile, 26/02/2024, “Alarcón con Hospital de Santa Cruz”, rol n.º 251257-2023, considerando noveno.

⁹⁰ Vitale (2020), p. 433.

simplemente falta diligencia en la producción o en la búsqueda de los elementos probatorios necesarios. La pérdida de chance, en cambio, presupone una incertidumbre estructural: la imposibilidad de establecer con certeza el vínculo causal por la propia naturaleza aleatoria del proceso causal involucrado.

En estos supuestos, lo que se debe acreditar no es que, en ausencia del hecho ilícito, el resultado se habría producido con certeza; lo exigible es la demostración de que existía una oportunidad jurídicamente relevante y objetivamente verificable de obtener un resultado mejor⁹¹. Dicho de otro modo, el objeto mismo de la prueba se transforma. No se prueba la ocurrencia cierta del beneficio esperado, sino la existencia real de la chance frustrada.

Esta precisión adquiere una relevancia particular cuando el obstáculo probatorio no radica en la incertidumbre estructural, sino más bien en una falta contingente de medios o en la diligencia insuficiente en la prueba. Asimismo, adquiere relevancia en circunstancias en que no existen actualmente criterios científicos apropiados para establecer la relación causal. En estos últimos casos no existe fundamento para admitir una indemnización por pérdida de chance, dado que la incertidumbre no es intrínseca sino accidental. Solo si a pesar del esfuerzo probatorio persiste la imposibilidad de esclarecer el vínculo causal, debido a la naturaleza intrínseca del fenómeno en cuestión, estaremos ante un verdadero supuesto de pérdida de oportunidad.

En el ámbito de la responsabilidad médica, un ejemplo argentino permite esclarecer este punto. La familia de un paciente con cáncer terminal reclamaba por la pérdida de una oportunidad de supervivencia debido a una negligencia en el traslado por la ambulancia que se había quedado sin combustible. En primera instancia, el juzgado establece un 50% de probabilidad de supervivencia. Sin embargo, la sentencia fue revocada debido a la ausencia de evidencia técnica que respaldara la hipótesis de que el desenlace habría experimentado una variación sustancial de haber habido una intervención oportuna. La prueba pericial no permitía afirmar que una atención más oportuna habría modificado el desenlace⁹². En el contexto planteado, la incertidumbre no puede ser atribuida a la aleatoriedad característica de la condición clínica en cuestión. En

⁹¹ Zavala De González (1990) pp. 373-374.

⁹² SC Mendoza, 23/9/2020, “Fiscalía de Estado y otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, autos n.º 13-03745642-4/1.

su lugar, se atribuye a la falta de evidencia probatoria suficiente para respaldar la construcción de la probabilidad en sí misma.

En el país trasandino, en cambio, muchas veces se ha desestimado la responsabilidad porque no se ha rendido prueba para demostrar que la muerte se produjo como consecuencia de la conducta negligente. Es decir, no se ha demostrado el vínculo causal entre la culpa y el resultado final⁹³. Sin embargo, un análisis pormenorizado permite concluir que en la mayoría de estos casos la dificultad no radica en que no se haya rendido prueba, sino en que no era posible. Sin importar cuanta prueba se agregara al proceso, la complejidad inherente al proceso causal, intrínseca a la naturaleza aleatoria y compleja del fenómeno biológico, se erige como un obstáculo insalvable, incluso con la utilización de todos los recursos disponibles.

Confundir la incertidumbre estructural y la insuficiencia probatoria puede llevar a dos extremos, ambos peligroso. Rechazar la indemnización cuando existe una situación regida por el aleas, implica privar a la víctima de una reparación. Por el contrario, en aquellos casos en lo que existe es falta de prueba, la pérdida de chance se erige como una vía de escape frente a la dificultad de probar el daño.

3.2. Relación causal adecuada entre el hecho ilícito y la pérdida de la oportunidad

La relación de causalidad adecuada constituye uno de los pilares estructurales en la arquitectura del derecho de daños⁹⁴. Su función es delimitar la responsabilidad, restringiéndola únicamente a aquellas consecuencias que, siguiendo el curso normal y ordinario de los acontecimientos, resultan directamente atribuibles a la conducta negligente. No toda conexión fáctica tiene relevancia jurídica; para el sistema es indispensable que el vínculo entre el actuar del agente y el daño producido sea idóneo.

⁹³ Ver los siguientes fallos de la CS Chile: 11/05/2017, “Corvalán Castillo Patricia Navidad con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, Hospital Dr. Félix Bulnes”, rol n.º 47936-2016, sentencia de reemplazo, considerando décimo séptimo; 26/12/2017, “Pérez Aguilar Carlos Mauricio con Servicio de Salud de Antofagasta”, rol n.º 11526-2017, considerando séptimo; 17/04/2018, “Ramón Núñez Luis Alberto con Fisco de Chile”, rol n.º 18225-2017, sentencia de reemplazo, considerando S; 25/07/2018, “Loayza Rojas Raúl Enrique con Servicio de Salud Metropolitano Oriente”, rol n.º 30264-2017, considerando sexto; 16/06/2020, “Cisternas Ferreira Verónica Patricia con Fisco de Chile”, rol n.º 11523-2019, sentencia de reemplazo, considerando decimo primero.

⁹⁴ Muller (2008), p. 555.

Este principio rector siempre debe cumplirse, la pérdida de oportunidad no es la excepción y no debe transformarse en una vía accesoria para reparar daños que no reúnen los requisitos exigidos en materia de causalidad.

Al respecto, cierta doctrina ha enfatizado con razón que “la pérdida de oportunidad no constituye un sucedáneo de la reparación ni una vía para conceder enriquecimientos sin causa a quienes no pueden probar la existencia de una relación causal entre el daño y la actuación del dañador”⁹⁵. En similar sentido, tampoco puede convertirse en una herramienta para relajar el estándar probatorio y asignar responsabilidad cuando el vínculo causal no se encuentra totalmente acreditado. Relajar este estándar supondría debilitar las bases del sistema, lo que abriría la puerta a indemnizaciones construidas sobre supuestos puramente hipotéticos.

En este contexto, la causalidad adecuada exige una conexión objetiva y comprobable entre el hecho ilícito y la chance perdida. No basta con afirmar la existencia abstracta de una expectativa favorable; resulta indispensable demostrar, a través de elementos concretos, que la conducta suprimió una oportunidad que contaba con fundamentos serios de concretarse. Bajo esta lógica, la chance no altera la relación de causalidad, sino que la configura desde su propia especificidad. Ya no se trata de probar que el acto ilícito causó el resultado final, sino de demostrar claramente que privó a la víctima de una probabilidad real de alcanzarlo.

a. La pérdida de oportunidad y su dimensión causal

La pérdida de oportunidad exige analizar la causalidad desde una dimensión particular. Aunque la incertidumbre es inherente a ella en lo que dice relación con la posibilidad de modificar el resultado final, no significa que prescinda del vínculo entre la conducta ilícita y la oportunidad frustrada. Muy por el contrario, como destaca la jurisprudencia, “el daño por pérdida de oportunidad es un perjuicio cierto pues, la incertidumbre radica en el resultado final, no en la probabilidad concreta truncada”⁹⁶. Por lo mismo, la causalidad

⁹⁵ López Mesa (2013), p. 173.

⁹⁶ C. Nac. Civ., sala A, 05/07/2024, “Miniño Vilte, Jorge Alberto c./ Adaro, Mariel Eliana”, autos n.º 46382/2019. En el mismo sentido: C. Nac. Apel. Com., sala B, 23/10/2019, “HBO Ole Distribution LLC y otro”, Microiuris, cita online MJ-JU-M-122160-AR.

se analiza desde la perspectiva de la pérdida de la probabilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

b. Exigencia del artículo 1739 del CCyC

Esta norma exige expresamente que la relación de causalidad entre el hecho generador y la pérdida de la chance sea adecuada. La existencia de un ilícito y un daño no es suficiente, se debe acreditar que la conducta imputada constituye una causa directa y razonable de la chance frustrada. Este juicio de adecuación debe realizarse conforme a dos criterios esenciales: el principio de normalidad y el principio de previsibilidad.

El principio de normalidad demanda que la causa alegada sea apta, en condiciones habituales, para provocar la consecuencia dañosa. Por ende, excluye aquellas hipótesis extraordinarias o atípicas que quiebran la conexión lógica entre el hecho y la chance. Por su parte, el principio de previsibilidad impone que la frustración de la oportunidad sea una consecuencia razonablemente esperable del acto ilícito, considerando el curso ordinario y habitual de los acontecimientos.

La pérdida de oportunidad, desde esta perspectiva, reafirma la aplicación de estos principios. Como acertadamente señala la jurisprudencia, “el examen que se impone para dirimir si procede este especial tipo de reparación en cada caso no difiere, en lo que a la relación causal respecta, del que se efectúa al estudiarse los demás tipos de responsabilidad civil”⁹⁷. Por consiguiente, si al eliminar hipotéticamente el acto ilícito, la chance desaparece como una consecuencia razonable, no se configurará daño indemnizable. Este examen no es sobre el resultado final frustrado, sino acerca de la existencia objetiva y concreta de una probabilidad real truncada.

Así, solo cuando la probabilidad frustrada resulte plausible y esté objetivamente fundada, la pérdida de chance adquiere la categoría de daño cierto y, por ende, jurídicamente reparable. De este modo, se asegura que la indemnización se ajuste estrictamente al principio de reparación integral, sin permitir que la figura se convierta en un mecanismo para reparar perjuicios meramente hipotéticos o improbables.

⁹⁷ C. Nac. Civ., sala G, 21/12/1981, “Almonacid, Miguel c./ Débora S.R.L. Centro Médico y/u otra”, LL, 1982-D, p. 477, con nota de Jorge Mosset Iturraspe.

Este examen, en la jurisprudencia se ve de la siguiente manera: en un caso, se demandó a un nosocomio por omitir la realización de estudios médicos en una paciente con ginecorragia postmenopáusica, lo que retrasó el diagnóstico de cáncer de ovario.

Aunque la negligencia del nosocomio resultó manifiesta, el tribunal no reconoció la existencia de una chance resarcible, debido a que no se probó adecuadamente que una intervención médica oportuna pudiese haber modificado sustancialmente el resultado final⁹⁸.

Por otro lado, si bien Chile carece de una disposición específica sobre causalidad adecuada y pérdida de chance, la jurisprudencia reciente parece reconocer implícitamente este criterio. En el contexto de un caso de responsabilidad bancaria, se determinó que la divulgación de una morosidad inexistente resultó en la eliminación injustificada de la oportunidad legítima de la demandante de continuar en un proceso de selección laboral⁹⁹. En este caso, la jurisprudencia chilena identificó correctamente la relación de causalidad entre el acto ilícito y la oportunidad perdida: la relación causal con el hecho ilícito consistió en perder la oportunidad de continuar en un proceso laboral en que tenía chance de ser contratado y no en el acto mismo de haber sido seleccionado.

c. ¿Moderación en la rigurosidad de la prueba?

Algunos autores¹⁰⁰ han sugerido moderar la rigurosidad probatoria exigida en materia de causalidad cuando se trata de la pérdida de oportunidad. Plantean que la conveniencia de admitir presunciones que permitan configurar la relación causal siempre que los elementos del caso ofrezcan indicios razonables, aun cuando no pueda lograrse una demostración estricta y directa.

Esta posición, aunque seductora, me parece arriesgada. La utilización de presunciones como medio probatorio exige respetar estrictamente los requisitos de gravedad, precisión y concordancia. No son instrumentos destinados a suplir déficits probatorios derivados de negligencias procesales, sino herramientas diseñadas para que

⁹⁸ C. Nac. Civ., sala F, 30/10/2003, “García Paz, José R. y otro c. Pere Vignau, Osvaldo y otros”, RCyS 2004, p 654; LL 18/11/2004, p. 4, con nota de Luis R. Sáenz; DJ 2004-3, p. 1160 con nota de Luis R. Sáenz.

⁹⁹ CS Chile, 21/02/2017, “Marchant Abarca David José con Banco de Chile”, rol n.º 84780-2016, considerando octavo.

¹⁰⁰ Bueres (2006), pp. 268-269.

el juez, mediante un análisis razonado y objetivo, pueda aproximarse lo más fielmente posible a la realidad de los hechos.

Aceptar presunciones basadas en la intuición, pero injustificadas, podría conducir hacia indemnizaciones arbitrarias, desconectadas del verdadero daño resarcible. La pérdida de chance no está destinada a reparar meras expectativas o ilusiones, sino probabilidades concretas, objetivamente demostrables y jurídicamente relevantes. Por lo mismo, la admisión de presunciones solo será legítima cuando existan hechos acreditados capaces de demostrar, con rigor lógico y jurídico, que la conducta ilícita ha frustrado efectivamente una chance seria y debidamente fundada.

Para mantener la integridad dogmática de la pérdida de oportunidad es esencial respetar los requisitos objetivos de la prueba, evitando sustituirlos por valoraciones intuitivas. Solo así se logrará que esta figura permanezca dentro de un marco conceptual coherente y respetuoso a los principios fundamentales que informan el derecho de daños.

d. La clave: el vínculo entre el hecho ilícito y la oportunidad perdida

No basta con que exista una conducta antijurídica ni con que el resultado final haya sido desfavorable para la víctima. Lo decisivo en materia de pérdida de oportunidad, es que entre el hecho ilícito y la chance frustrada exista una relación causal adecuada. Esto es elemental, la pérdida no debe proyectarse sobre el desenlace final, que permanece incierto por definición, sino sobre una oportunidad real que ha sido eliminada por la conducta reprochable.

A diferencia de otros daños, aquí la causalidad no se mide en relación con el resultado, sino con la supresión de una probabilidad concreta. Por eso, la reparación no se dirige al beneficio no alcanzado o al daño no evitado, sino a la chance perdida. La figura no sustituye el análisis del nexo causal: lo reorienta hacia un objeto distinto. Y ese objeto, la oportunidad perdida, debe estar suficientemente acreditado como existente y jurídicamente protegible.

Entonces, para que proceda la indemnización, deben concurrir tres condiciones mínimas: un hecho ilícito, una oportunidad real que se encontraba al alcance de la víctima

y que ella haya sido pérdida como consecuencia directa de la conducta antijurídica. Si alguno de estos elementos falta, no hay pérdida de chance.

En este sentido, se ha señalado que “la pérdida de chance es un daño actual y cierto que requiere causalidad probada entre el hecho o la omisión dañosa y un perjuicio que no es el daño integral, sino una disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar”¹⁰¹. Es decir, “la culpa, que está presente en la pérdida de chance, tiene una relación causal con este perjuicio autónomo y no con el perjuicio corporal”¹⁰². El *quid* de la cuestión es, entonces, la probabilidad razonable que fue eliminada, no en el resultado definitivo que nunca llegó a producirse.

e. Importancia de limitar la figura para evitar distorsiones

El uso inapropiado de la pérdida de oportunidad, en contextos en los que no existe una probabilidad concreta ni un nexo causal verificable, no solo desnaturaliza su sentido, sino que también debilita su legitimidad. Esta figura no está destinada a suplir la falta de pruebas o a indemnizar esperanzas.

El problema no radica en la figura. Su estructura es técnicamente sólida. Lo que genera confusiones, y a menudo resistencia, es su aplicación muchas veces indebida. Esto se advierte con nitidez en el ámbito de la responsabilidad médica, en el que, como advirtió François Chabas, algunos tribunales recurren a ella “con demasiada frecuencia para ocultar su incertidumbre sobre la relación causal”¹⁰³.

La pérdida de oportunidad exige una doble prueba: por un lado, debe constatararse la existencia de una situación aleatoria objetiva; en la que el resultado no puede atribuirse o descartarse plenamente; por otro, debe acreditarse que el hecho ilícito suprimió una probabilidad concreta que la víctima tenía antes del evento dañoso. Sin estos dos elementos —situación aleatoria y nexo causal con la chance truncada— no hay daño indemnizable, por más deseable que pareciera la reparación.

Pero estos requisitos no son suficientes. A estos debe sumarse un análisis cualitativo y prudente de la razonabilidad de la expectativa frustrada, para evitar que la

¹⁰¹ Tocornal Cooper (2014), pp. 219-223.

¹⁰² Tocornal Cooper (2014), pp. 219-223.

¹⁰³ Chabas (2000), p.24.

figura se utilice en contextos en los que solo hay conjeturas o aspiraciones y no un perjuicio indemnizable.

En última instancia, su consagración se justifica como una forma de responder con justicia a situaciones en las que, por su propia configuración fáctica, no puede acreditarse con certeza el vínculo causal respecto del resultado final. Sin la pérdida de la chance

“el agente culpable podría aprovechar la incertidumbre causal resultante del carácter aleatorio de la situación perturbada por el hecho generador para evitar cualquier responsabilidad. Esto sería incongruente, ya que el agente se beneficiaría de la incertidumbre que él mismo ha contribuido a crear: es el hecho generador el que ha interrumpido el proceso aleatorio, y su efecto es que la incertidumbre sobre lo que hubiera sido la situación de la víctima nunca podrá resolverse”¹⁰⁴.

El hecho ilícito interrumpe el curso aleatorio de los acontecimientos y deja en la oscuridad lo que hubiera podido suceder. Negar la reparación por la existencia de esa incertidumbre es incongruente con los principios de justicia más elementales.

Por eso, la pérdida de oportunidad no es una solución artificial frente a un obstáculo probatorio. Es una herramienta indispensable para impedir que la incertidumbre se convierta en impunidad. Frente a una situación aleatoria que el propio acto antijurídico ha cerrado prematuramente, se permite restablecer el equilibrio roto y proteger el derecho de la víctima a que su expectativa fundada no quede sin respuesta.

3.3. Existencia de una situación aleatoria identificada y circunscrita

Para que la pérdida de oportunidad sea indemnizable, también es imprescindible que la situación aleatoria que la rodea esté claramente identificada y delimitada en términos jurídicos. No basta con que el azar sea un concepto abstracto o inherente a la vida humana; debe concretarse en un contexto específico que trascienda los riesgos cotidianos.

¹⁰⁴ Vitale (2020), p. 120.

a. El alea. Protagonista de la pérdida de chances

El azar, elemento inseparable de la existencia humana, atraviesa de manera inevitable todos los ámbitos de nuestras vidas: desde el nacimiento hasta la muerte. desde lo más cotidiano hasta lo decisivo. Es evidente la cantidad de eventos que genera, las circunstancias que complica, las oportunidades que presenta y las decisiones que motiva¹⁰⁵. A pesar de la resistencia del derecho a su presencia, promoviendo un orden predecible y racional, no ha logrado sustraerse completamente de su influencia. Reconociendo la complejidad de la situación, ha sido necesario reconocer su importancia y buscar formas de encausarlo.

La definición más completa del azar es la de Ranzoli: “Lo que es imprevisible, ya sea por la complejidad de las causas y los efectos, o por el encuentro de series independientes de acontecimientos”¹⁰⁶. Su naturaleza impredecible ha sido históricamente asociada con lo enigmático. Llámesele por su nombre o como destino o fortuna, en la historia existen innumerables acontecimientos fortuitos que se han interpretado como signos divinos¹⁰⁷, a tal extremo, que hasta el día de hoy, en el *common law*, a los eventos fortuito se les llama “*an act of god*”¹⁰⁸.

Aunque en un primer momento, el derecho a buscado relegar el azar, negarlo y evadirlo, atendido el papel central que ocupa en nuestras vidas, al derecho no le ha quedado más remedio que reconocer su papel e intentar domesticarlo. Este reconocimiento se evidencia en mecanismos contractuales, como los seguros diseñados para mitigar riesgos; en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, cuyo propósito es prevenir daños y, cuando estos ocurren, repararlos.

En la pérdida de la chance, el azar desempeña un papel protagonista al constituir el eje sobre el cual se evalúa la probabilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Tal es la importancia de este vínculo que algunos autores han calificado al azar y la pérdida de oportunidad como indisolubles, nociones que no pueden entenderse la una sin la otra. “La asociación de la pérdida de oportunidad al azar —las dos nociones han sido

¹⁰⁵ Bénabent (2014), par. 2.

¹⁰⁶ Citado en: Bénabent (2014), par. 3

¹⁰⁷ Bénabent (2014), par. 2.

¹⁰⁸ Bénabent (2014), par. 3.

calificadas de 'consustanciales'— otorga al concepto de pérdida de oportunidad un marco de aplicación único y favorece así su sistematización”¹⁰⁹.

En otras palabras, la pérdida de una chance se define por el alea intrínseco al perjuicio¹¹⁰; aquello que estaba en juego ya se encontraba marcado por una incertidumbre esencial. El alea no solo está presente, sino que constituye la base misma de lo que está en disputa, siendo un elemento inherente y definitorio de esta figura jurídica.

b. Situación aleatoria identificada y circunscrita

Para hablar con propiedad de pérdida de una chance, no basta con considerar la incertidumbre inherente a la existencia humana. La vida está marcada por la posibilidad constante de ganar o perder, pero eso no transforma cualquier frustración en una oportunidad perdida. Sería un error convertir en daño indemnizable toda posibilidad que no se concreta, por el solo hecho de haber quedado truncada. Por eso, el punto de partida es la necesidad de que el azar se manifieste dentro de un marco definido, que lo haga jurídicamente relevante.

El azar no puede operar como una niebla que todo lo cubre pero a nada se aferra. Para que la chance sea indemnizable debe anclarse en un escenario concreto, reconocible, que permita evaluar objetivamente la existencia de una probabilidad seria y no de meras expectativas diluidas en la incertidumbre que acompaña a toda existencia humana. Lo que torna relevante a la chance es la probabilidad fundada que se pierde, no la simple conjetura de que las cosas pudieron haber sido distintas.

En otras palabras, es indispensable que, al momento del hecho generador, la víctima se encontrara inmersa en un proceso marcado por un alea específico, cuya evolución, aunque incierta, podía proyectarse como plausible. Es sobre esa base verificable que la figura adquiere contenido y se distingue de la simple frustración de ilusiones. La chance se construye sobre un azar delimitado y discernible.

Así lo ha comprendido la jurisprudencia argentina. En un caso, se condenó al Estado por la pérdida de oportunidad derivada de su inacción frente a una denuncia por

¹⁰⁹ Minet (2014), p. 35.

¹¹⁰ Trigo Represas (2008a) pp. 191-192.

violencia de género que culminó en femicidio. El tribunal reconoció que, si bien no podía asegurarse con certeza que la intervención policial habría evitado el resultado fatal, sí existía una probabilidad concreta de hacerlo, que fue frustrada por la omisión estatal. El alea, en ese caso, no fue un obstáculo para la indemnización, sino el eje mismo de su justificación¹¹¹. En Chile, el alea también es protagonista de la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia¹¹².

Esta lógica se aprecia con meridiana claridad en los supuestos económicos y profesionales, el perjuicio no radica en un resultado definitivo no alcanzado, sino en la pérdida de una oportunidad cierta y evaluable. Por ejemplo, quien participa en un proceso de ascenso y por culpa de un tercero, queda injustamente excluido; o quien confía razonablemente en la inminente firma de un contrato, renuncia a otras oportunidades concretas y, sin explicación válida, se ve enfrentada a la ruptura unilateral de las tratativas. En estos escenarios, la chance no es un trasfondo abstracto, sino una expectativa precisa, seria y directamente ligada al hecho ilícito que la trunca.

Pero no siempre el escenario es tan nítido. Cuando lo que se pierde no es un beneficio, sino la oportunidad de evitar un deterioro, como una progresión en la enfermedad, una agravación en las condiciones de vida, el análisis se vuelve más exigente. Allí, la delimitación del alea se vuelve aún más indispensable. No basta con acreditar una omisión. No alcanza con demostrar que se pudo haber hecho algo distinto. Hace falta mucho más: identificar una probabilidad real suprimida por el hecho ilícito. Porque si se prescinde del análisis del azar, la pérdida de chance se desdibuja, se convierte en una forma encubierta de responsabilidad objetiva, y pierde aquello que le da sentido como categoría autónoma.

El análisis, sin embargo, se torna más complejo cuando la pérdida de oportunidad se relaciona con la probabilidad de evitar el deterioro de una situación preexistente. En estos casos, la falta de una adecuada delimitación del azar puede desnaturalizar esta figura

¹¹¹ Sáenz (2023).

¹¹² CS Chile, 11/5/2017, “Corvalán Castillo Patricia Navidad con Servicio de Salud Metropolitano Occidente, Hospital Dr. Félix Bulnes”, rol n.º 47936-2016. “(...) se trata del caso de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera) y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja”.

jurídica, permitiendo interpretaciones excesivamente amplias que diluyen sus límites conceptuales. Es precisamente esta falta de claridad la que abre la puerta a un uso impreciso y potencialmente injustificado de la figura. Así, “el abandono del análisis del azar en el escenario contrafactual no solo debilita la sistematicidad de la pérdida de oportunidad, sino que genera una confusión conceptual que permite deducir automáticamente su existencia a partir de la falta”¹¹³.

En otras palabras, el azar define no solo el alcance de los casos susceptibles de ser reparados, sino también las fronteras que preservan su utilidad normativa dentro de un sistema de responsabilidad civil coherente.

c. Aplicación en el ámbito médico

En el ámbito médico, la pérdida de oportunidad es especialmente compleja debido a la incertidumbre que siempre rodea a las intervenciones terapéuticas. Si esta doctrina se aplica de manera indiscriminada, podría dar lugar a imputaciones de responsabilidad en prácticamente cualquier situación con un resultado adverso, vinculado a la omisión de una actuación médica, desvirtuando su propósito original. Por lo tanto, su delimitación resulta particularmente importante.

Para justificar la pérdida de chance, es fundamental que la víctima se encuentre inmersa en una situación de riesgo identificable al momento del hecho generador, garantizando que el daño no sea una especulación, sino una consecuencia derivada de una oportunidad real frustrada. La conducta negligente, además, debe estar directamente relacionada con la privación de dicha oportunidad y no simplemente con la prevención de riesgos genéricos.

En algunos casos, como en la jurisprudencia francesa, se ha interpretado la pérdida de oportunidad como una consecuencia automática de cualquier falta médica. Según la Corte de Casación, el acto médico culpable presume la existencia de una oportunidad perdida¹¹⁴. Sin embargo, ello desdibuja los límites entre la exposición a un riesgo y la pérdida de una oportunidad concreta.

¹¹³ Méral (2024) p. 249.

¹¹⁴ Méral (2024) p. 265.

Por lo mismo, resulta fundamental reivindicar la pérdida de chance y los ejemplos concretos son una herramienta valiosa para comprender sus límites. En este contexto, los casos presentados por Chabas, que ya han sido explicados con anterioridad, ofrecen una perspectiva clara¹¹⁵.

Uno de los casos trata de una mujer que, tras sufrir hemorragias uterinas, consultó a un médico que, pese a signos clínicos evidentes, no diagnosticó un cáncer. Cuando la paciente finalmente recibió la atención necesaria, el cáncer había avanzado a un estadio irreversible, lo que finalmente derivó en su fallecimiento. Aunque no se puede afirmar que la negligencia médica fuera la causa directa de su muerte, ya que incluso un tratamiento temprano podría haber tenido el mismo desenlace, es evidente que esta omisión privó a la paciente de una oportunidad razonable de supervivencia. En este caso, el daño no es la muerte en sí, sino la pérdida de esa oportunidad de vivir.

En el otro extremo, un joven, sin riesgos a su vida ni a su salud, más allá de los que nos afectan a todos, falleció durante una cirugía de hernia sin que se determinara la causa exacta. Aunque se acreditó una falta médica, no se pudo probar que esta estuviera vinculada a una oportunidad concreta de evitar el desenlace. En este caso, no se trata de la pérdida de una chance, sino que el daño consiste en la pérdida de la vida misma.

Estos ejemplos permiten comprender que la pérdida de oportunidad solo es aplicable cuando la víctima ya estaba en una situación caracterizada por un alea, es decir, una probabilidad real y concreta de éxito o de evitar un daño. Para que esta figura sea indemnizable, es indispensable acreditar con claridad que la conducta negligente privó a la víctima de esa probabilidad, consolidando así este daño como algo cierto y reparable.

Esta situación se ha planteado reiteradamente en la jurisprudencia argentina¹¹⁶ y chilena¹¹⁷, especialmente en casos relacionados con pacientes que padecen enfermedades

¹¹⁵ Chabas (2014).

¹¹⁶ A modo de ejemplo, C. Nac. Civ., sala A, 25/09/2012, “A, N. A. c./ B., A. y otro”, JA 2013-I, p. 722; C. Nac. Civ., sala A, 04/12/2013, “G.N. B. c./ Touley SA”, autos n.º 625280; C. Nac. Civ., sala A, 06/06/2017, “G., L. C. y otros c./ S., M. O. y otros”, RCyS 2017-9, p. 97; C. Nac. Civ., sala K, 20/11/2020, “F. D. N. E. c./ Mediconex S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital MJ-JU-M-129414-AR; C. Nac. Civ., sala C, 28/12/2022, “C. S. M. y otros c./ I.A.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/185641/2022; C. Nac. Civ., sala B, 23/03/2023, “L. F. D. y otros c./ Organización de Servicios Directos Empresariales”, ED, t. 303, cita digital: ED-MVDCCLXXXVI-173; C. Nac. Civ., sala A, 08/02/2024, “Trossarello, Pablo Marcelo y otro c./ Galeno Argentina S.A. (Sanatorio de la Trinidad) y otros”, autos n.º 45779/2017; C. Nac. Civ., sala M, 18/04/2024, “B., F. A. y otros c./ I. A. F. SA”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/40240/2024; C. Nac. Civ., sala J, 02/10/2024, “C. de B. A. M. c/ A. L. G. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153469-AR.

¹¹⁷ A modo de ejemplo, CS Chile, 29/06/2018, “Méndez Dabdub Natacha Clotilde con Corporación Municipal de Salud”, rol n.º 35721-2017; 02/10/2018, “Catalán López Adriana María con Servicio de Salud

de base y se encuentran inmunológicamente debilitados o inmunodeprimidos. A pesar de esa comorbilidad, si se acredita que la muerte, con un alto grado de probabilidad, no se debió a la patología de base, sino a un hecho atribuible a la negligencia de la parte demandada, los tribunales condenan por pérdida de chance de sobrevivencia.

En todo caso, incluso en casos de enfermedades graves o terminales, es indispensable demostrar que la negligencia fue la causa directa de la pérdida de oportunidad. Se ha rechazado la indemnización por chances, a pesar de un retraso en la llegada de una ambulancia, pues el cáncer del paciente estaba en estado terminal y no se pudo acreditar que una atención inmediata habría cambiado el desenlace¹¹⁸.

En conclusión, en el ámbito médico, la pérdida de oportunidad solo es aplicable cuando el alea refleja una probabilidad concreta y objetivamente identificable de éxito o de evitar un daño. Es fundamental que esta probabilidad sea claramente frustrada por una conducta negligente, evitando extender la figura a riesgos genéricos o inherentes a la condición clínica del paciente.

3.4. Pérdida de una oportunidad, esto es, un evento favorable o evitación de un riesgo

En la pérdida de oportunidad no basta la existencia de una situación aleatoria identificada y circunscrita, sino que, al final de la cadena de eventos, es necesario poder identificar la oportunidad concreta que existía para la víctima de obtener un beneficio o ventaja, o bien, de evitar un perjuicio (3.4.1.). Además, la oportunidad frustrada debe cumplir con ciertos requisitos esenciales: debe ser real y seria (3.4.2), distinguiéndose claramente de simples conjeturas o aspiraciones infundadas.

3.4.1. Clasificación de las oportunidades: obtención de beneficios y evitación de riesgos

Metropolitano Central”, rol n.º 41890-2017; 16/12/2020, “Richard Boris Fernández Quiñimil y otros con Hospital Doctor Exequiel González Cortes”, rol n.º 14328-2021.

¹¹⁸ SC Mendoza, sala I, 23/09/2020, “Coria Rosa y ot. c./ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, autos n.º 010302-53667.

La pérdida de oportunidad puede manifestarse de dos maneras, por medio de la obtención de un beneficio o ventaja o la evitación de un riesgo.

a. **Obtención de un beneficio**

Este tipo de oportunidad surge cuando la víctima pierde la posibilidad de alcanzar un resultado positivo. Ejemplos de ello incluyen ganar un juicio, obtener un premio, recibir una promoción laboral o beneficiarse de un contrato exitoso.

Por ejemplo, una empresa televisiva alegó que la falta de acceso a las señales comercializadas por una empresa de entretenimiento y medios de comunicación obstaculizó su capacidad para atraer clientes y expandirse comercialmente. Este incumplimiento contractual frustró oportunidades comerciales, impactando directamente su desarrollo y la probabilidad de generar beneficios económicos¹¹⁹.

Por otro lado, las chances también pueden aplicarse en un contexto personal y social, como la pérdida de oportunidad por falta de reconocimiento filial. Así, una mujer demandó indemnización por los daños sufridos debido a la falta de reconocimiento por parte de su padre. La actora argumentó que esta omisión le privó de ventajas para acceder a una vida mejor, incluyendo mejores oportunidades educativas y económicas. El tribunal concluyó que existía una probabilidad razonable de que la filiación reconocida hubiera mejorado su calidad de vida, configurando así una pérdida de oportunidad que podía ser indemnizada¹²⁰.

Asimismo, la pérdida de oportunidad también puede incluir la privación de un beneficio futuro, como la pérdida de la ayuda que los padres podrían haber recibido de sus hijos en el futuro. Esta pérdida se basa en la expectativa razonable y la probabilidad de que los padres al llegar a la vejez o a un estado de necesidad, podrían contar con el apoyo material y moral de su hijo o hija. Este concepto, consagrado en CCyC, no hace más que receptar y consolidar una jurisprudencia previa ya establecida. Aunque sobre él, volveré más adelante.

¹¹⁹ C. Nac. Apel. Com., sala B, 31/10/2019, “Televisora Privada del Oeste S.A. c./ HBO Ole Distribution LLC y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-122160-AR.

¹²⁰ C. Apel. Civ. y Com. de Azul, sala II, 19/08/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. y otros”, LL online, cita digital: LALEY AR/JUR/33431/2024.

b. Evitación de un riesgo

Por otro lado, la pérdida de chance también puede traducirse en la frustración de la oportunidad de evitar un daño o perjuicio. El ejemplo clásico es en el ámbito médico, cuando un diagnóstico tardío priva al paciente de la oportunidad de prevenir complicaciones graves. En este contexto, el valor de la oportunidad perdida se mide por la probabilidad concreta de haber mitigado un perjuicio mayor. En todo caso, “la chance, en cuanto tal, es siempre conveniente a los intereses de quien la detenta”¹²¹.

La jurisprudencia ha señalado en diversas ocasiones que, en casos de error de diagnóstico por parte de los médicos tratantes seguido de la muerte del paciente, el daño causado radica específicamente en la pérdida de las chances de supervivencia que tenía el enfermo¹²².

Por ejemplo, se ha acogido una demanda por pérdida de chance en un caso de mala praxis médica relacionado con la atención de una paciente embarazada en riesgo de parto prematuro. A la paciente no se le realizaron los exámenes necesarios y, en su lugar, fue enviada a su hogar. Posteriormente, el bebé falleció debido a un paro cardiorrespiratorio tras la expulsión en bloque de feto y placenta, un desenlace que ocurrió luego de que la madre fuera atendida nuevamente en un hospital, tras haber sido previamente desestimada sin un análisis clínico suficiente¹²³.

3.4.2. Requisitos de la oportunidad: debe ser real y seria

¹²¹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 39.

¹²² SCBA, 25/11/2009, “Macchi, Elena María c./ Hospital Dr. Antonio Cetrángolo”, LL online, cita digital: AR/JUR/53631/2009; SC de Mendoza, sala I, 03/07/2009, “Palluchini, Margarita c./ R., A. I.”, LL Gran Cuyo, 2009, p. 962; C. Apel. en lo Civ. y Com. Rosario, sala III, 05/09/2011, “Tanoni Pernigotti, Liza y otros c./ Tejerina, W. P. y otros”, LL Litoral, 2012, p. 104; C. Nac. Civ., sala A, 06/06/2017, “G., L. C. y otros c./ S., M. O. y otros”, RCyS 2017-IX, p. 97.

¹²³ C. Nac. Civ., sala M, 16/02/2024, “M. M. A. c./ Obra Social de Empleados Textiles (OSETYA) y otros”, Microiuris online, cita digital MJ-JU-M-149287-AR.

Desde inicios del siglo XX, la jurisprudencia francesa¹²⁴, seguida por la argentina y posteriormente por la chilena, ha condicionado la indemnización por pérdida de oportunidad al cumplimiento de dos requisitos fundamentales: que esta sea "real" y "seria". Estos conceptos, aplicados a las oportunidades que el demandante aspiraba aprovechar, son esenciales para delimitar su reparación. Tal es su relevancia que el CCyC argentino, en su artículo 1739, parece aludir implícitamente a estos criterios al exigir la razonabilidad como fundamento¹²⁵.

Los términos “real” y “serio” en la figura de la pérdida de oportunidad encierran matices fundamentales para su análisis. Por un lado, el concepto de real establece un umbral cualitativo, que requiere demostrar la existencia concreta y verificable de la oportunidad, diferenciándola de simples aspiraciones o ilusiones sin sustento. Por otro lado, la seriedad introduce un umbral cuantitativo, que distingue entre las oportunidades relevantes y aquellas que pueden considerarse negligibles o insignificantes¹²⁶.

a. La oportunidad debe ser real

¹²⁴ Cour de Cassation, chambre criminal, 23/02/1977, n.º 76-90.392, Bulletin criminal, n.º 73; Gazette du Palais, 1977, 2e partie, sommaire p. 196; Cour de Cassation, chambre criminal, 12/02/1979, n.º 77-92.592, Bulletin criminal, n.º 61, Juris-Classeur Périodique, Générale (JCP G), 1979, IV, n.º 131; Cour de Cassation, chambre criminal, 03/04/1979, n.º 78-90.754, Bulletin criminal, n.º 134; Cour de Cassation, chambre criminal, 11/03/1986, n.º 85-93.024, Bulletin criminal, n.º 103; Cour de cassation, première chambre civile, 07/02/1989, n.º 86-16.730, Bulletin civil, I, n.º 62; Cour de cassation, chambre commerciale, 4/12/1990, n.º 89-16.338, inédit; Cour de cassation, chambre commerciale, 08/01/1991, n.º 89-13.711, Bulletin civil IV, n.º 8; Cour de cassation, chambre sociale, 29/02/1996, n.º 93-21.778, Bulletin civil V, n.º 79; Cour de cassation, chambre criminelle, 04/02/1998, n.º 97-80.841, Bulletin criminel, n.º 42; Cour de cassation, troisième chambre civile, 01/12/2004, n.º 03-14.033, Bulletin civil III, n.º 222 ; Gazette du Palais, 3 mai 2005, p. 17 ; Revue de Droit Immobilier (RDI), 2005, p. 43, obs. C. Morel; Cour de cassation, première chambre civile, 07/05/2008, n.º 06-14.836, inédit; Gazette du Palais, 25/11/2008, p. 18, obs. E. Mulon; Cour de cassation, première chambre civile, 02/04/2009, n.º 08-12.848, Bulletin civil I, n.º 72; Dalloz 2009, p. 1142; Gazette du Palais, 30/5/2009, p. 11; JCP G 2009, chron. 248, spéc. n.º 4, obs. P. Stoffel-Munck; RCA 2009, comm. 179; Cour de cassation, première chambre civile, 08/12/1981, Dalloz 1982, IR, p. 212; Cour de cassation, première chambre civile, 30/4/2014, n.º 13-16.380, Bulletin civil I, n.º 76; AJ famille 2014, p. 570, obs. S. Thouret; JCP G 2014, 815, note J.-S. Borghetti; JCP G 2014, chron. 1323, obs. P. Stoffel-Munck; LPA, 26/5/2014, p. 12, obs. Y. Daggorne-Labbé; LPA, 2/7/2014, p. 8, note C. Cardillo et P.-L. Niel; RCA 2014, comm. 215, note F. Leduc; RDC 2014, p. 610, note O. Deshayes; Cour de cassation, première chambre civile, 10/7/2014, n.º 13-20.606, inédit; Cour de cassation, première chambre civile, 25/11/2015, n.º 14-25.109, Bulletin civil I, n.º 5540; Gazette du Palais, 19/4/2016, p. 28, obs. D. Landry et J. Villacèque; RCA 2016, comm. 31.

¹²⁵ Pizarro y Vallespinos (2017), p. 152.

¹²⁶ Vitale (2020) desarrolla de manera constante y articulada, a lo largo de toda su obra, la distinción entre criterios cualitativos y cuantitativos como ejes orientadores para valorar la pérdida de oportunidad, sin aislarlos de las circunstancias particulares del caso.

El concepto de lo real¹²⁷ alude a aquello que tiene una existencia concreta, comprobable y sustentada en hechos objetivos. En el ámbito de la pérdida de oportunidad, el requisito de realidad subraya que las oportunidades deben trascender la mera ilusión o especulación del damnificado¹²⁸. Como han señalado gráficamente Mazeaud y Tunc, no se indemnizan “castillos en el aire”¹²⁹.

El daño, en términos jurídicos, puede clasificarse como cierto o incierto. Se considera cierto cuando su ocurrencia, ya sea presente o futura, es concreta y verificable, sin depender de suposiciones. En contraste, el daño incierto es aquel que carece de garantías sobre su materialización, permaneciendo en el ámbito de lo especulativo o hipotético. Así, el carácter verificable del daño cierto permite diferenciarlo claramente de aquel que solo aparece como una posibilidad abstracta¹³⁰.

En este contexto, se ha señalado que “el concepto de daño en el ámbito jurídico abarca tanto las consecuencias presentes como futuras que un individuo puede experimentar como resultado de un acto ilícito o un incumplimiento contractual. Este daño se considera cierto cuando su existencia es verificable cualitativamente, incluso si la determinación de su magnitud exacta es elusiva”¹³¹.

La clave radica en distinguir entre oportunidades y esperanzas. Las primeras se apoyan en datos verificables que permiten medir su probabilidad razonable de materialización, mientras que las segundas son simples percepciones personales, desprovistas de sustento objetivo. “La pérdida de un derecho no puede ser considerada como una simple pérdida de oportunidades bajo el argumento de que su realización se proyecta en el futuro”¹³². El derecho de daños protege lo probable y concreto, no lo meramente deseable¹³³. Así, se ha señalado que “no hay nada hipotético en la chance, pues esta existe o no existe”¹³⁴, aun cuando respecto de la obtención favorable del resultado final si existe incertidumbre.

¹²⁷ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, voz “real”.

¹²⁸ Pizarro y Vallespinos (2017), p. 153.

¹²⁹ Mazeaud et al. (1962), p. 312.

¹³⁰ Vázquez Ferreyra (1993), p. 178.

¹³¹ Pizarro (2021), pp. 151-152. Este principio está respaldado por diversas fuentes autorizadas en el estudio del derecho de daños, tal como lo indican López Mesa, Picasso y Sáenz, quienes concuerdan en que la certeza del daño no requiere una cuantificación precisa para su reconocimiento y reparación.

¹³² Vitale (2020), p. 122.

¹³³ Trigo Represas y López Mesa (2011a), p. 118.

¹³⁴ Sáenz (2013), p. 120.

Por ejemplo, se ha resuelto que la indemnización por pérdida de oportunidad debe ser rechazada cuando la falta de acceso a un crédito bancario no se demuestra como un perjuicio. No basta con acreditar que existía una línea de crédito potencial a la que el solicitante pudo haber accedido de no haber sido informado negativamente. Es necesario probar, de manera específica, que el solicitante realizó una solicitud formal de crédito y que esta fue rechazada debido a su inclusión en la Central de Deudores del Sistema Financiero o en una base privada de datos de riesgo crediticio. En otras palabras, la reparación de una pérdida de oportunidad solo procede cuando existen elementos objetivos que evidencien su existencia, descartando simples expectativas o especulaciones sin sustento¹³⁵. En el mismo sentido, a propósito de un incumplimiento contractual, no basta con señalar que se ha privado de oportunidades de celebrar otros negocios de manera genérica, debiendo especificar en qué consistía la chance y aportar probanzas al proceso para valorarla¹³⁶.

En Argentina, la exigencia de que la oportunidad sea real se analiza principalmente desde la perspectiva de la certidumbre del daño. Esto implica demostrar que, en el momento previo al evento que originó el perjuicio, existía una oportunidad concreta y fundada. Sin embargo, esta certidumbre no requiere una seguridad absoluta, sino que se sustenta en una certeza relativa, basada en una probabilidad razonable de que la oportunidad se hubiera concretado de no mediar el evento lesivo. Este análisis permite armonizar la necesidad de proteger derechos tangibles sin extender la reparación a meras especulaciones.

Dicho de otro modo, no basta con que el demandante crea en la existencia de una oportunidad; esta debe estar respaldada por elementos que acrediten tanto su existencia como su viabilidad razonable¹³⁷. La dificultad radica en diferenciar entre un daño cierto y una posibilidad meramente hipotética. En última instancia, el juzgador deberá fundamentar su decisión sobre el carácter tangible de la oportunidad y su certeza relativa en el momento previo al daño, guiándose por principios de razonabilidad y normalidad¹³⁸.

¹³⁵ C. Nac. Civ., sala D, 10/11/2023, “Araujo María Isabel c./ Servicio Electrónico de Pago S.A. y outro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/153014/2023.

¹³⁶ 20° JC de Stgo, 20/05/2019, “Gil c./ Gallardo”, rol n.º C-17305-2016.

¹³⁷ Vitale (2020). En el mismo sentido: Bielsa Ros (2013).

¹³⁸ Trigo Represas y López Mesa (2011b), p. 1049. Lo mismo se ha predicado en el ámbito sanitario: Garcés-Garro Ranz (2010), p. 47.

En cualquier caso, es fundamental destacar que lo indemnizable —y, por ende, lo que debe ser comprobable de manera objetiva— no es el resultado final que podría haberse alcanzado, sino la probabilidad cierta y razonable de lograr dicho resultado. En este sentido, la jurisprudencia ha enfatizado que lo que se considera cierto es la existencia de la probabilidad, oportunidad o chance misma y no su concreción, ya que, al haber sido interferida, nunca podría alcanzar una seguridad absoluta. Así, el análisis de la oportunidad es la realidad de su existencia¹³⁹.

En suma, exigir que la oportunidad sea real constituye un criterio cualitativo esencial para determinar su reparación. Al centrarse en probabilidades verificables y razonables, esta exigencia permite delimitar con precisión las situaciones que pueden ser resarcidas, evitando que se demanden daños basados en conjeturas o posibilidades hipotéticas. De este modo, se protege la funcionalidad de la figura dentro del sistema de responsabilidad civil, asegurando que las indemnizaciones se fundamenten en bases sólidas y objetivas, sin desvirtuar su naturaleza como herramienta destinada a reparar daños ciertos y concretos.

b. La oportunidad debe ser seria

El criterio de seriedad es esencial para determinar la indemnizabilidad de una pérdida de oportunidad. Más allá de su existencia real, la oportunidad debe tener un peso jurídico y práctico que justifique su reparación¹⁴⁰. Debe poseer un nivel razonable de probabilidad que justifique su reparación. La seriedad del daño exige algo más que la mera existencia de la oportunidad; impone que esta sea lo suficientemente importante como para justificar su reparación. Por ello, la seriedad actúa como un filtro esencial que previene que la figura de la pérdida de oportunidad se utilice para sustentar reclamos basados en conjeturas

¹³⁹ En este sentido: CNFed.CC, sala III, 28/04/2006, “Moreira, María E. y otro c./ Distrania, Eusebio J. y otro”; C. Nac. Apel. Com., sala B, 23/06/2004, “Abramovich, Leonardo c./ Barabini, Norberto”, CNFed.CC, sala III, 22/09/2005, “Chidiac Bassam, Antonio c./ Kloury, Yamil Antonio J.”; CNFed.CC, sala III, 01/06/2006, “Arplat SA c./ Aguas Argentinas SA”. Citados en: (Bibiana Barbado 2008), p. 282-284; CCCom. de Mar del Plata, sala I, 27/02/2007, “González, Mirta G. c./ Fioravanti, Oscar F.”, Juba B1353317; CCCMin. De Mendoza, 16/5/2007, “Terraza, R. H. c./ Municipalidad de San Carlos”, autos n.º 38.256. En los últimos años: SCJ de Mendoza, sala primera, 22/03/2016, “L. S. T. c./ B. M. L.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97395-AR; C. Apel. Civ. Com. Min. de Paz y Trib. de Mendoza, sala segunda, 16/09/2013, “Jorge Roberto Mario c./ B. A. E.”, Microiuris online, cita digital MJ-JU-M-81663-AR.

¹⁴⁰ La Real Academia Española define serio, en su quinta acepción, como “grave, importante, de consideración”.

infundadas o posibilidades insignificantes, resguardando así su finalidad y sentido jurídico.

Aunque los requisitos de “realidad” y “seriedad” están íntimamente relacionados, cada uno cumple una función distinta en la delimitación de las oportunidades indemnizables. Mientras que la realidad atiende al aspecto cualitativo de la oportunidad, exigiendo que esta exista de manera concreta y comprobable, la seriedad añade un componente adicional: su relevancia. Es decir, una oportunidad puede ser real, estar basada en elementos objetivos y verificables, pero no necesariamente sería si carece de la relevancia suficiente para justificar una compensación. Así, la realidad garantiza que la oportunidad no sea una simple ilusión, mientras que la seriedad asegura que no se indemnicen aspiraciones insignificantes o irrelevantes. Ambos requisitos operan conjuntamente para preservar la naturaleza de la figura de la pérdida de oportunidad y evitar que su aplicación pierda coherencia en el marco normativo.

En Argentina, la normativa consagra este principio en el artículo 1739 del CCyC, que establece la razonabilidad como un parámetro clave en la evaluación de la probabilidad de ocurrencia de la ventaja esperada o del daño que se busca evitar. Lo anterior es comprensible, ya que el juez, al analizar la existencia de una oportunidad y su posible reparación, aborda de manera simultánea tanto su realidad como su seriedad. La evaluación inicial de estos aspectos constituye un paso fundamental en el análisis de la pérdida de la chance. Asimismo, la doctrina argentina ha subrayado la importancia de la seriedad como requisito de la chance indemnizable¹⁴¹.

Es importante destacar que en esta primera etapa se exige un rigor probatorio que garantice la objetividad y viabilidad de la oportunidad, sin que ello implique anticiparse al cálculo del resarcimiento. El objetivo principal consiste en determinar si la oportunidad alegada tiene fundamentos sólidos y puede considerarse seria, sin requerir aún una precisión cuantitativa. La cuantificación específica se reserva para una etapa posterior, que se realiza una vez acreditada la existencia de la oportunidad perdida.

La etapa de valoración, que sigue a la determinación de la indemnizabilidad, se caracteriza por ser más técnica y exhaustiva. Su finalidad no solo consiste en establecer un monto indemnizatorio, sino también en garantizar que dicho cálculo se realice sin

¹⁴¹ En este sentido: Bielsa Ros (2013); Jalil (2020b); Hersalis (2020b); Trigo Represas y López Mesa (2004); Márquez (2015).

arbitrariedades. De esta forma, se distingue claramente entre la comprobación inicial de la oportunidad y los procedimientos específicos destinados a valorar económicamente el perjuicio.

La jurisprudencia argentina se refiere a la seriedad de la chance, estableciendo que solo es indemnizable cuando el grado de probabilidad de obtener la ganancia o evitar la pérdida es relativamente elevado¹⁴². Por el contrario, cuando la posibilidad es meramente general o vaga, la pérdida no es indemnizable, ya que se trataría de un perjuicio meramente conjetural, eventual o hipotético¹⁴³.

La jurisprudencia chilena ha reconocido que la pérdida de una chance cumple con el requisito de seriedad cuando no se trata de una mera expectativa, sino de una oportunidad con altas probabilidades de materializarse. En el caso de un derrame de petróleo que afectó a pescadores artesanales en la bahía de San Vicente, se determinó que la chance perdida era seria y sustantiva, ya que los pescadores operaban en una zona con altas probabilidades de obtener ganancias. Las restricciones impuestas los obligaron a desplazarse a otras áreas, incrementando los costos operativos y reduciendo sus beneficios esperados¹⁴⁴.

Dicho análisis puede basarse en métodos científicos o en reglas de experiencia, proporcionando un marco confiable para valorar las oportunidades perdidas. Tal como afirman Durant y Dubuisson, “de la misma manera que un riesgo no es transferible en materia de seguros sino bajo ciertas condiciones técnicas, la pérdida de oportunidades debe ser medible objetivamente”¹⁴⁵. Esta precisión subraya la importancia de respaldar las reclamaciones con datos verificables, descartando aspiraciones sin fundamento.

En este sentido, para que una oportunidad sea considerada seria, debe existir un grado suficiente de probabilidad que haga razonable esperar la consecución del beneficio o la prevención del daño. Por ejemplo, si alguien pierde la posibilidad de participar en un sorteo con una probabilidad ínfima de ganar (0.0005046%), no podría invocarse una

¹⁴² A modo de ejemplo: CSJN, 10/10/2000, “Chaves, Fabián Mario c./ Tucumán, Provincia”, JA, 2008-III, p. 376; CSJN, 20/03/2003, “Mochi, Ermanno y otra c./ Buenos Aires, Provincia de y otro”, 331:352; CSJN, 12/07/2007 “Serradilla, Raúl Alberto c./ Mendoza, Provincia de y otro”, 330:2748; entre otros.

¹⁴³ Stiglitz et al. (2010), p. 412.

¹⁴⁴ C.A. de Valparaíso, 08/05/2019, “Luis Alfredo Mendoza Mendoza y Angélica del C. Parraguez Torres y otros c./ Los Armadores Sr. Expedo Shipping Corporation y otros”, rol n.º 1176-2017, confirmado por la CS Chile, 23/03/2021, rol n.º 18365-2019.

¹⁴⁵ Dubuisson y Durant (2007), citado en: Vitale (2020) p. 206.

pérdida de oportunidad, ya que no existe la certeza necesaria para considerarlo un perjuicio indemnizable¹⁴⁶.

Así, se ha fallado que “para considerar si existía o no probabilidad hay que aplicar criterios objetivos según lo que normalmente suele suceder y no apreciaciones subjetivas de lo que hipotéticamente podría acontecer y que se desvanecen como las expectativas de “La Lechera” de Jean La Fontaine al tropezar y romperse su cántaro”¹⁴⁷. En consecuencia, la seriedad de una oportunidad debe evaluarse sobre la base de criterios objetivos que aseguren su viabilidad, evitando caer en especulaciones o expectativas irreales. Este análisis, fundamentado en datos verificables y patrones razonables de probabilidad, protege la figura de la pérdida de oportunidad de diluirse en aspiraciones hipotéticas o imaginarias que carecen de sustento concreto.

c. El umbral de las probabilidades

Una de las críticas en relación con la pérdida de la oportunidad es la ausencia de una línea clara respecto del umbral de probabilidad necesario para considerar que una chance merece tutela¹⁴⁸. El problema se acentúa en el ámbito de la responsabilidad médica, en que la jurisprudencia ha instrumentalizado la figura de la chance tanto para resolver casos en los que las probabilidades de vinculación causal entre el acto médico y el resultado final son altas, como para situaciones en las que dichas probabilidades son claramente bajas¹⁴⁹.

En el primer escenario, surgen casos que han sido indemnizados como si se tratara de chances, cuando en verdad lo que se ha perdido es el resultado final. Un ejemplo lo ofrece un fallo en que se demandó a una entidad bancaria por la cancelación de una tarjeta

¹⁴⁶ C. Nac. Civ., sala A, 04/02/2005, “Ramos, Alfredo E. c./ Banco Río de la Plata SA”, JA 2005-II, p. 182. Una persona demandó por la pérdida de oportunidad de participar en sorteos promocionales, alegando que el retraso de 80 días hábiles en la acreditación de un cheque por parte del banco le impidió ingresar a tiempo al sistema de premios asociado a su cuenta. Sin embargo, el tribunal desestimó el reclamo al considerar que la probabilidad de resultar ganador era ínfima y el daño alegado, puramente conjetural e indemostrable.

¹⁴⁷ Compagnucci de Caso (2024).

¹⁴⁸ Blümel Araya (2022), pp. 87-88.

¹⁴⁹ En Chile, hay casos en que se han otorgado indemnizaciones a pesar de las bajas probabilidades en la oportunidad de curación y sobrevida. Por ejemplo: CS Chile, 25/07/2018, “Loayza c./ Servicio de Salud Metropolitano Oriente”, rol n.º 30264-2017; y casos con altas probabilidades, como, CS Chile, 06/08/2013, “Vera c./ Medi-Matic”, rol n.º 7493-2012; CS Chile, 27/02/2018, “Fuentealba c./ Servicio de Salud de Talcahuano”, rol n.º 21599-2017; CS Chile, 22/09/2016, “Sarabia c./ Servicio de Salud Iquique”, rol n.º 9481-2016.

de crédito. Como consecuencia directa de esa cancelación, el titular perdió la totalidad de los puntos acumulados. El tribunal calificó el daño como pérdida de chance, al entender que se había frustrado la oportunidad de usar esos puntos.

En el primer escenario, hay casos en los que se ha indemnizado a vía de chances, lo que en realidad solo puede asimilarse al resultado final. En un caso, se demandó a un banco a raíz de la cancelación de una tarjeta de crédito que, como consecuencia directa, privó al titular del uso de los puntos que había acumulado. El tribunal entendió que se trataba de una pérdida de chance: el actor habría perdido la oportunidad de utilizar esos puntos¹⁵⁰. Sin embargo, creo que esa calificación no es correcta. La oportunidad de ejercer ese derecho no estaba sujeta a variables inciertas. Estaba allí, disponible, activa, plenamente exigible. Cancelada la tarjeta, lo que perdió fue el beneficio mismo. Por eso, más que una pérdida de chance, lo que se presenta es un daño representado por el desenlace final: el resultado ya estaba asegurado, y lo que lo impidió fue una conducta concreta y directamente imputable. Calificar el caso como una chance implica resarcir menos de lo debido.

En el extremo opuesto, también se presentan decisiones que califican como pérdida de chance lo que, en realidad, se trata de un daño hipotético. Un fallo permite demostrar esta disyuntiva: en el caso, se analizó la situación de un carcelario que se quitó la vida mientras se encontraba privada de libertad. El tribunal reconoció la responsabilidad estatal por no haber garantizado condiciones mínimas de seguridad, tratándose de un interno con antecedentes de intentos autolesivos. Pero además, reconoció a favor de la madre, una indemnización por la frustración de la oportunidad de que, en el futuro, el fallecido hubiera reencauzado su vida y contribuido al sostenimiento del hogar¹⁵¹. A pesar de que contaba con un extenso historial delictivo y reincidencias previas, el tribunal estimó que no podía descartarse por completo una evolución futura favorable y, en función de ello, reconoció una indemnización por pérdida de chance.

Creo que la apreciación del tribunal pasa por alto, que la existencia de esa oportunidad aparece como especialmente débil. No solo por los antecedentes penales y la falta de evidencias de una reinserción en curso, sino porque el escenario contrafáctico exigía, como condición previa, una transformación personal cuya ocurrencia, en las

¹⁵⁰ C. Nac. Com., sala D, 10/08/2005, “Quesada, Hernán c./ Bank Boston”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/ JUR/3811/2005.

¹⁵¹ C. Nac. Civ. y Com. Fed. sala II, 30/03/2023, “Cejás, Elida Raquel c./ Estado Nacional”, Rubinzal online, cita digital: RC J 1321/23.

circunstancias del caso, resultaba más hipotética que probable. La oportunidad invocada para alcanzar entidad jurídica requería una base fáctica más sólida que la mera expectativa de un cambio futuro. La probabilidad de que efectivamente se concretara una participación económica estable en la vida familiar no se desprendía de los elementos de la causa ni podía presumirse razonablemente. De lo contrario, la figura corre el riesgo de diluirse en supuestos en los que la expectativa frustrada no ha superado el umbral mínimo de razonabilidad.

Estas distorsiones han llevado a algunos autores a sugerir la fijación de un umbral porcentual rígido, como ocurre en ciertos sistemas de *common law*¹⁵². Sin embargo, esta propuesta me parece incompatible con nuestra tradición jurídica. En el derecho continental, la valoración de las probabilidades no se estructura a partir de cifras fijas. Se basa en la ponderación del contexto, en el análisis de los hechos del caso y en la razonabilidad de los indicios aportados.

Por ello, más que imponer un umbral uniforme, lo que corresponde es exigir al juez un análisis prudencial, ajustado a las circunstancias del caso y debidamente fundado. Como ha señalado la doctrina, “para la determinación del monto de la indemnización, es obvio que el magistrado deberá efectuar una prudente evaluación de las distintas pautas que ofrece el panorama probatorio de la causa, partiendo de la base de que es prácticamente imposible adoptar métodos y lograr cifras claramente resarcitorias de un perjuicio difícil de evaluar, precisamente por tratarse de cubrir una verdadera 'chance' y no de un daño determinado en su actual materialidad”¹⁵³.

Esa flexibilidad no debe confundirse con arbitrariedad. La discrecionalidad judicial tiene un límite claro: el deber de motivación; y mientras el razonamiento esté anclado en los hechos y en el derecho, no hay riesgo en que el juez valore sin estrictos parámetros porcentuales. La certeza jurídica no proviene de los números, sino de razones bien construidas.

¹⁵² Medina Alcoz (2007), p. 317; Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 203.

¹⁵³ Superior Tribunal de Justicia del Chaco, 18/07/1984, “Gerez, Luis y Catalina Castro de Gerez c./Arturo Paz José Gabriel Oliva, Mestre Hnos. SCC; Pedro Antonio Mestre; Jaime Mestre y/o quien res. responsable”, autos n.º 10.212/84.

d. La evolución reciente en Francia

En Francia, la jurisprudencia históricamente ha adoptado un criterio restrictivo respecto a las oportunidades con una probabilidad extremadamente baja, equiparándolas a oportunidades inexistentes¹⁵⁴. Por ejemplo, una probabilidad de éxito del 1% no cumplía con los requisitos de seriedad, ya que no ofrecía un sustento razonable que justificara su reparación. Esta exclusión se basaba en la premisa de que la pérdida de oportunidad no debía ser utilizada para resarcir posibilidades remotas ni para suplir la inexistencia de un daño concreto¹⁵⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia ha transitado desde una postura más bien restrictiva, hacia una más amplia. Este cambio quedó en evidencia con la sentencia del 16 de enero de 2013¹⁵⁶, que abandonó el filtro cuantitativo como criterio determinante para la indemnizabilidad. En el caso concreto, una pareja demandó a su abogado por responsabilidad civil debido a su inasistencia a una audiencia y su omisión de interponer un recurso de apelación, pese a haber recibido instrucciones claras para hacerlo. La Corte de Apelaciones acogió la demanda, pero limitó la indemnización al reembolso de los gastos procesales, argumentando que la probabilidad de éxito de la apelación era baja y que los demandantes no demostraron que su cuenta corriente era acreedora. Además, una acción paralela que habían iniciado fue rechazada por la autoridad de cosa juzgada.

La Corte de Casación anuló este fallo, invocando el artículo 1147 del Código Civil francés, que regula la responsabilidad contractual y establece que un deudor es responsable de los daños causados al acreedor por incumplimientos o ejecuciones defectuosas de sus obligaciones. En su decisión, el Tribunal determinó que la pérdida cierta de una oportunidad, incluso cuando es débil, es indemnizable, enfatizando que la obligación incumplida por el abogado generó un perjuicio que debía ser reparado.

Según Bacache¹⁵⁷, este cambio se fundamenta en que la pérdida de la chance hoy día es mirada como un daño autónomo y, por lo tanto, solo debe cumplir con los requisitos generales del perjuicio, sin exigirse requisitos especiales para su indemnización. La Corte

¹⁵⁴ Vitale (2020), p. 268.

¹⁵⁵ Vitale (2020) p. 269.

¹⁵⁶ Cour de cassation, première chambre civile, 16/01/2013, n° 12-14.439, Dalloz 2013, p. 619, note M. Bacache; RCA 2013.

¹⁵⁷ Bacache (2013).

sostiene que, aunque la pérdida de oportunidad debe ser cierta, no es necesario que sea sustancial, permitiendo así indemnizar incluso oportunidades con baja probabilidad de éxito. Pareciera ser que este giro busca evitar que las víctimas sean privadas de una reparación debido a la debilidad de su oportunidad.

No comparto este criterio adoptado por la Corte de Casación. Considero que el reconocimiento indiscriminado de todas las oportunidades, independiente de su probabilidad, desvirtúa la figura de la pérdida de oportunidad. Esto genera una distorsión que debe evitarse. A continuación, expondré las razones por las que este cambio resulta problemático, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico¹⁵⁸.

En primer lugar, indemnizar oportunidades irrisorias socava profundamente el criterio de seriedad, el cual debe ser el eje fundamental para determinar qué oportunidades son indemnizables. Este criterio exige que la oportunidad posea un nivel mínimo de importancia, que la aleje de meras conjeturas o posibilidades remotas. Indemnizar oportunidades sin relevancia jurídica ni práctica debilita la confianza en el sistema de responsabilidad civil, transformándolo en un estándar irrelevante que, lejos de proteger derechos sustanciales, abre la puerta a reclamos basados en especulaciones. Esto no solo pone en riesgo la coherencia interna del sistema de responsabilidad civil, sino que también fomenta la proliferación de demandas infundadas, sobrecargando innecesariamente el aparato judicial y desviándolo de su propósito esencial.

En todo caso, aun sin hacer referencia directa a esta jurisprudencia, sino más bien criticando el requisito de seriedad, hay autores que defienden la postura de no imponer restricciones cuantitativas a la indemnización por pérdida de oportunidad. Sostienen que, una vez que se decide reconocer jurídicamente dichas oportunidades, no debería establecerse una distinción basada únicamente en su grado de probabilidad. Argumentan que la pérdida de una baja probabilidad de evitar un daño considerable o de obtener una ganancia elevada podría ser tan perjudicial como la pérdida de una alta probabilidad de conseguir un beneficio menor. Por ejemplo, Méral señala que “la pérdida de un 0,01% de probabilidad de obtener 8.000.000 de euros podría ser tan perjudicial como la pérdida de un 80% de probabilidad de ganar 1.000 euros”¹⁵⁹. Así, rechazan la idea de que solo las oportunidades con altas probabilidades de éxito sean indemnizables, considerando que

¹⁵⁸ En estas críticas he seguido a Bacache (2013).

¹⁵⁹ Méral (2024), p. 309.

cualquier pérdida, siempre que sea cierta, podría dar lugar a un daño significativo que merece reparación.

Sin perjuicio de que el argumento es sólido en términos generales, es importante señalar que estas situaciones no se analizan exclusivamente en función de un porcentaje matemático o estadístico. El grado de probabilidad, si bien relevante, no constituye el único parámetro para determinar la seriedad de una oportunidad perdida. En realidad, esta evaluación también depende de la aplicación de la sana crítica del juzgador, quien debe considerar las circunstancias específicas del caso, así como las reglas de la experiencia y los conocimientos especializados disponibles. Esto implica que, en muchos casos, una probabilidad baja puede considerarse seria si está respaldada por elementos contextuales sólidos, mientras que una probabilidad alta podría no ser suficiente si carece de fundamentos objetivos que la sustenten. En consecuencia, el análisis debe combinar probabilidades y un examen cualitativo de los factores que fundamenten razonablemente la oportunidad.

En segundo lugar, indemnizar oportunidades insignificantes distorsiona el principio de proporcionalidad en la responsabilidad civil, que establece que la reparación debe corresponder a la magnitud del daño sufrido. Cuando se otorgan indemnizaciones por oportunidades con probabilidades mínimas de éxito o impacto real, se corre el riesgo de desvirtuar este principio. Por ejemplo, otorgar una compensación desproporcionada a una oportunidad casi inexistente podría trivializar los recursos judiciales. Esto genera desequilibrios en el sistema, ya que se asignan recursos jurídicos y económicos a daños marginales, mientras que casos con daños mayores o más serios podrían recibir una compensación insuficiente. Además, al permitir que se reparen estas oportunidades mínimas, se fomenta una sobrecarga del sistema judicial con reclamos que no tienen un impacto sustancial, debilitando la percepción de justicia y coherencia del sistema. En esencia, la reparación debe centrarse en oportunidades que verdaderamente afecten la posición de la víctima, evitando la compensación por situaciones que carecen de un peso relevante.

Finalmente, permitir la indemnización de oportunidades irrisorias podría abrir la puerta a un uso abusivo de la figura de la pérdida de oportunidad, convirtiéndola en una herramienta genérica para casos en los que no se puede acreditar un daño real y concreto. Este abuso no solo diluye la función específica de la figura —que busca reparar daños con una base objetiva y verificable—, sino que también afecta su legitimidad como

mecanismo jurídico confiable. Al ampliarse su aplicación sin un criterio riguroso, se corre el riesgo de trivializar la figura, reduciendo su credibilidad y su capacidad para abordar casos en los que verdaderamente está en juego una pérdida relevante y probada.

A pesar de que Argentina no ha recogido en términos generales esta línea jurisprudencial, existe una corriente minoritaria que sostiene la necesidad de reparar todo perjuicio que, aun siendo leve, revista el carácter de “injusto” para la víctima. Según esta postura, no deberían existir limitaciones para reclamar los daños sufridos, independientemente de su insignificancia económica¹⁶⁰.

En línea con esta doctrina, se han identificado casos específicos en los que se ha ordenado la indemnización por la pérdida de una oportunidad, incluso cuando esta carecía de gran relevancia.

Así se ha fallado a propósito de la responsabilidad de un abogado que presentó de manera tardía un recurso de apelación, lo que impidió que el caso fuera revisado en una instancia superior. Aunque las probabilidades de éxito del recurso eran bajas, se determinó que la pérdida de la oportunidad de que la resolución fuera evaluada por otra instancia constituye un daño indemnizable. El tribunal destacó que, aunque el éxito final no fuera garantizado, la oportunidad concreta de revisión fue cercenada debido a la negligencia del abogado, generando un perjuicio que debe ser reparado mediante una indemnización económica¹⁶¹.

En otro caso, se destacó la importancia de reparar la pérdida de una chance independientemente de su cuantía. Se argumentó que todo daño, incluso uno de escasa relevancia económica, debe ser indemnizado si resulta “injusto” para la víctima. La postura subrayó que no existe en el derecho civil una prohibición que limite la reparación de daños en función de su insignificancia. Además, se enfatizó que rechazar la reparación de un perjuicio leve contradice el espíritu del derecho de daños actual, que prioriza la equidad y la protección de los derechos de la víctima frente a situaciones injustas¹⁶².

¹⁶⁰ Calvo Costa (2022), p. 86.

¹⁶¹ C. Nac. Civil, sala G, 10/02/2020, “E., P. M. c./ B., F. A. y otro”, LL, 2020-A, pp. 385-394; RCyS 2020-4, p. 125. En el mismo sentido: C. Nac. Civil, sala H, 07/04/2014, “V., A. c./ R., J. y otro”, autos n.º 107811/10.

¹⁶² C. Nac. Civil, sala A, 16/02/2017, “R., M. A. c./ M. C., C. J. y otro”, autos n.º 31.208/2013, en RCCyC 2017 (octubre), cita digital: TR LALEY AR/JUR/3351/2017.

Por su parte, en Chile, la jurisprudencia ha aplicado la pérdida de una chance sin exigir un umbral de seriedad. En el primer caso¹⁶³ se reconoció la pérdida de la oportunidad de "luchar dignamente por su vida", pese a no analizar la probabilidad concreta de éxito del tratamiento si el cáncer hubiera sido diagnosticado a tiempo. De manera similar, en un segundo caso¹⁶⁴, se indemnizó la pérdida de la oportunidad de recibir auxilio tras un retraso en la llegada de la ambulancia, aunque no se probó que dicha demora habría evitado la muerte de la paciente, ni siquiera bajo el prisma de la probabilidad.

Lo anterior demuestra que en ciertas ocasiones ha existido una tendencia a no establecer un estándar mínimo de seriedad en las oportunidades para justificar su indemnización. En este sentido, adhiero a la crítica que realiza Florencia Blümel al señalar que:

Esta falta de fundamentación genera incertidumbre acerca de los límites inferiores para la procedencia de la indemnización y sobre la seriedad de las oportunidades que deben existir para aplicar la noción de pérdida de una chance. Esto es relevante, ya que la falta de claridad puede derivar en casos de sobre indemnización, reparando supuestos que no debieran serlo o, incluso, generando indemnizaciones con carácter punitivo.

No obstante, estos fallos son excepcionales. Por lo general, los tribunales han sido consistentes en exigir el cumplimiento del criterio de seriedad, algo que, a mi juicio, resulta fundamental. Garantizar que solo se resarzan expectativas con una probabilidad razonable evita trivializar esta figura jurídica y preserva su legitimidad como herramienta de reparación. Por esta razón, creo que tanto en Argentina como en Chile, es imprescindible reflexionar cuidadosamente antes de incorporar ejemplos foráneos. Adoptarlos sin el debido análisis podría generar tensiones o desequilibrios en la estructura normativa actual.

e. Cercanía temporal de la chance

En el derecho francés, tan influyente en el derecho comparado, se distingue entre dos momentos relevantes para la pérdida de la chance: cuando esta se frustra mientras se

¹⁶³ CS Chile, 25/07/2018, “Loayza c./ Servicio de Salud Metropolitano Oriente”, rol n.º 11761-2017.

¹⁶⁴ CS Chile, 11/11/2019, “Toledo c./ Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota”, rol n.º 20625-2018.

ejercía o cuando se frustra antes de que haya sido puesta en movimiento. Esta distinción busca considerar la certeza de la existencia de la chance y su proximidad al daño, lo que influye en los criterios resarcitorios¹⁶⁵.

En el primer caso, el hecho dañoso interrumpe una chance que ya se estaba desarrollando, lo que aporta mayor certidumbre sobre su existencia. Ejemplo de ello es el caballo que en plena carrera, es obstruido intencionalmente por un competidor o la negligencia del abogado, que en el curso de un juicio, deja extinguir la instancia por falta de acción. Aquí, la relación de causalidad entre el daño y la frustración de la chance resulta evidente, justificando con mayor facilidad el resarcimiento¹⁶⁶.

El segundo supuesto se refiere a la imposibilidad de poner en marcha una chance que aún no había sido activada. Este es el caso de una persona de mediana edad cuya esperanza de vida se reduce debido a una mala praxis médica. En estas situaciones, el daño no reside en un beneficio perdido, sino en la privación de una oportunidad real y concreta, aunque todavía mediata, de obtener dicho beneficio. Por ello, los criterios resarcitorios tienden a ser más estrictos, exigiendo un análisis riguroso de las probabilidades involucradas¹⁶⁷.

La doctrina francesa enfatiza la proximidad temporal entre el evento lesivo y la concreción esperada de la chance como un factor relevante para determinar la indemnización. Cuanto más próximo sea este vínculo, mayor será la probabilidad de que la chance se hubiese concretado, aumentando así las posibilidades de reparación¹⁶⁸. En este sentido, para un sector de la doctrina el mayor o menor tiempo transcurrido entre la producción del hecho ilícito y el momento en que la chance perdida se habría efectivizado resulta importante a los fines de establecer la existencia de la chance frustrada y de medir su incidencia cuantitativa, aunque no se trata del único elemento relevante¹⁶⁹.

En la doctrina argentina, Zannoni ha recogido la doctrina anterior, subrayando que en los casos de pérdida de la chance, la indemnización se orienta a reparar un interés actual de la víctima. Dicho interés no se configura cuando la persona que se considera damnificada no logró colocarse en las condiciones necesarias para aprovechar la

¹⁶⁵ Viney (1982), pp. 347 y ss.; Pizarro y Vallespinos (2017) pp. 274-275.

¹⁶⁶ Calvo Costa (2022), p. 154.

¹⁶⁷ Pizarro y Vallespinos (2017), p. 154.

¹⁶⁸ Pizarro y Vallespinos (2017), p. 154.

¹⁶⁹ Le Tourneau y Jacob (1976), pp. 152 y ss.; Picasso y Sáenz (2019), p. 490.

oportunidad o para evitar el perjuicio¹⁷⁰. En otros términos, según esta visión, la reparación se fundamenta en la existencia de una chance concreta, que exige haber estado en una posición idónea para procurar el beneficio o impedir la pérdida, sin reducirse a meras expectativas inciertas o eventuales.

Ahora bien, no es necesario que al tiempo del hecho dañoso la víctima estuviese en la situación idónea para aspirar a la realización de las ventajas. Lo exigible es sólo un contexto favorable que permita suponer que, sea de inmediato o inclusive más adelante, se habría llegado a estar en la situación que permitiría el logro de los beneficios esperados¹⁷¹.

Con ello, la autora destaca que no se requiere la inmediatez absoluta de la víctima en la posición adecuada, sino un escenario que, de haberse desarrollado razonablemente, habría permitido concretar la oportunidad.

En la misma línea, Pizarro y Vallespinos, creen que esta distinción puede ser artificial y, en muchos casos, carece de razonabilidad si se considera de forma absoluta. No debería existir una diferencia sustancial, a efectos resarcitorios, entre una chance que ya estaba en desarrollo y otra que aún no se había activado, siempre que ambas ofrezcan un grado suficiente de certeza. La certidumbre, en este contexto, no depende exclusivamente de la inmediatez temporal, sino de otros factores cualitativos que deben ser evaluados en función de las circunstancias particulares de cada caso¹⁷².

Porque, al final, el valor de una chance no reside únicamente en su cercanía temporal al hecho dañino, sino en su capacidad de representar una oportunidad auténtica, concreta y, sobre todo, digna de ser protegida por el Derecho.

3.5. Pérdida definitiva de la oportunidad de materialización del evento favorable

La pérdida de oportunidad se define como una probabilidad concreta e irremediablemente sacrificada¹⁷³, una expectativa legítima que, debido a la conducta ilícita de un tercero, ha

¹⁷⁰ Zannoni (2005), pp. 103-104.

¹⁷¹ Zavala De González (2009), p. 261.

¹⁷² Pizarro y Vallespinos (2017), p. 154.

¹⁷³ Medina Alcoz (2007), p. 95.

sido eliminada de manera definitiva. Esta situación ocurre cuando la víctima contaba con una probabilidad real y significativa de obtener un beneficio o evitar un daño, probabilidad que se frustra de forma irreversible por la acción u omisión del agente dañino¹⁷⁴. Por lo tanto, esta teoría no resulta aplicable en casos en los que, pese al acto ilícito, persista la oportunidad de alcanzar el resultado esperado en el futuro¹⁷⁵.

Asimismo, esta doctrina excluye los supuestos en los que el resultado final aún no ha ocurrido y solo se enfrenta a un riesgo potencial. Es decir, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando las expectativas frustradas no se relacionan con un beneficio efectivamente perdido, sino con la prevención de un daño eventual que aún no se ha materializado. Por ejemplo, si un médico comete un error en el diagnóstico pero el paciente aún tiene la posibilidad de recibir el tratamiento adecuado y evitar complicaciones, no puede hablarse de una pérdida de oportunidad indemnizable, ya que el resultado final no se ha materializado. En estos casos, reclamar una compensación será posible solo si el daño llega a producirse¹⁷⁶. En esto, comparto la opinión de Ríos y Silva en el sentido que “la incertidumbre que se observa en el incremento del riesgo no se torna irreversible”¹⁷⁷, pues de verificarse el daño en el futuro, la víctima podría obtener la reparación de dichos daños, incluso de manera total si es que prueba el nexo causal con el resultado final.

En el ámbito de la responsabilidad profesional, particularmente en casos de negligencia de abogados, se ha sostenido por la jurisprudencia argentina que si la parte afectada aún puede reiniciar el procedimiento legal, debido a que no ha operado la prescripción, la indemnización debe limitarse a cubrir los costos adicionales incurridos, como gastos judiciales e intereses, pero no el resultado final del juicio¹⁷⁸. Esto se debe a que dicho resultado no puede asumirse como un hecho cierto. En línea con este razonamiento, se ha rechazado la compensación por pérdida de una chance cuando, a pesar de la negligencia del abogado, el actor aún conserva la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento y lograr el éxito en su reclamo¹⁷⁹. El mismo análisis se ha realizado

¹⁷⁴ Ver: Márquez (1986).

¹⁷⁵ Medina Alcoz (2007), p. 94.

¹⁷⁶ Medina Alcoz (2007), pp. 96-98.

¹⁷⁷ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 194.

¹⁷⁸ CCiv. Com y Min. San Juan, sala 2ª, 02/09/1992 “De Quiroga, Ambrosia A. c/ Sánchez Bustos, Martín C.”, JA 1994-I, p. 196.

¹⁷⁹ C. Nac. Civ. sala B, 24/11/2010, “O., C.A. c/ L., J.M.”, autos n.º 551.134. Sostuvo el Tribunal: “si un juicio fenece por caducidad de la instancia atribuible a mala praxis del abogado, lo que está en juego es la chance que tenía el actor de tener algún éxito en dicho proceso si hubiera continuado con su tramitación regular. Sin embargo, si al momento del reclamo el derecho todavía estaba vivo, es decir, si la acción no se

en Chile, en el sentido que para imputar responsabilidad por pérdida de una chance, el resultado debe ser definitivo. Si el cliente aún cuenta con recursos procesales para revertir una sentencia desfavorable, no puede atribuírsele responsabilidad al abogado, ya que la oportunidad de éxito sigue existiendo¹⁸⁰.

En otras palabras, “para que el daño sea resarcible, la pérdida de posibilidades debe ser inequívoca”¹⁸¹, lo que implica que debe existir una reducción clara y definitiva en las oportunidades del damnificado. Solo cuando la oportunidad se pierde de forma irreversible, sin margen para su materialización futura, se justifica la indemnización. De este modo, la pérdida definitiva de una oportunidad únicamente puede ser reparada cuando no subsista posibilidad alguna de materialización del evento favorable, asegurando que la reparación se limite exclusivamente a situaciones en las que el daño sea cierto e irreversible.

4. Conclusiones del capítulo

Concluido el recorrido por los fundamentos, el origen y la evolución de la pérdida de oportunidad, corresponde ahora sintetizar las ideas centrales que emergen de este primer capítulo.

1. En primer lugar, el análisis histórico comparado permite advertir que la pérdida de oportunidad no resulta ajena a ninguno de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Tanto en el derecho civil como en el *common law*, su irrupción respondió a la necesidad de dar respuesta a supuestos en que el resultado final no aparecía como consecuencia directa del hecho, pero la conducta antijurídica privaba al sujeto de una oportunidad real de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio.
2. En el ámbito continental, la evolución fue más constante. Francia delineó progresivamente los contornos de la figura, tanto en materia contractual como extracontractual, reconociendo la seriedad del perjuicio derivado de la frustración de una probabilidad fundada. En contraste, el desarrollo en el

encontraba aun prescripta como aconteció en la especie, esa chance dejó de tener virtualidad desde el punto de vista jurídico”.

¹⁸⁰ CA Stgo, 05/03/2015, “Pardo con Paz”, rol n.º 9168-2014.

¹⁸¹ Vergara (1995), p.76.

sistema de *common law* fue más limitado. Aunque sentencias como *Chaplin v. Hicks* consagraron tempranamente su indemnización, los tribunales han mostrado mayor reticencia en casos de salud, imponiendo un umbral del 50 % de probabilidad de éxito que opera como barrera dogmática y deja sin tutela situaciones en las que la incertidumbre forma parte constitutiva del daño.

3. El panorama latinoamericano muestra caminos propios. En Argentina, desde fines del siglo XX, la jurisprudencia fue afirmando que la privación de una probabilidad razonable constituía en sí misma un perjuicio resarcible, incluso cuando el resultado final no podía probarse con certeza. Esa construcción judicial fue consolidada normativamente en el artículo 1738 del Código Civil y Comercial, que reconoce indemnizables las oportunidades, siempre que exista probabilidad suficiente. Esta codificación fortaleció la seguridad jurídica y proporcionó un marco claro para su aplicación.
4. Chile, por su parte, ha recorrido un camino más reciente y esencialmente jurisprudencial. Aunque se hallan decisiones aisladas desde comienzos del siglo XX, solo en las últimas décadas se ha producido un avance estrepitoso, sobre todo en materia de responsabilidad médica. Sin embargo, su recepción enfrenta todavía dificultades, en parte por la falta de un marco legal específico y por la persistencia de una visión estricta del nexo causal.
5. De este panorama se desprende que la pérdida de oportunidad es una figura en construcción. Su reconocimiento responde a una necesidad real del derecho de daños: reparar no solo el desenlace adverso, sino también aquello que se dejó de alcanzar por una intervención antijurídica, siempre que la oportunidad frustrada sea real y seria. Se trata de una categoría que, aunque no es nueva, sigue moldeándose. Su evolución revela un tránsito desde la intuición reparadora hacia una figura autónoma, capaz de ofrecer respuestas razonables allí donde los modelos clásicos de responsabilidad civil resultan insuficientes.
6. Ahora bien, este proceso no ha estado exento de controversias. Mientras una parte de la doctrina y la jurisprudencia reconoce a la chance como un daño con identidad propia, que no depende del resultado final para justificar su reparación, otros la miran con escepticismo, temiendo que se utilice como vía para atenuar las exigencias del nexo causal. En algunos casos, su empleo excesivo ha dado lugar a decisiones que invocan la pérdida de oportunidad para reparar meras incertidumbres o expectativas difusas. Tal aplicación

imprecisa no solo desvirtúa la figura, sino que también compromete su legitimidad y genera inseguridad jurídica. Una categoría que nació para reparar daños ciertos no puede convertirse en un recurso residual o simbólico, pues de hacerlo perdería densidad y credibilidad.

7. De allí que no baste con proclamar su autonomía ni con acumular precedentes. Lo verdaderamente necesario es un esfuerzo riguroso y sostenido de delimitación. Preguntas como: ¿cuándo puede afirmarse que existió una oportunidad real?, ¿qué distingue una oportunidad indemnizable de una simple expectativa?, ¿qué grado de probabilidad se requiere?, ¿cuál es la finalidad de la reparación en estos supuestos?, no buscan restringir la figura, sino dotarla de coherencia. El sistema de responsabilidad civil solo puede mantener su fuerza reparadora si ofrece respuestas fundadas y no intuiciones.
8. Este análisis permite precisar, finalmente, los requisitos para que la pérdida de oportunidad sea indemnizable. En primer lugar, debe existir una incertidumbre causal razonable entre el hecho ilícito y el resultado final, entendida no como simple ignorancia o falta de prueba, sino como la imposibilidad objetiva de determinar con certeza el curso de los hechos si la conducta dañosa no hubiera ocurrido. En segundo término, la situación aleatoria sobre la que recae la chance debe ser claramente identificable y susceptible de evaluación objetiva, excluyendo anhelos difusos o expectativas genéricas. En tercer lugar, la oportunidad debe ser real y seria: real, porque no basta con una expectativa abstracta; seria, porque el perjuicio debe tener entidad jurídica suficiente. Finalmente, es indispensable que exista una relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica y la oportunidad frustrada, lo que significa centrar el análisis no en el resultado final, sino en la probabilidad concreta que se perdió.
9. En conclusión, la pérdida de oportunidad constituye una figura que, pese a sus dificultades conceptuales y metodológicas, ofrece al derecho de daños una herramienta indispensable para reparar situaciones que de otro modo quedarían sin respuesta. Pero esa utilidad solo puede preservarse si se aplica bajo los requisitos estrictos aquí identificados, que aseguran su coherencia interna y evitan que se diluya en compensaciones meramente simbólicas.

Capítulo II: Entre el daño y la causalidad. La dicotomía de la pérdida de la chance

1. Aspectos generales

La pérdida de la chance ha ocupado un lugar destacado en los debates sobre responsabilidad civil, no solo por su riqueza conceptual, sino también por las implicancias prácticas que conlleva su aceptación como categoría autónoma. La cuestión que se plantea y constituye el eje de este capítulo, radica en determinar si debe reconocerse como un daño independiente, con sustancia propia, o si, por el contrario, su esencia se agota en facilitar el análisis del nexo causal en escenarios de incertidumbre. Entre estas perspectivas surge, además, una propuesta ecléctica, que busca integrar elementos de ambas, pero que no ha escapado a críticas por su aparente falta de definición conceptual.

En el derecho argentino, la postura predominante afirma el carácter autónomo de la pérdida de la chance como daño resarcible¹⁸². Así lo reconoce, además, expresamente, el CCyCN¹⁸³, lo que otorga un marco normativo claro y reduce el margen para las controversias prácticas. Sin embargo, la doctrina que la circunscribe al ámbito de la causalidad, aunque minoritaria, plantea interrogantes que no pueden ser desestimadas. Resulta curioso en este sentido, que a pesar de la conciencia acerca de la posición minoritaria que la ubica en el ámbito de la causalidad, son pocos los autores en la

¹⁸² Esta es la postura mayoritaria de autores argentinos. A modo de ejemplo, podemos citar de la doctrina nacional: Bielsa Ros (2013), Bueres (2001), Bustamante Alsina (1989), Caseaux (1981), Compagnucci (2004), Espinoza Espinoza (2007), Gherzi (2014), Hersalis (2020b), Iribarne (1993), Jalil (2020b), Kemelmajer de Carlucci (1993), López Mesa (2013), López Miró (2006), Márquez (2021), Mayo (2008), Mosset Iturraspe (2009), Nieto (2018), Orgaz (1960), Paganetti (2005), Parellada (2018), Picasso y Sáenz (2019), Pizarro y Vallespinos (2017), Tanzi (2005), Trigo Represas (2008c), Vázquez Ferreyra (1993), Vergara (1995), Weingarten y Gherzi (2016), Zannoni (2005), Zavala De González (1990), entre otros.

¹⁸³ Es importante señalar que el reconocimiento de la pérdida de la chance como daño autónomo en el CCyCN, no surgió como una innovación radical, sino que se inscribe en una rica tradición jurisprudencial que ya había consolidado esta figura mucho antes de su positivización. Este desarrollo previo no solo demuestra la coherencia del sistema jurídico argentino en su capacidad de adaptación a las necesidades sociales, sino también la profundidad del análisis realizado por los tribunales, que supieron identificar en la pérdida de la chance un interés legítimo y digno de protección. En este sentido, el CCyCN no crea, sino que recoge y sistematiza una construcción jurídica que, aun en ausencia de un marco normativo expreso, ya había logrado consenso en la práctica.

argentina que se pronuncien sobre ella¹⁸⁴. Esta omisión, no obstante, invita a reflexionar sobre los motivos que han conducido a tal desinterés y las posibles implicancias que una revisión más profunda podría tener.

La importancia de este debate trasciende las abstracciones teóricas. La manera en que se comprenda y clasifique la pérdida de la chance tiene un impacto directo en la reparación del daño y en la justicia que se le ofrece a la víctima. No se trata solo de definir categorías jurídicas, sino de garantizar que el sistema de responsabilidad civil sea capaz de responder a las expectativas legítimas de quienes han visto truncada una oportunidad concreta. Por ello, este capítulo no se limita a exponer las distintas posturas, sino que busca justificar, con fundamento, por qué la pérdida de la chance debe ser reconocida como un daño en sí mismo, específico e independiente, apartándose de aquellas posiciones que restringen su alcance al análisis causal o que intentan reconciliar ambas visiones en un marco conceptual ambiguo.

2. El punto de partida: la incertidumbre en la pérdida de las oportunidades

La pérdida de la oportunidad se construye, conceptualmente, sobre la base de un elemento común que atraviesa todas las posturas doctrinales: la incertidumbre. Esta condición, lejos de ser un obstáculo, define los límites y el alcance de la figura, circunscribiéndola a aquellos casos en que el nexo causal entre el hecho dañoso y el resultado final permanece indeterminado. No estamos, sin embargo, ante una incertidumbre cualquiera; se trata de una que es inherente al objeto mismo de protección: la probabilidad de un desenlace favorable que se ha visto truncada.

La doctrina ha señalado con agudeza que “no solo la noción de pérdida de una chance implica la de daño específico, sino que también supone un enfoque particular de la causalidad”¹⁸⁵. Esta afirmación, en su aparente sencillez, encierra una verdad esencial. La pérdida de la oportunidad exige reformular el análisis tradicional del nexo causal: no

¹⁸⁴ A pesar de que ciertos autores han examinado la posición opuesta de la responsabilidad proporcional, como se evidencia en el trabajo de Mayo (2008), no se hace referencia a esta perspectiva en sus obras, con excepción de algunos casos que serán abordadas en el presente estudio. Por ejemplo, Mayo (2008) hace referencia a la obra del profesor Medina, pero omite señalar su posición doctrinal. También es posible encontrar referencia al trabajo del autor español en Picasso y Sáenz (2019).

¹⁸⁵ Couturier (1991), p.159.

se trata ya de demostrar con certeza absoluta la conexión entre el hecho y el resultado final, sino de valorar si la conducta ilícita suprimió una oportunidad concreta y razonable, un bien que, aunque contingente, tiene un valor jurídico propio.

Por lo mismo y en consonancia con lo expuesto, en primer lugar analizaré las implicancias de la incertidumbre como una condición esencial para la configuración de la pérdida de la chance (2.1). A partir de allí, me detendré en explorar cómo este mismo elemento, que constituye un punto de convergencia entre las distintas posturas doctrinales, es también el que origina tensiones y divisiones en su interpretación y aplicación (2.2).

2.1. La incertidumbre como condición esencial

La incertidumbre constituye un elemento indispensable en la doctrina de la pérdida de oportunidad, tanto desde la perspectiva del daño como de la causalidad¹⁸⁶. Sin esta incertidumbre, la oportunidad perdida se confundiría con el resultado final, diluyéndose en un beneficio no obtenido o en un riesgo no evitado a causa de la conducta negligente del agente. En este sentido, resulta evidente que “el elemento de la incertidumbre que este perjuicio conlleva recae sobre la realización del provecho. Si este también fuera cierto, dejaría de poder considerarse una probabilidad o chance”¹⁸⁷.

Cuando el daño radica en la frustración de una oportunidad, se evidencia la coexistencia de dos elementos esenciales: la certeza y la incertidumbre. Por un lado, está la certeza de que, de no haber mediado el acto ilícito, el afectado habría conservado una oportunidad concreta de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Por otro, subsiste la incertidumbre sobre si, en las condiciones originales, el resultado esperado efectivamente se habría alcanzado¹⁸⁸. Esta incertidumbre, lejos de ser un defecto, es inherente al objeto mismo de protección, ya que solo podría eliminarse si el perjudicado hubiese tenido la oportunidad de participar plenamente en la situación frustrada¹⁸⁹. Como señala la doctrina, este aspecto resulta crucial para resolver aquellos casos en los que, pese a la

¹⁸⁶ Ya he señalado en el capítulo I, que uno de los elementos para su aplicación es la incertidumbre causal entre el hecho ilícito y el resultado final (3.1).

¹⁸⁷ Burgos (2012), p. 115.

¹⁸⁸ Trigo Represas (2008c), p. 29.

¹⁸⁹ Caseaux (1981), p. 29.

existencia de un hecho ilícito y de un resultado final, no puede establecerse con certeza el nexo causal entre ambos¹⁹⁰.

Esta característica estructural encuentra aplicación en numerosos contextos prácticos. En el ámbito de la responsabilidad médica, por ejemplo, la pérdida de una oportunidad de sobrevivir solo puede ser indemnizada cuando no es posible acreditar un vínculo causal directo entre la negligencia del profesional y la muerte del paciente¹⁹¹. Situaciones de este tipo son frecuentes en casos de retrasos diagnósticos o la omisión de tratamientos que priven al paciente de probabilidades razonables de recuperación. Así, por ejemplo, aunque no se pueda afirmar con certeza que la falta de un estudio electrocardiográfico fue la causa directa de la muerte súbita de un paciente, la omisión del examen frustró una oportunidad razonable de supervivencia¹⁹².

De manera similar, en la responsabilidad profesional, la negligencia de un abogado puede privar a su cliente de una ventaja jurídica o económica. Por ejemplo, si el abogado omite interponer un recurso dentro del plazo legal, no es posible asegurar que el juicio se habría ganado, pero su inacción elimina la oportunidad de obtener un fallo favorable, aun cuando el resultado final del proceso sea incierto¹⁹³.

En el ámbito contractual, la falta de entrega de información clave puede impedir que una empresa participe en una licitación, configurando una pérdida de oportunidad, aunque no pueda probarse que habría obtenido el contrato¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Picasso y Sáenz (2019), p. 484.

¹⁹¹ Así, por ejemplo, se ha fallado en C. Nac. Civil, sala G, 06/07/2010, “Sarti Cordero, Gustavo Baltasar c./ O.R., D.H. y otros”, RyCS, 2011-III, pp. 106-110: “El resultado final (muerte de la paciente) no puede ponerse a cargo del anestesista, por falta de adecuada relación de causalidad con su accionar. No obstante, ello, sí entiendo que es posible imputar al codemandado O. R. la producción de otro daño distinto, cual es la pérdida de la posibilidad de que la paciente sobreviviera al paro cardíaco”. En el mismo sentido, la CS Chile, 22/09/2016, “Sarabia Tolosa Juan y otros con Servicio de Salud Iquique y otros”, rol n.º 9481-2016, señala en el considerando décimo quinto: “en el caso concreto, el vínculo de causalidad, que se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, se establece no con la muerte del paciente, porque en definitiva él era portador de una enfermedad mortal, razón por la que la atribución de su muerte a la falta de servicio presenta grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal, por lo que la omisión de diagnóstico y tratamiento oportuno solo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una mejor sobrevida (...)”.

¹⁹² CNFed. CC, sala III, 05/10/2004, “Viñas de Ortiz, María y otros c./ Instituto de Serv. Soc. Bancarios”, RCyS, 2004-10, pp. 110-118.

¹⁹³ Se ha señalado, en este sentido, que la pérdida de un juicio por una omisión atribuible al abogado configura un daño certero. Sin embargo, el monto de la indemnización no debe corresponder automáticamente al total demandado inicialmente, dado que, debido a factores externos al desempeño del letrado, no se puede conocer con absoluta certeza si la sentencia hubiera sido favorable en su totalidad. Por ende, la compensación debe reflejar la pérdida de una chance (C. Nac. Civ., sala E, 26/12/1991, “Pinheiro de Malersa L., Esther c./ Nostro, Alicia N.”, LL, 1993-A, pp. 63-68).

¹⁹⁴ Así, se ha señalado por CCiv, Com y Minería de San Juan, sala I, 19/06/2008, “Fundación Universidad Nacional de San Juan c. E.P.R.E.”: “A efectos de fijar la indemnización que corresponde otorgar a la entidad

Asimismo, en el ámbito deportivo, un error de un entrenador o del equipo médico puede privar a un atleta de competir en igualdad de condiciones, afectando su rendimiento o estado físico. Aunque no pueda garantizarse el resultado esperado, el perjuicio radica en la privación de la oportunidad de competir razonablemente¹⁹⁵, como ha señalado la doctrina: “el derecho indemnizatorio no se basa en la certeza del resultado final, sino en la privación de la oportunidad de alcanzarlo”¹⁹⁶.

En todos estos escenarios, la incertidumbre emerge como el eje central que articula la figura de la pérdida de chance. No solo delimita su ámbito de aplicación, sino que también redefine el análisis del nexo causal, desplazándolo del resultado final hacia la frustración de la oportunidad misma.

2.2. La dualidad doctrinal en torno a la incertidumbre

Paradójicamente, la incertidumbre que constituye el eje sobre el cual se construye la doctrina de la pérdida de la oportunidad, también es la que genera divisiones en su interpretación. Desde la perspectiva de la causalidad, algunos autores consideran que la pérdida de la chance opera como una herramienta jurídica destinada a abordar las dudas inherentes al vínculo causal. Esta postura sostiene que la indemnización debe ajustarse al grado de probabilidad acreditado, dando lugar a lo que se denomina responsabilidad proporcional. En este sentido, no se exige el nivel de certeza requerido por otras figuras del derecho de daños, lo que permite determinar una reparación, aunque el nexo causal con el resultado final sea incierto¹⁹⁷.

Esta aproximación, sin embargo, no está exenta de críticas. Se cuestiona que, en la práctica, los tribunales puedan llegar a conceder indemnizaciones en ausencia de un vínculo causal directo con el resultado final, como si se tratase de un ejercicio de especulación. No obstante, estos cuestionamientos omiten considerar que los tribunales,

que en forma ilegítima quedó excluida de la competencia para ser contratista de una empresa de energía, debe tenerse en cuenta que el monto indemnizatorio no puede identificarse en forma directa con la utilidad dejada de percibir, toda vez que lo resarcible es la chance misma que debe ser apreciada según el mayor o menor grado de convertirse en cierta”. Rugna (2011), p. 658.

¹⁹⁵ Así se ha fallado en: C. Nac. Civ., sala D, 17/12/1982, “Cotroneo, R. c./ Club Atlético Banfield y otro”, LL, 1983-D, p. 385 y Jurisprudencia Argentina, 1984-II, p. 21; C. Civ. y Com. de Azul, sala II, 07/06/2001, “Barzottini, H. c./ Lazarte, Juan”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2337/2001.

¹⁹⁶ Nisnevich (s. f.).

¹⁹⁷ Galán Cortés (2007), pp. 274-295.

al aplicar la teoría de la chance, han acreditado un vínculo causal, no con el resultado final —respecto del cual reconocen una incertidumbre inevitable—, sino con la oportunidad perdida misma¹⁹⁸. En este sentido, se resalta que la reparación no recae sobre un desenlace hipotético, sino sobre un perjuicio concreto: la desaparición de una oportunidad razonable.

Por el contrario, quienes defienden que la pérdida de la oportunidad debe ser reconocida como un daño independiente exigen un vínculo causal directo entre la conducta del agente y la privación de la oportunidad. Según esta posición, la pérdida de la chance no se subsume en un análisis probabilístico del daño final, sino que constituye un perjuicio autónomo que debe ser plenamente acreditado para justificar una reparación integral. Así, aunque el resultado final permanezca incierto, el daño radica en la frustración de la oportunidad, lo que lo convierte en resarcible¹⁹⁹.

Un ejemplo claro de esta posición se encuentra en el ámbito de la responsabilidad médica. La omisión de un diagnóstico temprano o la falta de un tratamiento adecuado puede reducir de forma importante las probabilidades de supervivencia o recuperación de un paciente, configurando un daño actual y cierto: la pérdida de una oportunidad²⁰⁰. En este escenario, aunque no exista un vínculo causal directo entre el hecho ilícito y la muerte o recuperación final, sí se establece con claridad una relación causal entre la conducta negligente y la desaparición de la chance razonable de obtener un resultado favorable.

En conclusión, la incertidumbre no solo fundamenta la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, sino que también pone de manifiesto las discrepancias entre las distintas posturas doctrinales. Estas divergencias invitan a profundizar en el análisis de esta figura, resaltando la necesidad de conciliar la protección de las expectativas legítimas de las víctimas con el respeto a los principios fundamentales de la responsabilidad civil.

3. Reconocimiento de la pérdida de chance como daño

¹⁹⁸ Por ejemplo, Parra Sepulveda (2020), p. 186, señala: “Pese a rechazar la acreditación del vínculo causal, accede a la corte concede la indemnización de perjuicio de los familiares demandantes, recurriendo la noción de pérdida oportunidad, daño generado a partir de una privación de probabilidades de obtener una mejora atención médica y aumentar sus chances de supervivencia”.

¹⁹⁹ Picasso y Sáenz (2019), p. 485.

²⁰⁰ Tanzi (1995), p. 333.

En este apartado analizaré la pérdida de la chance como un daño específico, deteniéndome en su distinción fundamental en relación con el resultado final (3.1). Este análisis permitirá profundizar en su definición, identificando cómo encaja en la categoría general de daño y cuál es su rol dentro del marco de la responsabilidad civil (3.2). A partir de ello, reflexionaré sobre el interés legítimo que sustenta su reconocimiento, abordando su relevancia como un interés jurídico digno de protección y su importancia para la concreción del principio de reparación integral (3.3). Finalmente, examinaré la teoría de la distinción conceptual, destacando cómo las diferencias entre el interés en la oportunidad y el interés en el resultado final fortalecen la autonomía de esta figura jurídica y su configuración como un daño resarcible (3.4).

3.1. La pérdida de la chance como un daño específico, diferente del resultado final

Reconocer la pérdida de una chance como un daño implica aceptar que la privación de una oportunidad constituye, en sí misma, un perjuicio legítimo y específico, independiente del resultado final esperado. En este contexto, la chance no es un simple accesorio del resultado final, sino un “bien en sí mismo (*in set per se*)”²⁰¹, cuya desaparición genera un perjuicio cierto, medible y jurídicamente resarcible²⁰². De este modo, el daño no radica en el resultado —que por definición es incierto—, sino en la privación de una oportunidad concreta de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

Este punto de partida permite desplazar el análisis del daño hacia la valoración de la chance misma como una entidad independiente, cuyo reconocimiento asegura la tutela de las expectativas legítimas que, poseen un valor intrínseco en el ámbito jurídico.

a. La identidad propia de la pérdida de la chance

²⁰¹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 94.

²⁰² Medina Alcoz (2007) denomina esta postura la teoría ontológica o autonomista de la pérdida de la oportunidad. De ahí, bifurca en dos vertientes. La teoría ontológica del perjuicio patrimonial y la teoría ontológica del perjuicio extrapatrimonial, según la naturaleza que cada doctrina le asigna al bien oportunidad. La primera cree que se trata de una entidad de tipo patrimonial, mientras que la segunda sostiene que es un bien extrapatrimonial. De la naturaleza jurídica de la chance me referiré en el Capítulo III.

La pérdida de la chance se caracteriza por ser un daño, cuya naturaleza específica reside en su desvinculación respecto del resultado final. Esto implica que la oportunidad perdida tiene un valor jurídico propio, que no depende de la concreción efectiva del beneficio esperado ni de la certeza del desenlace final²⁰³. La relevancia de la chance radica en la privación de una oportunidad razonable, concreta y objetiva, lo que la distingue de expectativas vagas o especulativas que carecen de sustento jurídico.

Uno de los aspectos centrales de esta figura es que no está subordinada al resultado final. Este último puede, en ciertos casos, servir como una referencia útil para medir el grado de afectación, pero nunca como un elemento determinante de la existencia del daño. La chance se configura como una probabilidad legítima y jurídicamente relevante, cuya reparación exige acreditar que la oportunidad perdida poseía un nivel de concreción suficiente para ser protegida por el ordenamiento jurídico²⁰⁴. En este sentido, no toda expectativa frustrada puede considerarse una chance; es necesario que esta se encuentre suficientemente definida y razonablemente previsible en las circunstancias del caso.

La independencia de la chance respecto del resultado final ha sido reconocida con claridad, por ejemplo, al señalar que “lo resarcible es la chance misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda identificarse nunca con el eventual beneficio perdido”²⁰⁵. Esta precisión resulta esencial para diferenciarla de otras categorías de daño y para evitar que su protección quede subsumida en la incertidumbre inherente al resultado esperado. Así, la reparación por la pérdida de la chance no busca resarcir el beneficio frustrado, sino la desaparición de poder alcanzarlo²⁰⁶.

b. El rol del nexo causal

En la producción de cualquier suceso, convergen múltiples factores que, en su conjunto, contribuyen al resultado final. Estos factores, actuando de manera coordinada, hacen posible que el evento se materialice; ninguno de ellos, por separado, podría generarlo por

²⁰³ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 152.

²⁰⁴ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 153.

²⁰⁵ A modo de ejemplo: CSJN, 04/12/1986, “Trafilam S.A. c./ Galvalisi, José V.”, JA 1987-IV, p. 362; CSJN, 15/11/2011, “D., D. O. y otros c/ Sanatorio Modelo Quilmes y otros.”, 334:1361; entre muchos otros.

²⁰⁶ Burgos (2012), pp. 114-115.

completo. Por esta razón, la causa no puede concebirse como una condición aislada, sino como el producto de todas las condiciones, actuando de manera colectiva y necesaria²⁰⁷.

Sin embargo, este enfoque filosófico de la causalidad, que destaca la interdependencia de múltiples factores, no puede trasladarse de manera literal al ámbito jurídico²⁰⁸. En el derecho, resulta imprescindible identificar, dentro de este entramado de condiciones necesarias, cuál posee relevancia específica en relación con los fines de la responsabilidad civil. Esto implica destacar aquella condición que cumple con el criterio de *sine qua non*: una condición que, de no haber existido, habría impedido que el resultado se produjera²⁰⁹.

Ahora bien, la causalidad que debe demostrarse en el ámbito jurídico no es puramente material, sino jurídica, lo que restringe su alcance a las consecuencias que están dentro del marco del hecho ilícito. Desde esta perspectiva, la causalidad jurídica opera como una relación de imputación que se mide conforme a un criterio de previsibilidad, lo que permite delimitar el resarcimiento únicamente a aquellas condiciones que, según el curso natural y ordinario de las cosas, son idóneas para producir el resultado²¹⁰.

La pérdida de la chance introduce una particularidad en el análisis causal. Aquí, el examen no debe centrarse en establecer si el resultado final habría sido alcanzado, sino en determinar si la conducta del agente privó a la víctima de una oportunidad concreta y razonable de obtener dicho resultado²¹¹. En otras palabras, resulta necesario “desplazar el ‘centro de atención’ desde el plano de la causalidad hacia el del daño”²¹². Este desplazamiento redefine el objeto del análisis causal, alejándolo del desenlace final y centrándolo en la oportunidad frustrada.

Por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad profesional, si un abogado permite que caduque un recurso esencial, el análisis causal debe orientarse a determinar si esta negligencia eliminó una oportunidad razonable de éxito en el juicio, sin requerir la prueba de que el fallo habría sido favorable. Este desplazamiento no implica una alteración de

²⁰⁷ Trigo Represas (2008c), p. 54.

²⁰⁸ Trigo Represas (2008c), p. 54.

²⁰⁹ Trigo Represas (2008c), p. 54.

²¹⁰ Trigo Represas (2008c), p. 55.

²¹¹ Calvo Costa (2022), p. 89.

²¹² Serra Rodríguez (2001), p. 362.

los principios tradicionales de causalidad en el derecho, sino su adaptación a la especificidad de la pérdida de la chance²¹³.

Al redefinir el objeto del daño como la desaparición de la probabilidad misma, se evita que la incertidumbre sobre el resultado final impida el reconocimiento de un perjuicio jurídicamente relevante. Sin embargo, será indispensable probar el nexo causal entre la conducta ilícita y la pérdida de la oportunidad, de lo contrario, este daño deberá ser rechazado. El caso de la plataforma digital lo ilustra con claridad²¹⁴. Un usuario de la plataforma fue víctima de un asalto tras haber contactado a un supuesto vendedor para adquirir un teléfono móvil. A raíz del incidente, alegó que la experiencia lo llevó a abandonar sus estudios universitarios, por lo que demandó una indemnización por pérdida de chance, argumentando que este daño le había impedido continuar con su formación. Sin embargo, el tribunal rechazó esta pretensión al considerar que, si bien se acreditó que el actor abandonó sus estudios tras el incidente, también quedó probado que había dejado su carrera en ocasiones previas, sin que existiera un nexo causal directo entre el delito sufrido y su decisión de no continuar estudiando. Este caso demuestra que incluso en el contexto de la pérdida de la chance, es imprescindible acreditar una conexión causal suficiente entre el hecho ilícito y la oportunidad frustrada²¹⁵.

Así, el análisis causal en los casos de pérdida de la chance no modifica los principios fundamentales de la responsabilidad civil, sino que los aplica de manera específica a las particularidades de este daño. Al centrar el examen en la desaparición de la oportunidad razonable, se evita que la incertidumbre inherente al resultado final impida el reconocimiento de un perjuicio jurídicamente relevante²¹⁶.

De este modo, el derecho no solo simplifica el complejo entramado causal de la realidad, sino que lo adapta para fines jurídicos, delimitando la responsabilidad a aquellas condiciones que, conforme al criterio de previsibilidad, establezcan un vínculo directo y razonable entre el hecho ilícito y el daño ocasionado²¹⁷. La teoría de la relación de causalidad cumple un doble fin: determinar la autoría y establecer que consecuencias debe reparar quien resulte responsable²¹⁸.

²¹³ Medina Alcoz (2007), p. 350.

²¹⁴ C. Nac. Civ., sala C, 30/08/2021, “Pergierycht, Damián c./ OLX SA”, autos n.º 8642/2016.

²¹⁵ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), pp. 94 y 95.

²¹⁶ Chabas (2014). En el mismo sentido: Trigo Represas (2008c), p. 64.

²¹⁷ Trigo Represas (2008c), p. 56.

²¹⁸ Picasso y Sáenz (2019), pp. 322-323.

c. Implicancias del reconocimiento de la pérdida de la chance como daño específico

El reconocimiento de la pérdida de oportunidad como un perjuicio constituye un hito en la evolución del derecho de daños, al ampliar la indemnización hacia probabilidades razonables que, aunque no se traduzcan en el resultado final, representan intereses jurídicamente protegibles. Este avance no solo redefine la noción tradicional de daño, sino que también reafirma la capacidad del derecho para responder a las demandas de justicia en contextos marcados por la incertidumbre.

Tradicionalmente, el derecho ha centrado su atención en daños que se manifiestan de forma tangible y directa, como los perjuicios patrimoniales, el menoscabo físico o el daño moral. Incluso este último, hoy reconocido de manera generalizada, enfrentó una incorporación gradual que desafió resistencias iniciales. Pero hoy, “la tendencia general en el Derecho civil actual de conceder la mayor tutela posible a la persona, ha generado en el ámbito de la responsabilidad una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados”²¹⁹.

En este contexto, la pérdida de la chance irrumpe como una figura innovadora, que no se define por el resultado final, sino por la desaparición de una oportunidad concreta y razonable de alcanzarlo. Este cambio de paradigma amplía el ámbito de protección de la responsabilidad civil, integrando probabilidades legítimas como objeto de reparación y reafirmando el principio de reparación integral.

La tutela de las oportunidades perdidas contribuye no solo a un adecuado funcionamiento del sistema jurídico, sino también a su continua adaptación a los valores de justicia y equidad. En sociedades contemporáneas, en las que las expectativas razonables de éxito, mejora o beneficio son fundamentales, el reconocimiento de este tipo de daño protege derechos esenciales, evitando que las víctimas queden en situaciones de desprotección frente a conductas ilícitas. Como señala con acierto la doctrina, no se trata

²¹⁹ Domínguez Hidalgo (1998), p. 29.

de imaginar una sociedad que se pretenda irrevocablemente justa, sino “de trabajar por una sociedad cada vez más justa”²²⁰.

El impacto práctico de la pérdida de la chance es especialmente visible en ámbitos como la responsabilidad médica, profesional o contractual²²¹. En el ámbito médico, su relevancia es innegable, pues permite resolver situaciones complejas con criterios de equidad y proporcionalidad. Imaginemos el caso de un paciente con cáncer avanzado que, debido a un diagnóstico negligente, no recibe quimioterapia en el momento oportuno, agravándose su estado hasta culminar en su fallecimiento. Si el análisis jurídico se limitara a extremos absolutos —atribuir al médico toda la responsabilidad por la muerte o eximirlo completamente por la gravedad del caso inicial—, se llegaría a resultados injustos²²². La doctrina de la pérdida de la chance ofrece una solución intermedia, al considerar si la conducta negligente privó al paciente de una probabilidad razonable de mejora o supervivencia, sin exigir la certeza del resultado final.

En el ámbito contractual, también es posible identificar ejemplos paradigmáticos. La omisión de entregar documentación clave para participar en una licitación puede eliminar la oportunidad legítima de competir, generando un perjuicio que merece reparación. Este tipo de situaciones refuerza la importancia de reconocer intereses legítimos cuya afectación, aunque no garantice un resultado final, tiene un impacto jurídico relevante.

Es fundamental, sin embargo, distinguir entre reparar la pérdida de la oportunidad misma y considerar que dicha reparación no sea plena. La primera implica entender que lo indemnizable es la privación de la probabilidad razonable, mientras que la segunda, erróneamente, podría conducir a interpretar que el resarcimiento es solo parcial. Como ha señalado la doctrina: “interpretar la reparación de este daño como algo limitado refleja una comprensión equivocada de la problemática”²²³. Una vez determinado el valor de la chance frustrada, este debe ser reparado de manera integral, respetando su carácter autónomo y la importancia del daño que representa²²⁴.

²²⁰ Burgos (2012), p. 113.

²²¹ Como señala Picasso y Sáenz (2019), p. 483: “este tipo de perjuicio es habitualmente aplicado por los jueces y ha dado lugar a una rica casuística: pérdida de chance de sobrevida o de curación, de ayuda futura del hijo, de éxito deportivo, de ganar un concurso, explotar vehículos comercialmente, de ganar un litigio, etc.”.

²²² Nieto (2018), p. 55.

²²³ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 156.

²²⁴ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 156.

En última instancia, este reconocimiento reafirma la coherencia del sistema de responsabilidad civil. Al integrar esta figura, el derecho no altera sus principios fundamentales, sino que los adapta a las necesidades contemporáneas de protección.

3.2. El concepto jurídico de daño y la pérdida de la chance

La responsabilidad civil ha modificado sus ejes fundamentales, trasladando su mirada desde la conducta del agente hacia la situación de las víctimas²²⁵. Este cambio ha consolidado la idea de que “no hay responsabilidad sin daño”, desplazando progresivamente el antiguo postulado de “no hay responsabilidad sin culpa”²²⁶. Sin embargo, aunque este tránsito resulta valioso, no puede erigirse, por sí solo, como fundamento suficiente para justificar el reconocimiento de nuevos daños resarcibles. La inclinación a favorecer a las víctimas y a imponer una severidad al responsable, aunque legítima, no reemplaza la necesidad de sustentar el razonamiento en bases jurídicas sólidas²²⁷.

La pérdida de la chance, como daño resarcible, no encuentra su justificación únicamente en razones de justicia material, sino en su configuración como un interés legítimo y jurídicamente protegido. Su reconocimiento no responde a una simple expansión del ámbito de la reparación, sino al principio esencial de que todo perjuicio concreto y razonable debe recibir tutela dentro del sistema jurídico. Para profundizar en esta afirmación, resulta imprescindible detenerse en el concepto jurídico de daño, explorando si la pérdida de la oportunidad puede ser comprendida y circunscrita dentro de este instituto.

a. Daño como lesión a un interés

No cabe duda de que el daño constituye el primer y esencial presupuesto de la responsabilidad civil. Solo reconociendo su existencia es posible avanzar en el análisis de

²²⁵ Munita (2013), p. 395.

²²⁶ Picasso y Sáenz (2019), p. 402.

²²⁷ Vitale (2020), p. 79.

los restantes elementos que estructuran esta disciplina, como la culpa o el incumplimiento de un deber jurídico²²⁸. Como ha señalado la jurisprudencia, si no hay daño alguno, resulta superfluo investigar la existencia o inexistencia de los otros presupuestos necesarios para configurar responsabilidad civil²²⁹. Sin embargo, resulta paradójico que, a pesar de ser un eje central en la configuración de la responsabilidad civil, el concepto de daño no haya recibido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial acorde con su trascendencia²³⁰.

Esta carencia puede explicarse, al menos en parte, por las dificultades inherentes a la definición de un concepto unitario que abarque las múltiples manifestaciones que el daño puede adoptar²³¹. Su carácter polisémico refuerza esta complejidad, ya que su comprensión en el lenguaje común suele diferir de las exigencias técnico-jurídicas propias del derecho de daños²³².

Por otra parte, el concepto de daño no es estático, sino que evoluciona al compás de los valores sociales de cada época y de la creciente importancia atribuida a la noción de persona en el derecho contemporáneo²³³. Un reflejo de ello es el reconocimiento de situaciones que, en otro tiempo, habrían sido consideradas solo como molestias menores. Por ejemplo, en el caso de una persona mayor con discapacidad que, al entrar en un supermercado, activa los sensores de seguridad debido a una prótesis médica. Aunque se le explicó la situación, fue tratada de manera inapropiada, lo que le causó una humillación pública y una descompensación emocional. Este daño, que hace algunas décadas habría sido desestimado, hoy es objeto de tutela jurídica, al reconocerse como una afectación reparable dentro del ámbito extrapatrimonial²³⁴. Este precedente no solo evidencia la capacidad expansiva del concepto de daño, sino también su necesidad de adaptarse a la evolución de los valores sociales.

Por otro lado, existen situaciones que el derecho, en épocas pasadas, consideraba daños, pero que, a la luz de los valores actuales, ya no encuentran justificación. Tal es el caso de la pérdida de la chance matrimonial, una figura cuya obsolescencia refleja el cambio en los paradigmas sociales y jurídicos.

²²⁸ Trigo Represas (2008c), p. 1.

²²⁹ SCBA, 19/10/1971, “Ortiz de Habernau, Roselvira c./ Provincia de Buenos Aires”, LL, 1972-148, p. 680, 29.549-S.

²³⁰ Vitale (2020), p. 79.

²³¹ Yzquierdo Tolsada (2022), p. 186.

²³² Picasso y Sáenz (2019), p. 402.

²³³ Domínguez Águila (2000), p. 333.

²³⁴ Así, por ejemplo, se ha fallado en: C. Apel. Civ. y Com. del Depto Judicial San Martín, Sala Primera, 17/09/2015, “L., M. G. c./ INC S.A. Supermercados Carrefour y otros”, autos: LEG69318/04.

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define el daño como “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”²³⁵. Sin embargo, esta definición, aunque útil desde una perspectiva general, no es suficiente para abarcar las especificidades del daño en el ámbito jurídico. La necesidad de una delimitación conceptual más precisa resulta evidente al observar las codificaciones civiles, en que coexisten dos aproximaciones principales.

Por un lado, algunos sistemas jurídicos, que exigen la lesión de un derecho subjetivo como condición para la procedencia del resarcimiento. Este criterio ha llevado a excluir figuras como la pérdida de la chance, limitando el alcance de la responsabilidad civil y dejando desprotegidos intereses legítimos²³⁶. Por otro lado, existe una concepción más amplia, que define el daño como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, créditos, afectos, creencia, etc.”²³⁷. Esta definición, adoptado por varias codificaciones, reconoce tanto intereses patrimoniales como extrapatrimoniales, siempre que cumplan con ciertos requisitos mínimos de legitimidad y concreción²³⁸.

Es cierto, como advierte la doctrina, que “el riesgo correlativo de una definición amplia de daño es la expansión sin límites de la responsabilidad”²³⁹. Sin embargo, un concepto demasiado restringido podría atentar contra el principio de reparación integral, dejando sin protección situaciones que, aunque no afecten derechos subjetivos, lesionan intereses legítimos.

Desde esta perspectiva, resulta razonable adoptar un concepto de daño basado en la lesión a un interés. Como ha señalado la doctrina, no existe justificación para reducir la protección jurídica únicamente a los derechos formalmente reconocidos, pues los simples intereses también son medios para satisfacer necesidades humanas, cuya lesión genera consecuencias antijurídicas²⁴⁰.

Sin embargo, la pregunta que naturalmente sigue es: ¿qué se entiende por interés y, en particular, puede la pérdida de la oportunidad quedar comprendida dentro de esta noción? Este será el tema que intentaré desarrollar. Pero, antes de avanzar en esta línea,

²³⁵ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, voz “dañar”.

²³⁶ Barros Bourie (2006), p. 220.

²³⁷ Alessandri Rodríguez (1943), p. 210.

²³⁸ Barros Bourie (2006), p. 220.

²³⁹ Barros Bourie (2006), p. 222.

²⁴⁰ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 163.

es necesario distinguir entre el daño propiamente dicho y las consecuencias que, siendo resarcibles, derivan de él, ya que esta diferenciación permite precisar el objeto de tutela del derecho de daños y evitar confusiones que podrían desdibujar los límites de la responsabilidad civil.

b. Diferencia entre daño y consecuencias resarcibles²⁴¹

La responsabilidad civil se articula en torno al sacrosanto principio de la reparación integral o plena²⁴², pilar esencial del sistema indemnizatorio²⁴³. Este principio no solo exige identificar el daño como presupuesto de la responsabilidad, sino también delimitar las consecuencias resarcibles que de él derivan, las cuales deben ser analizadas desde la perspectiva de los intereses jurídicos dignos de protección. Este proceso no se agota en

²⁴¹ Es necesario distinguir cuidadosamente entre los conceptos de “daño” y “consecuencias resarcibles”, términos que no poseen una definición uniforme en el ámbito jurídico y cuyo significado puede variar según el contexto en que se utilicen. Esta falta de uniformidad semántica ha llevado a confusiones doctrinales y prácticas, especialmente cuando ambos conceptos se emplean de manera indistinta para abarcar tanto la afectación sufrida (el daño en sentido propio) como los efectos que de ella se derivan y que pueden justificar una reparación.

En la doctrina francesa, esta distinción se ha desarrollado a través de las categorías de “daños”, entendidos como la afectación objetiva, y “perjuicios”, considerados como los efectos susceptibles de indemnización. En la misma línea, el CCyC argentino consagra expresamente esta diferencia al delimitar el “daño” como la lesión a un derecho o interés jurídicamente protegido y las “consecuencias resarcibles” como los efectos concretos que fundamentan la obligación de reparar. Este abordaje permite una comprensión más precisa de los alcances de la responsabilidad civil, evitando que el análisis quede difuso o indeterminado.

En este análisis, seguiré esta clasificación, refiriéndome al daño como la afectación originaria y a las consecuencias resarcibles como aquellos resultados específicos que justifican la reparación. Esta distinción no es un ejercicio meramente conceptual, sino una herramienta indispensable para garantizar una interpretación coherente con los principios de la responsabilidad civil, en particular con el de la reparación integral. Solo desde esta claridad conceptual es posible delimitar con rigor el objeto del resarcimiento, evitando interpretaciones ambiguas que podrían desvirtuar la naturaleza misma del daño y de las consecuencias que de él se derivan.

²⁴² En Argentina, se utiliza la expresión “reparación plena”. Aunque, desde un punto de vista lingüístico, los términos “integral” y “pleno” pueden considerarse equivalentes, tal como lo señala la Real Academia Española, en el ámbito jurídico esta distinción adquiere una connotación específica. El derecho no puede aspirar a una reparación total de los perjuicios sufridos, ya que una pretensión de esta naturaleza debe someterse a los principios que estructuran el ordenamiento jurídico. Entre estos principios destacan la extensión del resarcimiento, la distinción entre consecuencias mediatas e inmediatas y la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. Estos elementos no solo delimitan el alcance de la reparación, sino que también preservan la coherencia del sistema jurídico al impedir que se desdibujen los límites razonables de la responsabilidad civil. Por lo tanto, la reparación plena, en términos jurídicos, no equivale a una restitución absoluta, sino a una indemnización que, respetando los principios mencionados, se ajuste a los daños efectivamente resarcibles conforme al derecho. Para un análisis más detallado, puede consultarse la obra de Calvo Costa (2016).

²⁴³ Vitale (2020), p. 80

una constatación técnica, sino que se configura como una construcción jurídica, en la que el interés se erige en elemento central para legitimar y delimitar el derecho a la reparación.

Es necesario, sin embargo, diferenciar el daño propiamente dicho —concebido como la afectación inicial sufrida por la víctima— de las consecuencias que de él derivan y que pueden justificar una indemnización²⁴⁴. El daño constituye un hecho objetivo y fáctico, una lesión material o inmaterial sobre un bien jurídicamente relevante u objeto de satisfacción²⁴⁵. Por su parte, las consecuencias resarcibles son los efectos patrimoniales o extrapatrimoniales que se desprenden de esa afectación y cuya indemnización encuentra su fundamento en la valoración jurídica de los intereses comprometidos²⁴⁶.

Esta distinción resulta particularmente relevante en casos de pérdida de oportunidad, en que el daño no se manifiesta necesariamente de manera tangible, pero afecta valores fundamentales que trascienden lo puramente patrimonial. En estas situaciones, el juez debe no solo constatar la existencia del daño, sino también evaluar si las consecuencias que de él derivan afectan intereses jurídicamente protegidos²⁴⁷, pues solo entonces puede justificarse su resarcimiento.

No todas las consecuencias derivadas de un daño son resarcibles²⁴⁸. El derecho exige que estas cumplan con ciertos requisitos: deben ser concretas, relevantes desde el punto de vista jurídico y cumplir con las exigencias legales para ser consideradas resarcibles. En este sentido, las consecuencias resarcibles no abarcan cualquier efecto derivado del daño, sino únicamente aquellos que generan un perjuicio legitimado por el ordenamiento jurídico. Esta relación de causa-efecto entre el daño y sus consecuencias resarcibles es lo que permite concretar el derecho a la reparación.

El criterio del interés cumple un rol decisivo en este análisis. No todo interés afectado por un daño es indemnizable; solo aquellos que el derecho reconoce como dignos de protección merecen reparación. Así, el interés opera como un mecanismo de delimitación que orienta al juez en la identificación de las consecuencias resarcibles,

²⁴⁴ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 130.

²⁴⁵ Zannoni (2005), p. 50.

²⁴⁶ Vásquez Ferreyra (1991), p. 144.

²⁴⁷ En Francia, a partir de 1950, comenzó a establecerse una distinción clara entre daño y perjuicio (Ver Vitale (2020), p. 82). La propuesta se apoya en el origen histórico de los términos, ya que el derecho romano distinguía el *damnum* de la ley Aquilia, que consistía en la afectación a la integridad física y no hacía referencia a un objeto jurídico, del *praejudicium*, que designaba las consecuencias de esta afectación y pertenecía al *jus*. Para más información ver: Aedo Barrena (2009).

²⁴⁸ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 161.

asegurando que la reparación no transgreda los límites establecidos por el sistema jurídico.

En última instancia, esta distinción entre daño y consecuencias resarcibles no solo refuerza la coherencia del sistema de responsabilidad civil, sino que también garantiza que el principio de reparación integral o plena se aplique de manera justa y proporcionada, respetando los valores jurídicos y sociales que subyacen a la noción misma de indemnización.

3.3. El interés legítimo y la pérdida de chance

El reconocimiento de la pérdida de la chance como daño autónomo descansa en la lesión de un interés legítimo, definido como la expectativa razonable de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Este interés, aunque no garantiza un resultado, constituye un bien jurídicamente protegido, cuya afectación merece reparación dentro del sistema de responsabilidad civil. La importancia de este enfoque radica en su capacidad para resguardar probabilidades concretas y razonables, preservando expectativas que forman parte esencial de la autonomía y la libertad personal.

En este apartado, analizaré los pilares que sostienen esta concepción: la configuración jurídica del interés legítimo, la pérdida de la chance como una lesión a dicho interés, el valor económico de la oportunidad frustrada y la necesidad de garantizar una reparación acorde con los principios de justicia material y reparación integral.

a. El concepto interés legítimo

El interés, en su configuración jurídica, ha sido definido como “un concepto impreciso, neutro y ambiguo, también indeterminado”²⁴⁹. Esta indeterminación, lejos de debilitar su relevancia, resalta su carácter dinámico, adaptable a las necesidades de cada época y a los valores que configuran una sociedad²⁵⁰. Sin embargo, esta plasticidad exige establecer parámetros claros que permitan diferenciar las situaciones que el derecho puede tutelar

²⁴⁹ Vitale (2020), p. 89.

²⁵⁰ Vitale (2020), p. 89.

de aquellas que, aunque puedan afectar al individuo, no configuran un daño jurídicamente relevante²⁵¹.

Dentro de este marco, hay que trazar los límites entre el daño en su sentido jurídico y otras perturbaciones que, siendo inherentes a la convivencia social, no generan responsabilidad civil.

El interés legítimo, como noción jurídica, carece de materialidad. Representa un vínculo entre una persona y un bien —corporal o incorpóreo— que el ordenamiento jurídico reconoce como digno de protección²⁵². Esta legitimidad no depende de la titularidad de un derecho subjetivo, sino de un juicio de valor que evalúa la relevancia del interés dentro de la estructura normativa²⁵³, independiente de la naturaleza del objeto en cuestión²⁵⁴. En este sentido, el interés legítimo es, al mismo tiempo, un puente entre lo jurídico y lo social, y un instrumento que permite al derecho adaptarse a las demandas de una sociedad en constante transformación²⁵⁵.

Es importante destacar que la legitimidad de un interés no requiere su reconocimiento expreso por la ley. En palabras de la doctrina, son legítimos todos aquellos intereses que no son contrarios a derecho²⁵⁶. Este criterio amplía la protección jurídica, permitiendo que el sistema responda a una variedad de situaciones que, aunque no estén formalmente reguladas, afectan valores esenciales para el desarrollo personal y social.

En el caso de la pérdida de la chance, el interés legítimo no se encuentra en el resultado final, sino en la oportunidad razonable que ha sido frustrada. Esta concepción refuerza la idea de que la reparación no depende de la certeza del desenlace, sino de la privación de una probabilidad concreta y jurídicamente relevante. No obstante, esta afirmación exige una claridad conceptual que permita distinguir entre el daño como afectación inicial y las consecuencias que de él derivan.

Daño y perjuicio, aunque relacionados, no son sinónimos. El daño constituye la lesión en sentido estricto, mientras que el perjuicio alude a las consecuencias que, siendo resarcibles, derivan de esa lesión. Comprender esta diferencia es indispensable para

²⁵¹ Barros Bourie (2006), p. 222

²⁵² Vitale (2020), p. 90.

²⁵³ Vitale (2020), p. 90.

²⁵⁴ Vitale (2020), p. 91.

²⁵⁵ Vitale (2020), p. 91.

²⁵⁶ Zannoni (2005), p. 10.

precisar el alcance de la responsabilidad civil y garantizar que solo se reparen aquellos intereses cuya afectación merezca una respuesta jurídica.

b. La pérdida de chance como lesión a un interés²⁵⁷

El CCyC argentino, en su artículo 1737, ofrece una definición de daño que constituye un aporte novedoso a su tratamiento legal. Este precepto establece que se considera daño la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, siempre que dicho interés recaiga sobre la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Lo que merece destacarse de esta norma es que permite incluir intereses jurídicamente relevantes que, aunque no llegan a constituir derechos subjetivos, poseen un carácter concreto y suficiente para justificar su tutela. Así, se abandona la rigidez de la concepción tradicional que vincula el daño únicamente con la afectación de un derecho subjetivo y se admite que una lesión puede configurarse por la frustración de un interés que, aunque menos formalizado, resulta esencial para la persona.

No obstante, esta ampliación conceptual no es irrestricta. La norma exige que el interés afectado sea lícito y cierto, evitando así la inclusión de intereses espurios o meramente especulativos²⁵⁸. En el caso de la pérdida de la chance, esta limitación es particularmente relevante, pues asegura que no cualquier expectativa insatisfecha sea objeto de reparación, sino solo aquellas oportunidad serias y razonables que hubieran permitido al afectado aspirar legítimamente a un beneficio o evitar un perjuicio²⁵⁹.

La concepción ampliada del daño que introduce la norma también tiene otra virtud: desvincula la naturaleza del bien lesionado de las consecuencias indemnizables. Al aceptar que una misma afectación puede generar perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, sin que unos estén necesariamente subordinados a los otros, se fortalece una comprensión más adecuada de la responsabilidad civil en las relaciones jurídicas contemporáneas²⁶⁰. En este marco, la pérdida de la chance adquiere un lugar

²⁵⁷ En este esquema he procurado seguir, con ciertos matices propios, el enfoque desarrollado por Vitale (2020), p. 309 y ss.

²⁵⁸ Domínguez Águila (1990), pp. 136-137.

²⁵⁹ Zannoni (2005), pp. 102-111.

²⁶⁰ Picasso y Sáenz (2019), p. 403.

propio, ya que trasciende el resultado final esperado y se centra en la oportunidad perdida como un bien jurídico autónomo cuya afectación constituye un daño en sí mismo.

Aunque el artículo 1739 del mismo cuerpo legal reconoce expresamente la reparación de la pérdida de la chance, considero que sería insuficiente limitar el análisis de su reparación al simple reconocimiento normativo. Más allá de lo dispuesto en el texto, es necesario examinar las razones axiológicas que fundamentan su indemnización, incluso en sistemas jurídicos en los que no existe una regulación expresa. Esto es especialmente relevante en ordenamientos como el chileno o el francés²⁶¹, en los que la pérdida de la chance aún no ha alcanzado el mismo desarrollo normativo.

Por esta razón, a continuación me centraré en construir una argumentación que sustente que la pérdida de una oportunidad no es un daño accesorio o derivado, sino una lesión específica que afecta un interés legítimo. La protección de las chances refuerza la coherencia del sistema de responsabilidad civil y confirma el compromiso del derecho con la tutela de los intereses legítimos de las personas.

c. El valor económico de la oportunidad

La pérdida de una oportunidad ha sido históricamente vinculada con un valor económico que formaría parte del patrimonio del sujeto, lo cual justificaría su indemnización. Este razonamiento se ha sostenido bajo una analogía con el contrato de seguros, según el cual el riesgo, aun con su inherente componente de azar, puede ser objeto de una valoración pecuniaria precisa basada en probabilidades estadísticas y costos asociados. De manera similar, se ha argumentado que la oportunidad perdida podría ser cuantificada y reparada

²⁶¹ En Francia, la figura de la pérdida de la chance encuentra una referencia en el Código Civil a partir de la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, que comenzó a regir el 1 de octubre de 2018. Dicha reforma introduce el artículo 1112, en el cual se 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”.

Es curioso observar que el único reconocimiento legislativo explícito de esta figura en el derecho civil francés se dé, precisamente, para negar su reparación en el ámbito de las negociaciones precontractuales. Sin embargo, esta exclusión expresa no debe interpretarse como una negación general de la pérdida de la chance en otras materias. Por el contrario, el propio tenor literal del artículo 1112 permite inferir, a contrario sensu, que su reparación podría admitirse en aquellos ámbitos donde no exista una prohibición expresa.

Este razonamiento, aunque lógico, no equivale a un reconocimiento directo y amplio de la figura. En cambio, refleja una postura legislativa restrictiva que delimita su aplicación a través de exclusiones específicas, dejando abierta la posibilidad de admitir su indemnización en contextos distintos a las negociaciones contractuales.

económicamente²⁶². Así, como se ha señalado, “existen determinadas expectativas que merecen un valor jurídico y económico, como cuando se vende un crédito litigioso o un billete de lotería: ese valor dependerá del porcentaje de probabilidades de éxito que conlleve tal oportunidad”²⁶³.

En esta línea, se ha afirmado que “la chance es, pues, sustantiva en sí misma, por cuanto la mera probabilidad de obtener una ganancia o ventaja comporta ya, de por sí, implícitamente, un valor económico indiscutible”²⁶⁴. En otras palabras, el solo hecho de que integre el patrimonio del sujeto, ya de por sí, permite que sea un objeto de reparación. Sin embargo, este argumento, aunque válido, resulta insuficiente para justificar por sí solo la reparación de la pérdida de la oportunidad. Reducir la oportunidad a un mero valor económico no solo desconoce su verdadera naturaleza, sino que también empobrece su comprensión²⁶⁵. La oportunidad no es simplemente un activo patrimonial; es, ante todo, una probabilidad concreta de alcanzar un resultado favorable²⁶⁶, un elemento dinámico y potencial que excede la lógica estrictamente económica.

Este carácter potencial de la oportunidad, que la sitúa como un motor de transformación en la posición jurídica o patrimonial del sujeto, trasciende la mera cuantificación en términos monetarios. Además, el valor económico asociado a la oportunidad, aunque pueda servir como herramienta en un juicio, rara vez adquiere relevancia real para la víctima fuera del contexto litigioso²⁶⁷. Por el contrario, en términos personales, la pérdida de la oportunidad puede impactar dimensiones mucho más amplias, como la autonomía o las expectativas legítimas del sujeto.

La dependencia exclusiva del valor económico como criterio para justificar la reparación genera, además, una paradoja evidente. Este valor, erigido como pilar central en el litigio, no se manifiesta mientras la oportunidad subsiste; solo cobra relevancia cuando esta ha desaparecido²⁶⁸. Así, su función queda reducida a satisfacer las exigencias procesales para determinar el quantum indemnizatorio, lo que pone en evidencia sus limitaciones²⁶⁹. El cálculo de dicho valor, en muchos casos, se enfrenta a dificultades

²⁶² Tapia (2015), p. 32.

²⁶³ Llamas Pombo (2020), p. 209.

²⁶⁴ Trigo Represas (2008c), p. 33.

²⁶⁵ Vitale (2020), p. 98.

²⁶⁶ Vitale (2020), p. 98.

²⁶⁷ Vitale (2020), p. 98.

²⁶⁸ Vitale (2020), p. 99.

²⁶⁹ Vitale (2020), p. 99.

inherentes, derivadas de su carácter especulativo y su falta de precisión. Por tanto, confiar exclusivamente en este criterio puede desvirtuar la verdadera importancia de la oportunidad perdida.

Por ello, aunque el valor económico pueda ser útil como referencia, no debe erigirse en el único pilar de la protección jurídica de la oportunidad. La indemnización debe contemplar tanto el impacto patrimonial como la trascendencia jurídica y personal de la pérdida. La oportunidad no se reduce a una cifra ni se agota en su dimensión monetaria. Por el contrario, es un instrumento que habilita al sujeto para acceder a un estado favorable, cuyo verdadero valor reside en su capacidad transformadora, en su potencial de modificar positivamente la posición jurídica, patrimonial o personal del individuo.

d. La reparación de todo daño

La evolución social y jurídica, propia de los sistemas jurídicos dinámicos, ha llevado a una progresiva ampliación de los intereses que merecen protección en el derecho civil. Este proceso de expansión no solo reconoce daños que antes permanecían al margen del resarcimiento, sino que también pone de relieve la capacidad del *civil law* de adaptarse a las transformaciones sociales. Ejemplos como el reconocimiento del daño moral o el daño ambiental no son sino manifestaciones de un movimiento que, lejos de ser circunstancial, responde a la necesidad de proteger valores emergentes en las sociedades contemporáneas²⁷⁰. En este contexto, la pérdida de oportunidad se erige en una figura jurídica que, al integrarse en esta lógica evolutiva, permite al ordenamiento jurídico extender su esfera de protección hacia formas de perjuicio que, aunque antes consideradas accesorias, hoy revelan una autonomía propia.

Aceptar la reparación de “todo daño” supone asumir un principio esencial en la evolución del derecho civil: reconocer que cualquier afectación, siempre que cumpla con los requisitos legales, puede constituir una consecuencia resarcible. Esta afirmación, que encuentra una de sus expresiones más relevantes en el Derecho francés, refleja una concepción amplia y flexible de la responsabilidad civil: “no requiere una previa

²⁷⁰ Barros Bourie (2006), p. 222.

tipificación de especies, sino que prefiere que cualquier daño causado pueda ser objeto de una pretensión resarcitoria si en el caso hubo culpa o dolo, o si se dio un adecuado factor de atribución”²⁷¹. No obstante, esta amplitud no es irrestricta, pues encuentra su límite en la legitimidad y certeza del interés afectado, una exigencia destinada a preservar la coherencia y solidez del sistema jurídico, evitando que pretensiones arbitrarias o especulativas erosionen la función misma de la reparación.

Los principios que estructuran la responsabilidad civil no establecen restricciones absolutas en cuanto a la naturaleza del hecho dañoso ni al tipo de perjuicio sufrido. Por el contrario, el sistema reconoce, como regla general, que ningún interés puede ser excluido *a priori* de la posibilidad de reparación, siempre que cumpla con los requisitos necesarios para ello. Lo anterior permite considerar a la pérdida de oportunidad como un interés legítimo y digno de tutela, capaz de configurarse como un daño reparable²⁷². Como lo ha señalado la doctrina, la persona humana es “un haz en que confluyen derechos, intereses, sentimientos, expectativas, proyectos, esperanzas, etc.”²⁷³. El orden jurídico, al otorgar legitimidad a estos valores, refuerza la idea de que su lesión no puede quedar desprovista de protección cuando esta afecta el desarrollo de la persona o la concreción de sus expectativas razonables.

La pérdida de la chance, en este sentido, adquiere un lugar destacado en el ámbito jurídico, no solo por su potencial resarcitorio, sino también porque las personas y la sociedad reconocen su relevancia en su vida cotidiana. Las oportunidades, lejos de agotarse en su dimensión económica, representan un componente esencial del proyecto de vida. Las decisiones humanas, tanto individuales como colectivas, están invariablemente ligadas a un balance entre las probabilidades de éxito y los riesgos asumidos²⁷⁴. Un candidato que elige participar en un concurso, un inversor que evalúa un mercado o incluso un comprador que selecciona un caballo para competir, actúan movidos por las oportunidades que perciben como más favorables²⁷⁵. Sin embargo, cuando estas oportunidades son eliminadas de manera injusta, lo que se pierde no es solo un beneficio hipotético, sino la posibilidad de alcanzar un estado de bienestar legítimamente esperado. Esta dimensión jurídica de la oportunidad, íntimamente

²⁷¹ Yzquierdo Tolsada (2022), p. 185.

²⁷² Condiciones a las que me he referido en el capítulo I.

²⁷³ Rodríguez Grez (2024), p. 230.

²⁷⁴ Vitale (2020), p. 103.

²⁷⁵ Vitale (2020), p. 104

vinculada con los valores de libertad y autonomía personal, subraya la necesidad de su protección en un sistema que aspira a garantizar la realización plena de los derechos y expectativas legítimas de cada individuo.

La pérdida de la oportunidad se presenta como una figura que “irrumpe despojando al damnificado de toda posibilidad de obtener aquello a lo que legítimamente aspiraba, haciéndole perder una oportunidad apreciable, legítima y jurídicamente relevante”²⁷⁶. Negar su reparación implicaría desconocer el valor intrínseco que las personas otorgan a estas oportunidades, las cuales, en ocasiones, constituyen “el bien jurídico más apreciable que una persona puede tener”²⁷⁷. Especialmente en ámbitos, como el médico, las decisiones de pacientes y profesionales se fundan en un delicado balance entre las oportunidades de mejora y los riesgos de deterioro. En este contexto, la protección de las oportunidades no es solo una cuestión jurídica, sino también un reconocimiento de su centralidad en la preservación de la confianza y la autonomía que sustentan la toma de decisiones informadas²⁷⁸.

En este sentido, existe una conexión profunda entre la pérdida de la chance y el daño al proyecto de vida. Aunque ambos conceptos son distintos –ya que ninguna oportunidad por sí sola configura un proyecto de vida–, existe entre ellos una relación intrínseca que no puede ser ignorada²⁷⁹. Toda oportunidad representa una proyección hacia el futuro y todo proyecto de vida, en su esencia, se inscribe en el ámbito de la expectativa. Negar la reparación de la oportunidad perdida no sería únicamente desatender un interés concreto; sería desconocer el impacto estructural que esta tiene sobre el desarrollo personal, las decisiones que conforman la vida de cada individuo y la posibilidad de construir un horizonte de realización²⁸⁰.

Más allá de su dimensión económica o funcional, las oportunidades se encuentran estrechamente vinculadas con la noción de libertad, entendida como la facultad del individuo de “ser su propio amo y autodeterminarse, es decir, elegir la vida que desea llevar”²⁸¹. En otras palabras, la libertad individual no se agota en el ejercicio de derechos ya adquiridos; se extiende, inevitablemente, a la posibilidad de perseguir metas,

²⁷⁶ Burgos (2012), p. 240.

²⁷⁷ Burgos (2012), p. 240.

²⁷⁸ Vitale (2020), p. 103.

²⁷⁹ Burgos (2012), p. 242.

²⁸⁰ Burgos (2012), p. 242.

²⁸¹ Fabre-Magnan (2019), p. 24.

desarrollar proyectos y materializar aspiraciones. Por lo mismo, si una persona es privada injustamente de una oportunidad, no solo se lesiona una expectativa concreta, sino una faceta esencial de la libertad humana²⁸², por lo que no solo es justo, sino que necesaria su reparación.

Privar a alguien de una oportunidad no es solo frustrar una expectativa. Es negar una parte de su derecho a elegir, a intentar, a aspirar. Es, en cierto modo, cerrar un capítulo que ni siquiera había podido comenzar a escribirse. En este sentido, la pérdida de una chance no se mide solo en términos de lo que no se obtuvo, sino en la imposibilidad de haberlo intentado.

Detrás de cada oportunidad hay una historia que se interrumpe, una expectativa legítima que no llega a desarrollarse, un trayecto de vida que queda trunco. Por eso, cuando ella se frustra injustamente, el derecho no puede permanecer indiferente.

La reparación del daño no responde, en estos casos, a una lógica matemática. No se trata de restituir un bien ya consolidado, sino de reconocer el valor que tiene, en sí mismo, el haber podido intentar. Por eso, cuando se reconoce jurídicamente la pérdida de una oportunidad, lo que se tutela no es solo un interés económico, sino una dimensión esencial de la libertad y la dignidad humanas. Porque, en definitiva, proteger las oportunidades perdidas es también proteger lo que da sentido a las elecciones de una vida en libertad.

3.4. La teoría de la distinción conceptual

La verdadera importancia de la pérdida de oportunidades no reside únicamente en el perjuicio concreto que genera, sino en su capacidad para replantear los límites del daño en el derecho contemporáneo. La oportunidad perdida no es un simple accidente dentro del marco de las relaciones humanas, sino una figura que desafía la estructura tradicional de la responsabilidad civil, invitando a reflexionar sobre aquello que realmente protegemos cuando hablamos de reparación. En este contexto, es importante reflexionar: ¿cómo distinguir la pérdida de la chance del resultado que, hipotéticamente, podría haberse alcanzado?

²⁸² Vitale (2020), p. 105.

La clave, a mi juicio, reside en diferenciar el interés legítimo protegido que subyace en las chances del interés que se protege con el denominado resultado final.

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que la pérdida de oportunidades debe entenderse como un perjuicio autónomo, desligado del resultado final que el sujeto pudo haber esperado. El daño resarcible no radica en la obtención o frustración del beneficio último, sino en la privación de una oportunidad concreta y razonable de evitar un daño o de alcanzar un estado más favorable. Esta distinción conceptual es necesaria, ya que delimita con claridad el objeto de la reparación y contribuye al desarrollo del derecho de daños en sus bases teóricas y prácticas. En términos generales, la doctrina y la jurisprudencia tradicional respaldan esta visión, reconociendo la autonomía de la pérdida de la chance como figura jurídica.

En este contexto, la doctrina francesa ha desarrollado la conocida “tesis de la distinción de los intereses”²⁸³, que traza una línea clara entre la pérdida de la chance y el interés que representa el resultado final. Como se ha señalado, “hay que reparar la pérdida de la probabilidad de que las cosas hubieran salido mejor, lo que no debe confundirse, en el plano conceptual, con lo que finalmente sucedió”²⁸⁴. Esta posición permite comprender que lo protegido no es el resultado esperado, sino el valor inherente de la oportunidad perdida, que, al frustrarse, configura un daño digno de reparación.

Para fundamentar esta autonomía conceptual, la doctrina subraya el valor propio de las oportunidades, más allá de su resultado final. Este razonamiento, defendido por diversos autores, refuerza la legitimidad de proteger jurídicamente las chances como bienes en sí mismos. Así lo expresa Jourdain al afirmar que las oportunidades “representan un valor independiente del beneficio esperado”²⁸⁵. No se trata solo de lamentar un resultado no alcanzado, sino de reconocer el daño que implica haber sido privado de la posibilidad concreta de aspirar a ese resultado.

Para profundizar y consolidar su validez teórica, es necesario analizar otras dimensiones que enriquecen esta construcción. Entre ellas, el examen de las fases del perjuicio permite comprender con mayor precisión la situación de las oportunidades y sus diferencia con el resultado final. Este análisis permite fortalecer la idea de que la pérdida

²⁸³ Vitale (2020), p. 312.

²⁸⁴ Heers (2000), p. 7.

²⁸⁵ Jourdain (2011), p. 168.

de la chance no es una figura accesoria, sino un daño autónomo que merece plena tutela jurídica. Procederé a explicarlo a continuación²⁸⁶.

a. Las dos fases del perjuicio

La pérdida de la chance constituye un daño autónomo que no se confunde con el resultado final no alcanzado, sino que el núcleo del perjuicio está constituido por la privación misma de una oportunidad razonable y concreta de lograr un beneficio o evitar un perjuicio. Lo que se protege no es el desenlace, sino el valor propio de la oportunidad perdida, entendida como una expectativa legítima que merecía ser preservada.

Para comprender esta distinción, es necesario observar la situación de la víctima antes de que se produzca la pérdida de la chance. Es aquí donde la chance conserva toda su potencia como expectativa legítima, como una proyección razonable hacia un estado más favorable. Cuando esa oportunidad se desvanece, lo que desaparece no es solo la expectativa, sino también la posición de ventaja que la víctima poseía antes de su frustración.

Analizar las fases del perjuicio permite, entonces, delimitar con claridad la naturaleza del daño resarcible y destacar que la pérdida de la chance no se agota en el resultado que no fue, sino que encuentra su autonomía en la afectación de una oportunidad concreta que, al perderse, altera la situación inicial de la víctima. Cada fase del perjuicio contribuye a delinear con mayor precisión los contornos del daño resarcible, fortaleciendo así la autonomía conceptual de la pérdida de la chance dentro del sistema de responsabilidad civil.

i) La situación de la víctima

A pesar de las múltiples hipótesis en las que puede manifestarse la pérdida de la oportunidad, es importante destacar un elemento común en todos los casos, ya sea el caballo que perdió la carrera, el abogado que dejó perecer una instancia o el individuo

²⁸⁶ Vitale (2020), pp. 315 y ss.

que no pudo presentarse a un concurso, o el paciente enfermo que esperaba sanarse, las víctimas comparten una característica esencial: todas se encontraban en una posición que ofrecía una chance concreta de cambio, una circunstancia inicial cargada de potencial transformador.

Sin embargo, esa oportunidad de transformación, estaba condicionada por su carácter incierto y por la naturaleza aleatoria que define cualquier expectativa. Esta incertidumbre, aunque propia de las oportunidades, no disminuye su valor como posibilidad legítima. Lo que resulta determinante en estos casos es que dicho proceso hacia un desenlace favorable fue interrumpido por la acción de un tercero, quien alteró de forma decisiva la expectativa razonable de que ella pudiera materializarse.

Para comprender esta dinámica con mayor precisión, es necesario distinguir entre dos fases en la evolución de la situación de la víctima. Este análisis no solo permite delimitar con claridad el alcance del perjuicio, sino también establecer las condiciones bajo las cuales la pérdida de la oportunidad se convierte en un daño diferente del resultado final, digno de reparación.

ii) Primera fase

La situación de las oportunidades en el ámbito de la responsabilidad civil puede dividirse en dos etapas claramente distintas. La primera fase comienza con la existencia de una chance concreta y razonable a favor del demandante, que se proyecta como una expectativa legítima de transformación. Esta etapa no está concebida para mantenerse indefinidamente en el tiempo: su naturaleza es esencialmente transitoria, pues su función consiste en dar lugar a un nuevo estado de hecho, que puede concretarse en un resultado favorable o, simplemente, extinguirse sin materializarse.

En condiciones normales, cuando el desarrollo de los acontecimientos no se ve alterado por un hecho externo, las oportunidades siguen su curso: se convierten en realidades o desaparecen. En esta etapa, no es el resultado lo que adquiere relevancia jurídica, sino la probabilidad de alcanzarlo. Este interés, anterior al resultado final, posee un valor propio, porque está vinculado a la probabilidad real y objetivamente evaluable de transformar la expectativa inicial en una oportunidad concreta. Este interés no está

anclado en lo que pudo haber sido, sino en lo que representaba una proyección legítima hacia el cambio.

Como lo expresa la doctrina, “la pérdida de la chance supone la mantención del *statu quo*, y eso es precisamente lo que se reprocha al agente dañoso”²⁸⁷. En esta fase, lo que se lesiona no es el resultado final, sino la probabilidad misma de salir del estado inicial, de modificar una situación y aspirar a una condición mejor. La intervención del agente dañoso interrumpe ese proceso, privando a la víctima de una oportunidad que, aunque incierta, representaba un interés digno de tutela. Con el hecho negligente del tercero se elimina de la esfera de posibilidades del individuo la opción que le permitiría mejorar su situación actual.

iii) Segunda fase

La segunda fase se configura al concluir el proceso aleatorio, cuando la oportunidad perdida deja de ser una posibilidad de concretarse en un resultado específico, aun con el componente innato de aleatoriedad. En este punto, el interés protegido se identifica con el llamado interés final, que refleja el objetivo legítimo al que la víctima aspiraba y cuya materialización dependía directamente de la oportunidad frustrada.

Este interés puede manifestarse de diversas formas: en la mejora de una situación actual, como la obtención de un beneficio económico o en la preservación de un estado anterior, evitando un perjuicio patrimonial, personal o moral. Lo que define esta fase no es únicamente el resultado al que la víctima esperaba llegar, sino el vínculo directo entre la oportunidad y su potencial de generar dicho resultado. La pérdida del interés final no se limita a la ausencia de un beneficio esperado; implica también la imposibilidad de alcanzar una transformación concreta, prevista en el horizonte legítimo de la víctima.

A diferencia de la primera fase, en que el objeto de protección era la oportunidad razonable de acceder a un cambio, en esta etapa el centro de atención recae en el resultado mismo, en lo que la oportunidad representaba como realización efectiva de un estado favorable o como medio de evitar un daño. Este tránsito de lo potencial a lo concreto subraya el valor jurídico de las expectativas legítimas en su relación con el desenlace final

²⁸⁷ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 46.

y permite una comprensión integral de la pérdida de la chance como un daño que afecta tanto el presente como el futuro de la víctima.

b. Distinción de fases, distinción de perjuicios.

La pérdida de una oportunidad y la pérdida del resultado final no solo se sitúan en planos conceptuales distintos, sino que también generan perjuicios que por su naturaleza, son diferentes. La oportunidad perdida constituye un daño independiente, cuya esencia radica en la privación de una probabilidad concreta y razonable de aspirar a un cambio favorable. Este perjuicio no depende del desenlace final, sino del valor propio de la expectativa frustrada, que existía como una proyección legítima hacia el futuro.

El perjuicio final, en cambio, se vincula directamente con el daño tangible que habría ocurrido si la oportunidad hubiese derivado en el resultado esperado. Aquí, la reparación exige no solo la prueba del hecho ilícito, sino también la demostración de un nexo causal directo con el resultado que no se materializó. Mientras el daño relacionado con la oportunidad se centra en el “potencial de éxito”, el perjuicio final pone el foco exclusivamente en la concreción o ausencia del resultado.

Esta distinción no es trivial. Considerar la pérdida de la oportunidad como una mera fracción del perjuicio final sería desconocer su autonomía y su relevancia jurídica. La oportunidad frustrada es mucho más que un cálculo probabilístico; representa la privación de un activo intangible cuyo valor reside en la posibilidad misma de lograr un cambio. Ella, fundada en circunstancias objetivas, es en sí misma digna de tutela.

En el ámbito de la responsabilidad civil, la reparación no se limita a los bienes tangibles ni a los resultados consumados; también abarca los intereses legítimos que surgen de expectativas razonables. Por ejemplo, cuando un abogado impide que su cliente presente pruebas en un juicio, el perjuicio en la primera fase reside en la pérdida de la chance de influir en el desenlace del proceso. En la segunda fase, el daño se concreta en la pérdida del juicio mismo y de los beneficios que ese resultado habría generado. Este ejemplo evidencia que, aunque ambas fases están interrelacionadas, cada una responde a una lógica distinta y merece un tratamiento jurídico diferenciado.

Reconocer esta distinción implica, en última instancia, valorar el significado de las oportunidades dentro del marco de la responsabilidad civil. No se trata solo de resarcir un resultado que no fue, sino de proteger aquello que las oportunidades representan: la capacidad del individuo de proyectar su posición hacia un estado mejor. Ignorar este valor sería reducir la protección del derecho a una visión incompleta, incapaz de abarcar la complejidad de las expectativas humanas.

c. Importancia de la distinción de los intereses

La distinción entre el interés en las oportunidades y el interés en el resultado final es fundamental para entender la autonomía del daño por pérdida de oportunidad. Estos intereses no se solapan ni pueden confundirse, pues responden a valores jurídicos distintos que deben ser reconocidos de forma independiente. Mientras el interés en el resultado final está ligado a la obtención concreta de un beneficio o a la evitación de un daño, el interés en las oportunidades refleja una expectativa legítima, un potencial de cambio que, aunque incierto, posee un valor intrínseco. Esta distinción no solo permite abordar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, sino que también justifica que su reparación se analice desde parámetros propios, sin reducirlo al interés final.

Desde la perspectiva de las dos fases, esta diferencia se torna aún más evidente. La pérdida de oportunidad se sitúa en la primera fase, en que el interés protegido es la posibilidad misma de alcanzar un resultado. La segunda fase, en cambio, está asociada a la concreción de ese resultado final. En este marco, la pérdida de oportunidad requiere demostrar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el interés frustrado. No se trata de determinar si el resultado final habría sido alcanzado, sino de establecer si la conducta dañosa afectó directamente la expectativa legítima de quien confiaba en sus oportunidades. Es aquí donde se revela el núcleo del daño: la eliminación de una chance razonable y concreta.

Como señala la doctrina, la pérdida de oportunidad se aplica cuando, debido a un acto ilícito, se eliminan de manera clara y directa las probabilidades de obtener un beneficio o evitar una pérdida²⁸⁸. Aunque no sea posible asegurar que dicha oportunidad

²⁸⁸ Viney (1982), pp. 434-437.

se habría concretado, la certeza de su eliminación justifica el reconocimiento del daño. Es decir, “el vínculo causal es nítido, faltando solamente determinar y, en consecuencia, valorar pecuniariamente cuáles eran las chances”²⁸⁹. Este razonamiento subraya que la causalidad en la pérdida de oportunidad no se dirige al resultado final, sino a la chance misma, que representa el verdadero objeto de protección.

Algunos juristas critican esta postura argumentando que no existe una relación de causalidad entre el hecho y el interés en las oportunidades, sosteniendo que, incluso eliminando el hecho ilícito, no sería posible garantizar que el resultado final se habría alcanzado. Este razonamiento basado en las reglas de la *conditio sine qua non*, es incorrecto porque confunde los intereses en juego. El análisis no debe dirigirse al interés final, sino al interés específico de mantener viva la posibilidad de obtener un resultado.

Un ejemplo práctico ilustra con claridad esta distinción. Imagine el caso de un abogado que, por negligencia, permite la caducidad de una instancia judicial en un juicio de indemnización. Su cliente contaba con pruebas sólidas que respaldaban su pretensión, pero, debido a esta omisión, perdió no solo la posibilidad de obtener una indemnización de \$1.000.000, sino que además enfrentó costas procesales en su contra. Desde el análisis de las dos fases, se puede distinguir lo siguiente: en la primera fase, el interés protegido era la oportunidad de continuar con el juicio en condiciones razonables de éxito. La negligencia del abogado truncó esa oportunidad, eliminando el derecho del cliente a influir en el resultado. En la segunda fase, el interés habría sido el beneficio concreto de ganar el juicio; sin embargo, esta fase no llegó a materializarse debido al hecho ilícito en la fase previa.

Este ejemplo demuestra cómo la pérdida de oportunidad constituye un daño distinto, con un valor jurídico propio. No se trata de un análisis subordinado al resultado final, sino de un reconocimiento al valor legítimo de las expectativas. La reparación de este daño debe ser íntegra, pues la causalidad entre el hecho ilícito y la oportunidad perdida es directa y evidente.

²⁸⁹ Munita (2013), p. 409. Aunque el autor aborda la pérdida de la chance desde una perspectiva tradicional, no se refiere a su aplicación en casos relacionados con la pérdida de una chance de curación y sobrevivencia. En este último ámbito, considera que no resulta aplicable la teoría general, ya que identifica una desviación específica, cuestión que abordaré más adelante.

4. La chance y la relación de causalidad

La pérdida de la oportunidad en ocasiones se ha utilizado para justificar indemnizaciones en contextos marcados por la incertidumbre sobre la relación entre el acto ilícito y el resultado final²⁹⁰. Este uso, cuestionado por algunos sectores, ha llevado a que se la critique como una figura que permite atribuir responsabilidades incluso cuando no se ha probado de manera concluyente el vínculo causal²⁹¹. Así, se ha llegado a describirla como el “paraíso de los jueces indecisos”²⁹² y en el ámbito médico como un “atajo” o el “camino fácil”²⁹³. Sin embargo, estas críticas suelen partir de la idea de que el daño radica en el resultado final no alcanzado, dejando de lado la naturaleza autónoma de la oportunidad perdida como objeto de protección jurídica.

Los detractores han recurrido a la “regla de la indivisibilidad de la causa”, un principio profundamente arraigado en la doctrina francesa, que exige que la relación causal sea absoluta y directa²⁹⁴. Según esta perspectiva, la causalidad es binaria: o se prueba de manera concluyente el nexo entre la conducta del agente y el perjuicio, o no existe responsabilidad alguna. Este esquema, aunque dotado de claridad conceptual, presenta serias limitaciones frente a situaciones en las que la incertidumbre no puede ser eliminada.

Frente a esta rigidez, surgió una corriente doctrinal que propuso una ampliación del concepto de causalidad, planteando un modelo que permitiera abordar la pérdida de la chance desde una lógica de responsabilidad proporcional. Se reconoce que en aquellos casos en los que no es posible establecer una relación causal directa entre el hecho ilícito y el resultado final, es posible indemnizar parcialmente en función de la contribución del agente a la pérdida de la oportunidad. Este modelo, que intenta superar la dicotomía del “todo o nada”, busca ofrecer una solución que conjugue las exigencias de justicia con la necesidad de responder a escenarios de causalidad incierta.

Sin embargo, al sustituir la lógica binaria por un esquema que admite grados de responsabilidad, este modelo fragmenta el concepto de causalidad, pasando de un

²⁹⁰ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 167.

²⁹¹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 167.

²⁹² Savatier (1970), p. 123.

²⁹³ Prévôt (2005), p. 895.

²⁹⁴ Medina Alcoz (2007), p. 244 y 245.

“modelo *monocéntrico* de imputación causal, que solo reconoce la lógica bivalente de verdadero y falso y todo o nada, a otro *policéntrico*, que admite la lógica polivalente de ni verdadero ni falso y ni todo ni nada”²⁹⁵. Esta posición también es criticable. Este debate lejos de estar resuelto, ha dado lugar a reflexiones profundas sobre la naturaleza del daño, la relación de causalidad y la función misma de la responsabilidad civil.

En el presente capítulo examinaré los principales argumentos en torno a esta problemática, abordando, en primer lugar, un análisis crítico sobre la viabilidad de la pérdida de la chance como perjuicio indemnizable (4.1). A continuación, exploraré el argumento de la falta de nexo causal (4.2) y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil médica (4.3). Posteriormente, analizaré cómo la pérdida de la chance puede actuar como una técnica de facilitación probatoria (4.4), para finalizar con una reflexión sobre su relación con el modelo de responsabilidad proporcional (4.5). Este recorrido permitirá identificar las tensiones conceptuales que rodean a esta figura y evaluar su impacto en la teoría y práctica del derecho de daños.

4.1. La pérdida de la chance: un análisis crítico sobre su viabilidad como perjuicio indemnizable

a. Razones en contra de su reparación

A pesar de su creciente reconocimiento como figura autónoma en el derecho de daños, la pérdida de chance ha sido objeto de algunos cuestionamientos en la doctrina. Estos argumentos revelan tensiones entre los principios tradicionales del sistema jurídico y la apertura hacia nuevas formas de responsabilidad.

Un primer reparo apunta a la falta de concreción que caracteriza a la pérdida de oportunidad como daño indemnizable. Se sostiene que este daño no cumple con los parámetros tradicionales del derecho de daños, al no manifestarse en un perjuicio tangible, sino en una probabilidad cuya existencia y valoración son intrínsecamente especulativas. Desde esta perspectiva, la ausencia de criterios claros para determinar el valor de una oportunidad perdida debilita la seguridad jurídica, dejando en manos de los

²⁹⁵ Medina Alcoz (2007), p. 141.

jueces una tarea que, al depender de estimaciones subjetivas, puede comprometer la coherencia y previsibilidad del sistema²⁹⁶.

Además, se ha sostenido que la reparación de una chance perdida plantea el riesgo de desdibujar los límites tradicionales del derecho de daños²⁹⁷. Este argumento se fundamenta en que, al indemnizar expectativas en lugar de certidumbres probadas, se estaría apartando del propósito esencial de la responsabilidad civil, que es reparar perjuicios concretos y efectivos y no sancionar la creación de riesgos²⁹⁸. Esto podría dar lugar a juicios subjetivos que desnaturalizan la lógica compensatoria del sistema.

La complejidad inherente a la valoración de las oportunidades perdidas también ha sido motivo de objeción. Aunque el recurso a herramientas estadísticas puede ser útil, corre el riesgo de simplificar excesivamente las particularidades de cada caso. La valoración adecuada de una chance requiere considerar no solo cifras o porcentajes, sino un análisis más profundo de las circunstancias concretas de la víctima, así como de los factores externos que influyen en cada situación. En este sentido, la estadística, aunque práctica, puede fallar en capturar la singularidad de los eventos y las relaciones que conforman el daño.

Otra crítica señala que la reparación proporcional, al fragmentar el daño, podría generar percepciones de injusticia. Para la víctima, recibir una indemnización parcial podría ser interpretado como una desvalorización del perjuicio sufrido, especialmente cuando la pérdida de la oportunidad es percibida como un daño en sí mismo. Para el responsable, en cambio, la imputación basada en probabilidades podría parecer una carga desproporcionada, al no reflejar con exactitud su nivel de contribución al daño²⁹⁹.

Por último, algunos defensores del esquema clásico del “todo o nada” sostienen que este modelo, aunque más rígido, ofrece mayor certeza y estabilidad. Al exigir la prueba completa del nexo causal y del daño, evita las ambigüedades inherentes a las probabilidades, manteniendo el sistema dentro de un marco que privilegia la objetividad y la claridad en la atribución de responsabilidades³⁰⁰.

²⁹⁶ Barros Bourie (2006), p. 380-382.

²⁹⁷ Barros Bourie (2006), p. 382.

²⁹⁸ Kadner Graziano (2007), p. 237.

²⁹⁹ Chappuis y Winiger (2011), p. 17.

³⁰⁰ Chappuis y Winiger (2011), p. 17.

b. La pérdida de la chance y el resultado final: un mismo interés en juego³⁰¹

La pérdida de la chance ha sido cuestionada bajo el argumento de que no constituye un daño autónomo, sino una extensión del perjuicio final. Desde esta perspectiva, no se trataría de un interés independiente, sino de una herramienta conceptual destinada a resolver dificultades probatorias en casos en los que el vínculo entre el hecho ilícito y el resultado final resulta incierto³⁰². Así, la crítica radica en que la oportunidad perdida no es más que una manifestación del daño definitivo, careciendo de una naturaleza propia que justifique su tratamiento diferenciado.

Jacques Boré, en un análisis estructurado sobre esta figura, sostiene que los criterios cualitativos tradicionalmente empleados para valorar el daño —como el daño material, moral o estético, entre otros— no permiten distinguir entre la pérdida de la chance y el perjuicio final. En su opinión, ambos comparten elementos constitutivos que los hacen conceptualmente equivalentes, siendo el interés en la oportunidad una proyección hacia el futuro del interés en el resultado. Este carácter especulativo, afirma, le resta solidez jurídica, al no ofrecer las mismas garantías de concreción que el daño final³⁰³.

Este razonamiento lleva a concebir la pérdida de oportunidad como un daño vinculado al grado de probabilidad de conexión causal entre el hecho ilícito y el resultado final. Bajo esta perspectiva, su valoración depende de estimar la probabilidad de que el agente haya contribuido al desenlace adverso.

Desde esta perspectiva, la pérdida de una oportunidad es un perjuicio que guarda relación con el grado de probabilidad del vínculo causal entre el hecho generador y el resultado final³⁰⁴.

³⁰¹ A esta posición Vitale (2020) le denomina la “teoría de asimilación de los intereses en juego”. La desarrolla en las pp. 310 y siguientes.

³⁰² Brun (1993), p. 99.

³⁰³ Boré (1974), p. 99.

³⁰⁴ Boré (1974), p. 99.

4.2. El argumento de la falta de nexo de causalidad

Una de las objeciones más frecuentes a la figura de la pérdida de la chance radica en la dificultad para establecer un nexo causal que sustente su reparación. Según algunos autores, “la realidad es que la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta derechamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que esta se ha edificado”³⁰⁵. En otras palabras, esta posición cuestiona si es posible justificar la indemnización por la pérdida de una oportunidad cuando no existe un vínculo directo y concluyente entre el hecho ilícito y el resultado final.

En este sentido, se sostiene que la pérdida de la chance no satisface los requisitos tradicionales de la causalidad material, que exige una conexión clara y directa entre la acción u omisión del agente y el daño resultante. Según esta postura, la supresión hipotética del hecho ilícito debería eliminar también el daño, pero en el caso de las oportunidades perdidas, el ejercicio mental fracasa. Dicho de otro modo, las oportunidades perdidas se presentan en aquellos escenarios en los que el método de supresión mental hipotética no proporciona una respuesta concluyente³⁰⁶.

a. La falta de causalidad y la pérdida de la oportunidad

Establecer la causalidad implica demostrar que un hecho constituye un elemento indispensable para la producción del daño. En otras palabras, requiere probar que, de no haber ocurrido dicho hecho, el perjuicio no se habría producido. Este criterio, conocido como la *conditio sine qua non*³⁰⁷, exige una comparación entre la situación actual y aquella que existiría si el hecho ilícito no hubiese tenido lugar³⁰⁸. De esta forma, la causalidad opera como un puente lógico que conecta el acto del agente con las consecuencias que se le atribuyen.

³⁰⁵ Medina Alcoz (2009), p. 49.

³⁰⁶ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 169.

³⁰⁷ En el Derecho norteamericano, esta lógica se expresa mediante la regla llamada *but for test*, según la cual hay causalidad cuando puede responderse positivamente a la pregunta ¿se habría producido el daño de no mediar la conducta del demandado?

³⁰⁸ Barros Bourie (2006), p. 376.

La doctrina de la equivalencia de las condiciones establece que el hecho por el cual se responde debe ser una causa necesaria del daño, pero no significa que también sea suficiente. Normalmente, intervienen varias causas en un accidente. Según esta teoría, todas las causas son equivalentes si individualmente son necesarias para el daño. La causalidad natural, en este sentido, “constituye más bien una herramienta de reducción que de atribución de responsabilidad”³⁰⁹, dado que su función principal es identificar cuáles entre las múltiples causas posibles pueden ser consideradas como causantes del daño, pero no busca especificar cuál de ellas fue la que efectivamente lo generó.

El análisis de la causalidad física constituye un ejercicio esencialmente hipotético³¹⁰, retrospectivo y *ex post*, cuyo propósito es determinar si el hecho ilícito fue una condición necesaria para la producción del daño. Este razonamiento, sin embargo, adquiere particular complejidad en los casos de omisión, en que la causalidad no se encuentra en lo que el agente hizo, sino en lo que dejó de hacer. La responsabilidad, en estos supuestos, se configura al comprobar que “el accidente se haya producido porque quien estaba obligado a actuar no lo hizo”³¹¹. Así, el método tradicional de supresión mental del hecho ilícito cede paso a una operación distinta: la sustitución mental de la conducta esperada o debida, que permite evaluar si, de haberse adoptado la acción adecuada, el daño podría haberse evitado³¹².

Para quienes analizan la pérdida de oportunidad desde el plano de la causalidad, consideran que no se verifica una relación causal probada en estos casos. Argumentan que la causalidad física exige establecer con certeza que el hecho ilícito fue una condición necesaria para la ausencia del beneficio esperado. Sin embargo, al eliminar hipotéticamente el hecho ilícito, no desaparece el resultado final, sino que persiste la duda de si este se habría podido evitar o no. En este sentido, el alea inherente a la chance “introduce una variable insuperable en términos probatorios y, por consiguiente, el test de *conditio sine qua non* está inexorablemente destinado a fracasar”³¹³. Por lo mismo, esta incertidumbre impide justificar una indemnización, ya que no puede acreditarse plenamente el vínculo causal³¹⁴.

³⁰⁹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 170.

³¹⁰ Barros Bourie (2006), p. 378.

³¹¹ Barros Bourie (2006), p. 379.

³¹² Medina Alcoz (2018b), p. 24.

³¹³ San Martín y Torres (2020), p. 348.

³¹⁴ Esta es la posición de Medina Alcoz (2007).

Por su parte, la teoría de la causalidad jurídica, al depender de la verificación previa de la causalidad física, queda desconectada de la problemática de la pérdida de chance. Así, la oportunidad perdida no cumple con el estándar de un factor cuya potencia etiológica sea necesaria y suficiente, y, por tanto, no puede ser objeto de imputación bajo los parámetros de la causalidad jurídica³¹⁵.

b. Rechazo de los argumentos

Los argumentos planteados no resultan persuasivos, ya que parten de una premisa equivocada: confunden el objeto de la relación de causalidad que debe analizarse en los casos de pérdida de oportunidad. El error radica en trasladar el análisis causal al resultado final, cuando el verdadero perjuicio reside en la privación misma de la chance³¹⁶. Este daño no requiere que se pruebe la certeza de haber alcanzado el beneficio final, sino que se concentra en la desaparición de una oportunidad concreta y razonable que, de no haber mediado el hecho ilícito, habría permanecido intacta.

Por ejemplo, en el caso de un paciente que consulta a un médico y este omite realizar los exámenes necesarios para diagnosticar un cáncer ya existente, la consecuencia no es necesariamente la muerte del paciente —como resultado final—, sino la pérdida de la oportunidad de acceder a un tratamiento que, de haberse indicado oportunamente, habría incrementado sus probabilidades de recuperación. El daño no radica, entonces, en el desenlace fatal, sino en la frustración de una probabilidad razonable de mejora. Desde esta perspectiva, el análisis causal no debe centrarse en si el tratamiento habría salvado al paciente, sino en si eliminado el hecho ilícito (la omisión médica), existía una oportunidad concreta y verificable de acceso a una alternativa terapéutica que pudiera haber modificado el curso de la enfermedad.

³¹⁵ En Chile, Rodrigo Barcia, considera la teoría de la pérdida de la oportunidad como un criterio de imputabilidad objetiva, integrando problemas de causalidad en la imputabilidad y estableciendo una responsabilidad proporcional. Sin embargo, su postura presenta errores. Primero, Barcia afirma que Chabas critica esta teoría, cuando en realidad es uno de sus defensores. Además, menciona un rechazo en Francia desde 1965, aunque la teoría ha sido reconocida allí desde 1889 en temas generales y 1962 en negligencia médica. Finalmente, Barcia no explica la relación entre la teoría y la causalidad, por lo que no abordaré este argumento. Para más información, ver: Barcia Lehmann (2010).

³¹⁶ Bueres (2006), p. 331.

Quienes abordan la pérdida de oportunidad desde la perspectiva de la causalidad física sostienen que, al eliminar el hecho ilícito, el resultado final permanece incierto, ya que no puede afirmarse con seguridad que este se habría evitado. Sin embargo, este razonamiento centra el análisis en el resultado final, ignorando que el verdadero perjuicio radica en la desaparición de la oportunidad misma. En este contexto, el juicio causal debe establecer si, al suprimir mentalmente el hecho ilícito, la chance habría subsistido. Este ejercicio permite identificar si la desaparición de la oportunidad es una consecuencia directa del acto ilícito, desplazando el análisis del plano del resultado final al ámbito propio de la expectativa frustrada. En este desplazamiento, se reconoce que la pérdida de la chance constituye un daño autónomo, cuya reparación no depende de la certeza de un resultado, sino de la afectación directa de una oportunidad legítima.

Siguiendo con el ejemplo, al aplicar la supresión mental hipotética, el análisis causal no debe plantearse en términos de: “¿Habría muerto el paciente?”. Esto se debe a que, incluso eliminando hipotéticamente la negligencia médica, el resultado final —la muerte del paciente— seguiría siendo incierto. La pregunta que debe formularse es: “Si se elimina el hecho culpable, ¿habría tenido el paciente una posibilidad de sanar?”.

En este caso, el daño puede eliminarse porque lo que se analiza no es el resultado final (la muerte del paciente), sino la pérdida de la oportunidad de mejorar su estado de salud. Si al suprimir mentalmente la conducta ilícita se concluye que el paciente habría mantenido un estado en que su recuperación era real o existía un mejor pronóstico, queda demostrado que la desaparición de esa oportunidad fue causada directamente por el acto ilícito. Así, lo que se repara no es el desenlace final, sino la pérdida concreta de la oportunidad de alcanzar un beneficio, lo que constituye el verdadero perjuicio derivado del acto ilícito.

En definitiva, el argumento de la falta de nexo causal falla al no reconocer que la pérdida de oportunidad es un daño específico que debe ser evaluado según su propio objeto, de manera independiente al resultado final, respecto del que existirá una incertidumbre inherente.

4.3. El caso de la responsabilidad civil médica

a. Planteamiento del problema

La responsabilidad civil médica es, sin duda, uno de los escenarios más complejos en el tratamiento de la pérdida de la oportunidad. Desde sus inicios, esta figura ha sido objeto de fuertes críticas por las dificultades para establecer un vínculo causal claro. Savatier, uno de sus principales opositores, sostiene que en el ámbito médico no existe una “verdadera” chance como la que se entiende en el derecho común, sino algo impropriamente denominado de ese modo³¹⁷. Según él, mientras que en el derecho común la oportunidad perdida se proyecta hacia el futuro con una incertidumbre intrínseca, en la responsabilidad médica se vincula a un hecho pasado cuya causa no puede determinarse con certeza³¹⁸.

Sin embargo, considero que esta crítica pierde de vista las particularidades de los casos médicos. En estos escenarios, aunque conocemos el resultado final —como la muerte o la incapacidad del paciente—, lo que permanece incierto es si ese desenlace podría haberse evitado o mitigado mediante una actuación diligente del médico. La oportunidad perdida no es una abstracción; es una probabilidad concreta de curarse, mejorar o prolongar la vida, que fue truncada por la negligencia. Este daño es real y merece reparación como un interés legítimo afectado³¹⁹.

Savatier también argumenta que la reparación por pérdida de la chance genera indemnizaciones parciales debido a la debilidad relativa del nexo causal³²⁰. Sin embargo, discrepo de esta postura. Al igual que la chance en su sentido tradicional, el nexo causal en la pérdida de la oportunidad de sobrevida o curación no busca conectar la negligencia con el desenlace final, sino con la frustración de una probabilidad razonable y concreta. En ese sentido, la indemnización no es parcial ni limitada; es integral respecto al valor de la oportunidad perdida, sin necesidad de abarcar el resultado final, que por definición no puede probarse con certeza.

Finalmente, Savatier advierte que aplicar esta figura en el ámbito médico podría generar efectos adversos desde una perspectiva económica, como un aumento en las

³¹⁷ Savatier (1970), p. 126.

³¹⁸ Savatier (1970), p. 120.

³¹⁹ Gamarra (2001), p. 322.

³²⁰ Savatier (1970), pp. 124-125.

primas de seguro y una carga desproporcionada sobre los médicos³²¹. Aunque estas preocupaciones son válidas, no justifican desconocer el daño autónomo que representa la pérdida de la chance, especialmente cuando el propio paciente se ve privado de probar el desenlace debido a la negligencia médica.

b. Perspectivas críticas por la causalidad presunta

Penneau aborda el problema desde una perspectiva distinta. Según él, esta figura establece una presunción de causalidad, de modo que cualquier negligencia que agrave el riesgo de un daño se considera, por ese solo hecho, como la causa de dicho perjuicio³²². En su visión, esto conduciría a una responsabilidad automática para el médico, al trasladar la carga probatoria desde la víctima hacia el profesional³²³. Sin embargo, considero que esta crítica no refleja adecuadamente la manera en que se aplica la doctrina. Como destacan Viney y Jourdain, las decisiones judiciales que reconocen la pérdida de una oportunidad exigen siempre la prueba de la culpa³²⁴. Además, es necesaria la demostración de que la chance frustrada era concreta y razonable³²⁵. No basta con alegar probabilidades generales sin una base específica. Esta doctrina no elimina la necesidad de acreditar la relación causal entre la conducta negligente y la pérdida de la oportunidad. Por lo tanto, esta oposición a la pérdida de chance no tiene sustento en el análisis riguroso de los casos en que esta figura se aplica.

Otra observación de Penneau se refiere al uso de estadísticas como base probatoria en casos de pérdida de la oportunidad. Según él, extrapolar datos generales —como que el 80% de los pacientes habría sobrevivido con una atención adecuada— a un caso individual resulta problemático, ya que la certeza estadística se diluye al aplicarse a situaciones concretas³²⁶. Aunque comparto que las estadísticas no pueden trasladarse de manera directa al plano individual, considero que son herramientas válidas como marco de referencia. No buscan establecer certezas absolutas, sino contextualizar la probabilidad razonable que existía antes de la conducta negligente. Así, la víctima no reclama el

³²¹ Savatier (1970), p. 125.

³²² Penneau (1977), pp. 120-121.

³²³ Penneau (1992), p. 32.

³²⁴ Viney y Jourdain (1998), p. 198.

³²⁵ Gamarra (2001), p. 324.

³²⁶ Penneau (1977), pp. 122-123.

resultado final, sino la oportunidad legítima que le fue truncada. Este tipo de análisis, junto con los hechos específicos del caso, permite al juez valorar y cuantificar la oportunidad perdida de manera razonable y justa.

Finalmente, el autor sostiene que no es posible separar el perjuicio final del intermedio, ya que el proceso morboso habría alcanzado su conclusión, lo que implicaría que la reparación debe centrarse únicamente en el daño final³²⁷. No comparto esta postura, pues ignora la autonomía de la pérdida de la oportunidad como daño independiente. Aunque esta pérdida puede estar relacionada con el resultado final, no deja de ser un perjuicio específico que afecta directamente las expectativas legítimas del paciente. Por ejemplo, un médico que omite realizar un examen o se equivoca en un diagnóstico no causa directamente la muerte del paciente, pero sí le priva de una oportunidad concreta de recibir un tratamiento adecuado o de prolongar su vida. Este daño debe ser reparado, sin ser reducido a una simple extensión del perjuicio final.

c. El eco de las críticas

Estas críticas, formuladas desde la doctrina francesa, han ejercido una notable influencia en España, donde han sido acogidas y adaptadas en el desarrollo de la discusión jurídica sobre la pérdida de oportunidad. Se ha argumentado que la pérdida de la oportunidad actúa como un “artificio judicial”³²⁸, sustituyendo la reparación de un daño no probado por una probabilidad de curación, algo que, según estas críticas, carecería de fundamento sólido. Sin embargo, esta objeción no aborda correctamente la naturaleza de la figura. El daño probado —en el caso de la pérdida de la oportunidad— no es el resultado final, sino la frustración de una chance concreta y legítima. No se trata de un artificio, sino de un mecanismo que permite reparar aquello que sí puede ser acreditado: la pérdida de una oportunidad razonable y seria de obtener un resultado más favorable. Ignorar esta realidad es desvirtuar el verdadero propósito de la responsabilidad civil, que es reparar los perjuicios efectivamente sufridos.

Por su parte, Ataz López plantea que la pérdida de la oportunidad de curación “no es, en definitiva, más que presumir que dicho paciente habría sanado en caso de que el

³²⁷ Penneau (1992), p. 32.

³²⁸ Yzquierdo Tolsada (2022), p. 438.

médico hubiese actuado correctamente”³²⁹. En este punto, comparto la crítica de Gamarra, quien subraya que “tan arbitrario e infundado es presumir que el paciente habría sanado, como presumir lo contrario”³³⁰. Reducir la discusión a una especulación sobre el resultado final desconoce el verdadero objeto de la indemnización en estos casos. Lo que realmente debe considerarse no es si el paciente habría sanado, sino que fue privado de una oportunidad legítima de alcanzar un desenlace más favorable. Indemnizar la pérdida de la chance no implica asumir certezas absolutas, sino reconocer que la conducta negligente truncó una expectativa concreta.

d. Distinción entre resultado final y oportunidad perdida

Es fundamental distinguir con claridad entre el resultado final y la oportunidad perdida. Mientras que el resultado final se centra en lo que efectivamente ocurrió, la pérdida de la oportunidad se enfoca en el momento en que la conducta negligente privó al paciente de una probabilidad razonable de alcanzar un resultado distinto. Ambas figuras son independientes: la oportunidad perdida no depende del resultado final, sino que constituye un perjuicio autónomo. Por ello, indemnizar la pérdida de la oportunidad no significa sustituir el daño final, sino reconocer un menoscabo real que afecta las expectativas legítimas del afectado.

La doctrina de la pérdida de la oportunidad no pretende especular sobre el desenlace final ni tampoco ser un refugio para la arbitrariedad. Por el contrario, su objetivo es reparar aquello que efectivamente puede ser acreditado: la chance frustrada. Ignorar esta figura no solo genera un vacío en la protección de derechos, sino que también perpetúa la idea de que los perjuicios intangibles son irreparables. Reconocer la pérdida de la oportunidad, en cambio, reafirma el compromiso del derecho con la reparación integral y con la justicia en contextos en los que las certezas absolutas son imposibles.

e. Argentina y Chile

³²⁹ Ataz López y Juan (1985), p. 345.

³³⁰ Gamarra (2001), p. 327.

En Argentina también se han planteado críticas hacia la pérdida de la chance de curación y sobrevida, aunque en menor medida que en otras jurisdicciones. Prévôt y Chaia³³¹, como principales detractores, argumentan que esta figura difiere de la pérdida de la oportunidad en su sentido tradicional, ya que se utiliza cuando el reclamante no logra acreditar que la asistencia médica o la omisión fueron la causa adecuada de la muerte o lesión del paciente. Según ellos, la doctrina se convierte en una herramienta para otorgar reparaciones parciales en lugar de abordar el resultado final. Sin embargo, considero que estas críticas no establecen una verdadera diferencia conceptual entre la pérdida de la oportunidad tradicional y su aplicación en el ámbito médico.

Para Prévôt y Chaia, la particularidad del contexto médico radica en que el paciente, al llegar con una afección o enfermedad previa, ya enfrenta factores de riesgo que incrementan la probabilidad de un resultado desfavorable. En este contexto, el diagnóstico erróneo del médico actúa como un factor que simplemente agrava esos riesgos inherentes. Sin embargo, el problema no radica en si estas condiciones preexistentes pueden interrumpir el vínculo causal, sino en reconocer que la negligencia médica truncó una posibilidad legítima y concreta de obtener un desenlace más favorable. La pérdida de la oportunidad no exige negar la influencia de otros factores concurrentes; su valor está precisamente en identificar y reparar el perjuicio derivado de la conducta negligente.

En muchos casos, el acto negligente del médico no solo contribuye al daño, sino que lo agrava o acelera. Al no interrumpir el curso de la enfermedad, al demorar su tratamiento o al equivocarse en el método para combatirla, el profesional puede privar al paciente de una oportunidad real y concreta de mejorar. Aunque la curación o la supervivencia sean eventos inherentemente aleatorios, a los que el médico no se obliga, existe un enlace causal entre la negligencia médica y la pérdida de esa oportunidad, un daño que puede y debe ser reconocido de manera independiente. A la postre, es importante recordar en qué consiste el programa prestacional del médico: desplegar toda la actividad técnica y pericia que le es razonablemente exigible para mejorar la salud del paciente. Por lo mismo, si se priva de una oportunidad de mejora, por una negligencia médica, es obvio que el médico tendrá que responder. Parece ilógico que pueda ampararse

³³¹ Prévôt y Chaia (2007).

en la aleatoriedad de la situación (de la que ya tenía conocimiento) para esquivar las consecuencias de su negligencia.

La doctrina de la pérdida de una chance de curación es una respuesta al modelo rígido de causalidad del «todo o nada», que a menudo resulta injusto. Si bien algunos autores sugieren que una correcta aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, acompañada de peritajes médicos rigurosos, podría hacer innecesaria esta figura, considero que esta postura ignora los casos en los que el desenlace final es incierto. En estos contextos, la pérdida de la oportunidad ha probado ser valiosa para la víctima.

Además, es importante distinguir que muchos casos en los que se indemniza una pérdida de oportunidad pueden estar relacionados con: a) Situaciones de responsabilidad total, en las que el médico con su conducta negligente, agrava o acelera el curso natural de la enfermedad. b) Casos de responsabilidad parcial, en que las condiciones preexistentes del paciente, actuando como concausas, influyen en el resultado final. c) Supuestos de causalidad hipotética alternativa, en los que la negligencia médica es la causa principal del daño, aunque este podría haberse producido posteriormente debido a otra causa.

Finalmente, en Chile, la pérdida de la oportunidad ha tenido su mayor desarrollo en el ámbito médico, siendo también el contexto que ha generado mayores confusiones conceptuales respecto de esta doctrina. Una de las principales críticas radica en su aplicación por parte de los tribunales, en los que, bajo el pretexto de pérdida de chance, se han llegado a indemnizar perjuicios en casos en que el nexo de causalidad presenta dudas razonables. Este mal uso de la doctrina no solo debilita su fundamento teórico, sino que también contribuye a la percepción errónea de que opera como una herramienta para simplificar cuestiones probatorias, más que como un mecanismo para reparar un daño autónomo y legítimo³³².

4.4. La pérdida de la oportunidad como técnica de facilitación probatoria

³³² Por ejemplo: CS Chile, 11/11/2019, “Toledo con Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota”, rol n.º 20625-2018.

a. Planteamiento doctrinal

Algunos autores han definido la pérdida de la oportunidad como una técnica de facilitación probatoria³³³, destinada a enfrentar los problemas asociados a la prueba del nexo causal en casos en los que no es posible determinar con certeza cómo habría evolucionado el resultado de no mediar el hecho ilícito. Desde esta perspectiva, se presenta como un mecanismo que otorga valor jurídico a las probabilidades frustradas, ofreciendo alternativas frente a las limitaciones del sistema binario del «todo o nada»³³⁴.

Así, se ha señalado que

“estamos en presencia de un instrumento técnico utilizado por la doctrina francesa y que ha empezado a utilizar su jurisprudencia, con vistas a resolver la relación de causalidad y los problemas devenidos en orden a la determinación de la misma y de la prueba”³³⁵.

En este sentido, “la pérdida de oportunidad ofrece una respuesta a la incertidumbre causal, a partir de un criterio de prueba probabilístico, para indemnizar los daños y perjuicios, sin precisar qué oportunidades se perdieron”³³⁶.

Según esta posición, la pérdida de la oportunidad opera como una herramienta para superar las dificultades inherentes a la demostración del nexo causal. Algunos sostienen que este mecanismo permite a la víctima obtener una indemnización proporcional a la chance perdida, sin necesidad de acreditar de manera concluyente la conexión causal con el resultado final³³⁷. Por ello, ha sido descrita como un “paliativo de la incerteza causal”³³⁸ que ajusta las exigencias probatorias tradicionales, en favor de una aproximación probabilística.

En el marco de las reglas clásicas de la responsabilidad civil, la incertidumbre sobre el nexo causal entre el hecho ilícito y el resultado final puede obstaculizar el acceso de las víctimas a una reparación. Este problema es común en casos de negligencia médica, en que no siempre es posible acreditar que la conducta negligente fue la causa directa del

³³³ En este sentido Luna Yerga (2005); San Martín y Torres (2020), Barría Díaz (2019), Barros Bourie (2006).

³³⁴ Barría Díaz (2019), p. 238.

³³⁵ Cobas Cobiella (2021), p. 293.

³³⁶ Cobas Cobiella (2021), p. 293.

³³⁷ San Martín y Torres (2020), pp. 348-349.

³³⁸ Munita (2024), p. 264.

fallecimiento o el deterioro del paciente³³⁹. Ante esta dificultad, quienes apoyan esta teoría sostienen que la indemnización debe ajustarse a la fracción de los perjuicios atribuible a las oportunidades concretas destruidas por la negligencia³⁴⁰.

En este sentido, la pérdida de la oportunidad reconfigura la forma de abordar la prueba de la causalidad. En lugar de exigir que se acredite de manera concluyente el vínculo causal con el resultado final, el análisis se enfoca en demostrar la existencia de una oportunidad concreta y razonable frustrada por el hecho ilícito. Sin embargo, algunos críticos señalan que esto no soluciona la dificultad probatoria de fondo, sino que simplemente lo reemplaza por una constatación de fracaso probatorio. Argumentan que, en última instancia, se renuncia a la exigencia de probar la causalidad estricta, sustituyéndola por un análisis probabilístico que se prioriza por sobre la certeza³⁴¹.

b. El common law

En el derecho comparado, esta teoría ha encontrado aceptación como una forma de abordar problemas probatorios en contextos de incertidumbre³⁴². Por ejemplo, en los sistemas anglosajones predomina la regla de la probabilidad preponderante, que considera probada la causalidad cuando las probabilidades de que el daño haya sido causado por el hecho ilícito superan el 50% (*"more likely than not"*)³⁴³. En contraste, el derecho continental exige un umbral más elevado, basado en la previsibilidad del daño bajo criterios de regularidad o normalidad. Algunos autores han propuesto que un nivel del 80% sería suficiente para acreditar la causalidad, aunque reconocen que este estándar puede ser arbitrario³⁴⁴.

En este contexto, la pérdida de la oportunidad ofrece un modelo que complementa estas reglas. Al enfocarse la prueba en una oportunidad concreta perdida, en lugar del resultado final, se amplían las posibilidades de reparación en casos de causalidad

³³⁹ Luna Yerga (2005), p. 3.

³⁴⁰ Luna Yerga (2005), p. 15.

³⁴¹ Correa (2019), p. 13.

³⁴² Medina Alcoz (2007), p. 282; y Barros Bourie (2006), p. 381.

³⁴³ Luna Yerga (2005), p. 2; Medina Alcoz (2007), p. 283.

³⁴⁴ Luna Yerga (2005), p. 2; Medina Alcoz (2007), p. 285.

complejos, como los de negligencia médica, en que las probabilidades razonables adquieren un valor central.

c. Protección de las víctimas

Finalmente, se argumenta que la teoría de la pérdida de la chance busca flexibilizar las exigencias probatorias en escenarios en los que las reglas tradicionales dejan a las víctimas sin acceso a reparación³⁴⁵. Según esta postura, reconocer la frustración de una oportunidad razonable como un daño autónomo facilita la indemnización en casos en los que, de otro modo, no podría probarse el vínculo causal directo con el daño final.

Sin embargo, ha de advertirse que este modelo puede relajar de manera excesiva los estándares de prueba, generando riesgos de subjetividad o arbitrariedad en su aplicación³⁴⁶. Este riesgo se materializa en algunas jurisdicciones, como ha ocurrido en Argentina, donde se ha señalado que “la indemnización de pérdida de chance muchas veces ha sido el sobrenombre o apelativo que han encontrado nuestros jueces para indemnizar perjuicios no acreditados y daños inciertos o no relacionados causalmente en forma adecuada con la actuación del dañador”³⁴⁷. Este tipo de uso expone las dificultades prácticas y conceptuales de la figura, comprometiendo tanto la certeza jurídica como la coherencia de las decisiones judiciales.

d. Críticas a la técnica de facilitación probatoria

A pesar de todos los argumentos que buscan defender a la pérdida de la oportunidad como una herramienta destinada a aliviar las dificultades probatorias en casos de causalidad incierta, estimo que existen argumentos más poderosos que permiten poner en tela de juicio esta idea. En contra de lo señalado por Gamarra, quien la describe como una “rueda auxiliar”³⁴⁸ que simplifica el análisis de causalidad, parece más correcto afirmar que “en estos casos la relación de causalidad no plantea problemas diferentes a los de cualquier

³⁴⁵ Luna Yerga (2004), p. 451.

³⁴⁶ Trigo Represas (2008c), p. 128.

³⁴⁷ López Mesa (2008), p. 8.

³⁴⁸ Gamarra (2001), p. 1141.

otro supuesto de responsabilidad civil”³⁴⁹. La razón subyacente por la que algunos sostienen que la pérdida de oportunidad puede actuar como una técnica para aliviar la carga probatoria radica en que estos análisis tienden a focalizarse en el vínculo causal entre el hecho ilícito y el resultado final. Sin embargo, esta perspectiva desnaturaliza la esencia de la figura, ya que desvía la atención del verdadero objeto de análisis: la relación causal que debe establecerse entre la conducta del agente y la oportunidad concreta que fue irremediablemente perdida.

Esta teoría no constituye una verdadera facilitación probatoria para las víctimas. Al analizar la pérdida de oportunidad desde la perspectiva del resultado final, el problema se transforma en una simple repartición proporcional que, lejos de resolver la dificultad probatoria, la redistribuye de forma limitada y, en ocasiones, incluso beneficia al agente dañino³⁵⁰. Por ejemplo, si la víctima solo logra acreditar la mitad del nexo causal, recibiría únicamente la mitad de la indemnización, dejando de lado el daño real que implica la pérdida de una oportunidad concreta. Esto no solo vulnera los derechos de las víctimas, sino que además genera incertidumbre al aplicar una solución parcial que no aborda la complejidad de la causalidad. Por lo mismo, la doctrina ha señalado que:

“La carga de la prueba es la misma tanto para el daño efectivamente sufrido como para la pérdida de una oportunidad, es decir, el establecimiento de un vínculo de causalidad entre la falta y el daño. La concepción extensiva de la pérdida de una oportunidad no genera una presunción de causalidad, sino que simplemente traslada el objeto de la prueba al vínculo de causalidad”³⁵¹.

En este sentido, resulta fundamental delimitar con claridad los contornos de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, concentrando los esfuerzos en identificar los requisitos necesarios para su configuración. Solo así se evitará que las víctimas desperdicien recursos probatorios intentando vincular un hecho ilícito con un resultado que sabemos incierto desde el inicio³⁵², permitiendo enfocar el análisis en la oportunidad concreta frustrada.

Otra preocupación sobre esta postura radica en su potencial para debilitar las decisiones judiciales. Al ofrecer un camino alternativo que aparenta facilitar el análisis

³⁴⁹ Burgos (2012), p. 122.

³⁵⁰ Müller (2003), pp. 209-210.

³⁵¹ Lentz (2017), p. 15.

³⁵² Gómez Giraldo (2021), p. 231.

de causalidad, esta doctrina podría convertirse en una herramienta de “indemnización sin freno”³⁵³. En este contexto, la figura corre el riesgo de transformarse en lo que algunos han denominado un “premio de consuelo”³⁵⁴ para la víctima y el imperio de la incertidumbre normativa. No solo se trivializa la figura, desviándola de su propósito original como una forma de reconocer y reparar un daño autónomo, sino que se compromete la coherencia del derecho de daños, otorgando indemnizaciones en casos en los que no procede.

Asimismo, el uso de esta doctrina como un recurso “subsidiario”³⁵⁵ puede llevar a decisiones menos fundamentadas y a la aplicación de este expediente en casos en los que no se justifica, transformando este instrumento en una “caja de pandora”³⁵⁶.

Más allá de las críticas conceptuales, la teoría de facilitación probatoria además enfrenta importantes desafíos prácticos. Por ejemplo, no existe consenso sobre el umbral mínimo de certeza necesario para justificar una indemnización³⁵⁷. ¿Debe aplicarse solo cuando las probabilidades superan el estándar tradicional de persuasión o incluso en casos en los que estas probabilidades son muy bajas?³⁵⁸ Este vacío genera confusión y podría conducir a decisiones injustas, especialmente si la reparación se fundamenta exclusivamente en cálculos estadísticos sin atender las particularidades del caso concreto.

Asimismo, la falta de lineamientos claros permite interpretaciones expansivas de la figura, llevando a situaciones en las que se indemniza sin un daño concreto atribuible al hecho ilícito³⁵⁹. Este problema ha sido reconocido incluso por algunos defensores de la teoría³⁶⁰, quienes admiten que la ausencia de criterios específicos complica su implementación práctica y genera incertidumbre jurídica.

En conclusión, las críticas a la teoría de facilitación probatoria son muchas, destacando tanto por sus limitaciones conceptuales como los riesgos que plantea su aplicación indiscriminada. Por lo mismo, es indispensable concentrar los esfuerzos en

³⁵³ Le Tourneau (2006), p. 395.

³⁵⁴ López Mesa (2008).

³⁵⁵ Así la ha bautizado Medina Alcoz (2007).

³⁵⁶ López Mesa (2008), p. 15.

³⁵⁷ Luna Yerga (2005), p. 7. Es lo que ocurrió por ejemplo en: US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 18/01/1996, “Loretta Murrey, As Administratrix of the Estate of Thomas D. Murrey, Plaintiff-appellant, v. United States of America, Defendant-appellee”, 73 F.3d, p. 1448, en que el tribunal indemnizó la pérdida de un 5% de probabilidades de supervivencia.

³⁵⁸ Luna Yerga (2005), p. 7.

³⁵⁹ Luna Yerga (2005), p. 7.

³⁶⁰ En este sentido: Luna Yerga (2005), p. 7.

definir y darle contenido a la pérdida de oportunidad como daño independiente, estableciendo estándares específicos que permitan diferenciarla de simples probabilidades estadísticas y garantizando que las decisiones judiciales sean fundamentadas.

4.5. La pérdida de la chance: un caso de responsabilidad proporcional

La responsabilidad proporcional ha sido concebida como una figura para resolver casos en los que la relación causal entre la conducta del agente y el resultado final no puede establecerse con certeza, pero sí se identifica una probabilidad de que dicha conducta ha contribuido al perjuicio. Este modelo busca distribuir la responsabilidad en función del grado de probabilidad causal, ofreciendo una solución intermedia frente al sistema binario de “todo o nada”, que exige una prueba completa del nexo causal o niega cualquier reparación en ausencia de certeza absoluta.

En este marco, resulta pertinente analizar la interacción entre la responsabilidad proporcional y la teoría de la pérdida de la chance, dado que algunos autores han sostenido que esta última constituye un caso particular de responsabilidad proporcional. Sin embargo, a lo largo del texto argumentaré que, estas figuras son incompatibles debido a sus diferencias en alcance, estructura y aplicación. Mientras la responsabilidad proporcional se centra en ajustar la cuantificación del daño al grado de probabilidad probada, la pérdida de la oportunidad representa un daño autónomo que no depende de la consecución del resultado final, sino de la frustración de una expectativa legítima.

A continuación, examinaré los puntos de contacto y las divergencias clave entre ambas figuras, con el propósito de demostrar que cualquier intento de asimilarlas desvirtúa no solo sus fundamentos, sino también los principios esenciales que sustentan la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

a. La teoría del todo o nada

De acuerdo con la teoría del todo o nada, una vez acreditada la relación de causalidad, se otorga la totalidad de la indemnización; de lo contrario, no se reconoce derecho alguno a

compensación. Este planteamiento se asocia directamente con la regla de la indivisibilidad causal, según la cual los daños deben ser reparados únicamente por quien los ha causado, adoptando un enfoque binario en el que la causalidad se considera probada o no probada. Bajo este esquema, no se contemplan grados, fracciones ni cuotas de causalidad y la reparación se concede o se niega en su totalidad³⁶¹.

Incluso en aquellos casos en que no se alcanza el nivel de certeza requerido, este modelo recurre a herramientas de facilitación probatoria como las presunciones o la teoría del incremento del riesgo para permitir que se acceda al total de la indemnización. Sin embargo, estas herramientas no implican dividir ni fragmentar el análisis del nexo causal. En caso de que las pruebas sean consideradas suficientes y estas técnicas resulten aplicables, se otorga al afectado el 100% de la compensación³⁶². En otras palabras, se debe establecer el vínculo causal demostrando una probabilidad preponderante. Aquí también se aplica el sistema del “todo o nada”: o bien el grado de probabilidad es suficientemente alto y el daño será reparado de manera integral, o bien no se establece dicho grado de probabilidad y no habrá reparación posible³⁶³.

Por lo tanto, la teoría del todo o nada preserva la integridad del vínculo causal y rechaza cualquier aproximación que implique segmentar o dividir la responsabilidad. Esto la distingue de otros modelos, como la responsabilidad proporcional, en los que la indemnización se distribuye en función de grados de probabilidad.

No obstante, la pérdida de la oportunidad puede analizarse desde una perspectiva que trascienda las categorías del todo o nada y la responsabilidad proporcional. Se trata de concebirla como un daño autónomo, cuyo objeto de reparación no es ni el resultado final ni una fracción de esta, sino la frustración de una chance concreta y legítima, que constituye un interés jurídico protegido. Esta autonomía permite reconocer que la pérdida de una chance no depende del desenlace definitivo, sino de la expectativa razonable que fue truncada por la conducta negligente.

En el ámbito de la negligencia médica, por ejemplo, el debate no debería centrarse en probar que el médico fue la causa directa del fallecimiento del paciente, como exigiría el esquema del todo o nada, ni en indemnizar una proporción del daño calculada con base en probabilidades, como plantea la responsabilidad proporcional. Lo que realmente debe

³⁶¹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 176.

³⁶² Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 176.

³⁶³ Lentz (2017), p. 28.

repararse es la oportunidad legítima que el paciente tenía de acceder a un diagnóstico adecuado o a un tratamiento oportuno y que fue irremediablemente frustrada. Reconocer esta pérdida como un daño independiente no solo reafirma su autonomía conceptual, sino que también permite abordar los límites de las aproximaciones tradicionales, brindando una respuesta más justa y ajustada a la complejidad de estos casos.

b. La regla de la responsabilidad proporcional

La responsabilidad proporcional ofrece una solución frente a casos en que los daños pueden ser atribuidos a un integrante de un grupo limitado, pero no es posible identificar al responsable con precisión, aunque exista certeza de que uno de ellos causó el perjuicio.

A diferencia de la teoría del todo o nada, admite causalidades fraccionadas o parciales³⁶⁴. En el derecho anglosajón, esta figura ha sido adoptada como una alternativa que supera la rigidez del modelo binario. Según su principal defensor, el profesor John Makdisi³⁶⁵, este sistema es más justo, eficiente y acorde con los avances del conocimiento humano, en comparación con la estricta aplicación de la indivisibilidad causal.

Uno de los ejemplos citados en la doctrina de responsabilidad proporcional, es el de un grupo de personas que disparan al mismo tiempo hacia un objetivo común y causan lesiones a una víctima, sin que pueda determinarse con precisión cuál de ellas fue el autor material del disparo que causó el daño. La lesión existe, es cierta y sin lugar a dudas la ocasiono solo uno de los presentes, pero resulta imposible identificarlo. La incertidumbre no radica en si hubo daño ni hecho generador, sino en la imposibilidad de individualizar al autor. En ese contexto, algunos ordenamientos han optado por distribuir el daño entre todos los potenciales causantes, en proporción a su posible intervención, como forma de evitar que la víctima cargue con el coste de una prueba inalcanzable³⁶⁶.

El derecho argentino no adopta la solución proporcional en sentido técnico, pero sí reconoce la dificultad probatoria. El CCyC opta por una regla de responsabilidad solidaria en estos casos, tal como lo establecen los artículos 1761 y 1762. Ambos preceptos imponen la responsabilidad solidaria cuando el daño proviene de un autor no

³⁶⁴ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 179.

³⁶⁵ Makdisi (1989), pp. 1100-1101.

³⁶⁶ Medina Alcoz (2018b), p. 16.

identificado dentro de un grupo determinado o de una actividad peligrosa desplegada colectivamente. En estos supuestos, se invierte la carga probatoria: no es la víctima quien debe demostrar cuál fue el miembro responsable, sino que son los integrantes del grupo quienes deben probar que no fueron ellos. De este modo, se protege a quien ha sufrido un daño cierto frente a la incertidumbre insuperable sobre su causación individual.

Lo importante es que este ejemplo no debe confundirse con el de la pérdida de oportunidad. En la responsabilidad colectiva no hay azar ni expectativa frustrada, sino un daño final que efectivamente ha ocurrido y cuya única incertidumbre es de carácter probatorio. La víctima ha sufrido un perjuicio consumado que se traduce en un resultado final, pero cuyo autor no puede individualizarse. En cambio, la pérdida de oportunidad se refiere a un daño de naturaleza diferente al resultado final consumado. El hecho ilícito no causa directamente el perjuicio, sino que suprime una probabilidad concreta de evitarlo o de obtener un beneficio. Dicho de otro modo, en los disparos colectivos hay certeza sobre el daño y duda sobre el autor; en la pérdida de chance, hay certeza sobre el autor y duda sobre el resultado. Esa diferencia justifica que los criterios jurídicos aplicables no puedan ser los mismos, aun cuando ambas figuras surjan en contextos de incertidumbre.

En un sentido similar, esta figura se relaciona con la denominada “responsabilidad por cuota de mercado”. En este caso, la responsabilidad de un fabricante se determina en función de la probabilidad de que haya causado el daño, calculada a partir de su participación en el mercado. Así, a mayor cuota de mercado, mayor es la probabilidad atribuida al fabricante de haber generado el perjuicio³⁶⁷. Esta doctrina fue desarrollada por la jurisprudencia estadounidense en el caso *Sindell*³⁶⁸. En este litigio, la demandante desarrolló un cáncer debido al medicamento DES, consumido por su madre durante el embarazo para prevenir un aborto espontáneo. Ante la imposibilidad de identificar cuál de las nueve empresas productoras del medicamento fue la responsable directa, la Corte Suprema de California formuló la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado. Según esta doctrina, se requiere que todas las unidades representen el mismo riesgo, que la víctima no pueda identificar al fabricante responsable y que se demande a una porción significativa de los productores potenciales.

³⁶⁷ Ríos Erazo & Silva Goñi (2014), p. 17.

³⁶⁸ Supreme Court of California, 20/02/1980, “*Sindell v. Abbott Laboratories*”, California Reports, Third Series v. 26, p. 588.

Por otra parte, se ha señalado que la teoría de la pérdida de oportunidad también incorpora elementos de la responsabilidad proporcional, aunque su aplicación no se restringe exclusivamente a situaciones con múltiples posibles responsables³⁶⁹. Hay quienes han planteado que la pérdida de oportunidad se entiende como un mecanismo para responder a situaciones de incertidumbre, otorgando una indemnización proporcional al daño que se considera probable.

c. Relación entre la responsabilidad proporcional y la pérdida de la chance

La teoría de la pérdida de oportunidad, ubicada en el ámbito de la causalidad material o física, ha sido señalada como un remedio ante la incertidumbre causal³⁷⁰. En este contexto, se ha sostenido que la pérdida de la chance constituye un caso de responsabilidad proporcional, al intentar abordar situaciones en las que no es posible demostrar con certeza absoluta el vínculo causal entre la conducta del agente y el resultado final. No obstante, se identifica una probabilidad razonable de que dicha conducta haya contribuido al perjuicio³⁷¹. Desde esta perspectiva, se propone ajustar la imputación de responsabilidad al grado de probabilidad causal existente, presentándose como una alternativa intermedia al modelo tradicional de «todo o nada», que exige una prueba concluyente del nexo causal para otorgar una reparación integral o, en su defecto, niega toda responsabilidad ante la falta de certeza absoluta.

Entre los defensores de esta postura destaca el profesor Luis Medina Alcoz³⁷², quien sostiene que la teoría de la pérdida de oportunidad busca superar las exigencias de la causalidad clásica al reconocer un daño autónomo y ajustar la reparación en función de la probabilidad de que el agente haya contribuido al daño³⁷³. Según esta visión, la pérdida de oportunidad se presenta como una herramienta destinada a abordar la incertidumbre causal, distribuyendo equitativamente la carga de la duda entre las partes. En este marco, el agente solo respondería en proporción al grado de probabilidad de que su conducta

³⁶⁹ Medina Alcoz (2018b), p. 19.

³⁷⁰ Galán Cortés (2007), p. 274.

³⁷¹ Medina Alcoz (2007), p. 36.

³⁷² Medina Alcoz (2018b), p. 91.

³⁷³ Medina Alcoz (2018b), p. 91.

haya causado el perjuicio, mientras que la víctima recibiría una compensación ajustada al valor de la oportunidad frustrada.

Esta perspectiva ha sido acogida por el Tribunal Supremo de España, que, en su análisis,

“huye de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales, debiéndose calcular estas en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, el cual queda reservado para los casos de certeza absoluta de la causa”³⁷⁴.

Con base en esta idea, el modelo plantea tres escenarios en relación con el grado de probabilidad y su impacto en la respuesta resarcitoria. Cuando la probabilidad de causalidad es insignificante, no corresponde indemnización, ya que no se alcanza el estándar mínimo de causalidad. Cuando la probabilidad es suficientemente elevada, procede una reparación integral, dado que se satisface el estándar tradicional de causalidad. Finalmente, cuando la probabilidad es intermedia, es decir, cuando las posibilidades de éxito son serias y razonables pero insuficientes para establecer el nexo causal con certeza, se concede una indemnización parcial que refleja la oportunidad sacrificada³⁷⁵.

En esta propuesta, el agente responde únicamente en proporción al grado de probabilidad de que haya causado el menoscabo y “la indemnización resultante refleja de manera aproximada las dudas en torno a la verdad del nexo causal derivadas de un juicio de valoración probatoria que no arroja resultados concluyentes ni a favor ni en contra”³⁷⁶. Por ello, algunos autores han destacado la teoría de la pérdida de oportunidad como una innovación dentro del derecho de la responsabilidad civil, al introducir un mecanismo diseñado para abordar escenarios marcados por la incertidumbre causal³⁷⁷.

Desde esta lógica, se busca evitar dos extremos igualmente problemáticos desde la perspectiva de la justicia: que el agente dañoso quede exento de responsabilidad por falta de prueba concluyente o que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que podría no haber causado³⁷⁸. En situaciones en las que persisten dudas sobre la relación de

³⁷⁴ Sanchez Hernández (2020), p. 105.

³⁷⁵ Medina Alcoz (2007), p. 89.

³⁷⁶ Medina Alcoz (2018b), p. 16.

³⁷⁷ Medina Alcoz (2007), pp. 48-49.

³⁷⁸ Medina Alcoz (2007), pp. 32-33.

causalidad y no se alcanza el nivel de seguridad requerido para su establecimiento, se recurre al cálculo probabilístico como criterio para fijar una indemnización. Dicha indemnización, inevitablemente será de menor cuantía que el daño realmente sufrido, pues las incertidumbres sobre su causa permanecen irresueltas³⁷⁹, permitiendo al tribunal fraccionar la causalidad según el porcentaje de probabilidades estimado³⁸⁰.

Esta teoría se fundamenta en que el conocimiento de los hechos se construye a partir de probabilidades y no de certezas absolutas. En este sentido, se ha indicado que “la defensa de un modelo de causalidad probable en esta materia dice relación con la situación actual de las ciencias y del devenir tecnológico”³⁸¹. Bajo esta premisa, cuando resulta aplicable la pérdida de oportunidad, se ha planteado que el juez debe proyectar el porcentaje de probabilidad calculado sobre el valor total del daño, determinando con precisión tanto el alcance de la indemnización como la responsabilidad del agente. Este método busca conciliar las limitaciones inherentes a la prueba procesal, permitiendo construir una base razonable para la reparación proporcional³⁸².

d. La pérdida de la oportunidad es una aplicación de la teoría del incremento del riesgo³⁸³

De forma similar, pero con una perspectiva diferente, Enrique Barros ha interpretado la teoría en estudio como una manifestación de la teoría del incremento del riesgo. Según esta posición, dicha teoría presenta dos manifestaciones principales: una negativa, que se configura cuando el hecho del demandado ha impedido aprovechar una oportunidad de evitar el daño, como sucede en casos de omisión negligente de diagnóstico; y una positiva, que se verifica cuando la negligencia del agente ha incrementado la probabilidad de que ocurra el daño, tal como en algunos supuestos de daños ambientales.

El autor argumenta que, al tratarse de una cuestión de causalidad, el análisis requiere inevitablemente un juicio hipotético sobre cómo habrían evolucionado los acontecimientos de no haber ocurrido el hecho ilícito. En este contexto, únicamente es

³⁷⁹ Sanchez Hernández (2020), p. 108.

³⁸⁰ Barría Díaz (2019), p. 262.

³⁸¹ Munita (2013), p. 415.

³⁸² Medina Alcoz (2009), p. 50.

³⁸³ Barros Bourie (2006), pp. 378-384.

posible estimar la probabilidad de que el daño sea atribuible a un hecho por el cual el demandado pueda ser considerado responsable.

Barros sostiene que la indemnización debe calcularse en función del incremento del riesgo generado por la acción negligente. Por ejemplo, si una persona con cáncer habría tenido un 40 % de probabilidades de supervivencia en caso de que los exámenes médicos hubieran detectado la enfermedad oportunamente, frente al 10 % de probabilidades de recuperación tras un diagnóstico tardío, la indemnización más adecuada y equitativa no sería equivalente al daño completo ni la ausencia de reparación, sino un porcentaje proporcional del daño atribuible a la negligencia del laboratorio. En este sentido, la pérdida de una oportunidad de sanarse se traduciría en una indemnización correspondiente al riesgo adicional provocado por la negligencia del demandado.

Como puede observarse, la diferencia entre el incremento del riesgo y la responsabilidad proporcional radica en la concepción del daño y la causalidad. La primera postura interpreta la pérdida de oportunidad como un aumento del riesgo provocado por la negligencia, sugiriendo una indemnización proporcional a dicho incremento. Por otro lado, la segunda considera que el daño radica en la probabilidad perdida como un hecho autónomo, determinando la reparación en función de la fracción de causalidad probada, sin centrarse en el resultado final.

Finalmente, es fundamental destacar que además de las críticas que plantearé en la aplicación de la regla de responsabilidad proporcional a la pérdida de la oportunidad, el profesor Barros no aborda una distinción esencial: si bien en la pérdida de la oportunidad puede estar presente la evitación de un riesgo, no toda exposición a un riesgo constituye una pérdida de oportunidad³⁸⁴. Hay ciertos riesgos que no llegan a concretarse en un daño y se consideran “daños contingentes”, los cuales no son reparables. Desde esta perspectiva, las herramientas jurídicas disponibles para enfrentarlos se relacionan más con la función preventiva del daño y el principio precautorio.

e. Críticas a la aplicación de la responsabilidad proporcional a la pérdida de la chance

³⁸⁴ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 45.

Aquellos que sostienen que la pérdida de la chance constituye un caso de responsabilidad proporcional han argumentado, simplificando el debate, que “reparar el 100 % del 30 % (pérdida de chance como daño) parece ser equivalente a reparar el 30 % del 100 % (pérdida de chance como mecanismo facilitador de la prueba de la causalidad)”³⁸⁵. A simple vista, podría parecer lo mismo. Pero no lo es. Esta forma de razonar confunde, trivializa y empobrece el debate. Porque deja fuera aquello que justamente importa: el valor de la oportunidad en sí misma y la necesidad de repararla cuando ha sido frustrada por un actuar negligente.

Veamos un caso³⁸⁶. Una mujer de 85 años vive sola. Una madrugada, se levanta como acostumbra, sin embargo sufre una caída. Horas más tarde, se despierta en el suelo, con un dolor agudo en la nuca, logra pedir ayuda y es llevada al hospital. Allí, cuenta que padece artrosis y dos hernias discales. El médico la examina. No detecta signos neurológicos ni fiebre. A la palpación, el dolor se intensifica. Con esos datos, sin realizar estudios por imágenes, el médico diagnostica una cervicalgia por artrosis y le prescribe analgésicos. La paciente regresa a su hogar.

En geriatría, el dolor cervical puede deberse a múltiples causas: artrosis, esguinces, fracturas, tumores, infecciones. La ciencia médica ha elaborado clasificaciones probabilísticas que orientan el diagnóstico. En mayores de 80 años el 70 % de las cervicalgias se deben a patologías degenerativas. El 5 % corresponde a esguinces. Otro 5% se vincula con fracturas cervicales post caída. El 25 % restante se reparte entre otras causas menos frecuentes.

Ahora imaginemos dos caminos.

En el primero, el médico, guiado por la estadística, asume que se trata de artrosis, omite estudios complementarios. En el segundo, el profesional atiende al contexto —una mujer mayor, caída nocturna, dolor focalizado— y ordena una radiografía. Esta revela una doble fractura en las vértebras C1 y C2. Se indica inmovilización estricta con collarín cervical rígido, se evita toda manipulación y se monitorea la evolución para prevenir complicaciones.

³⁸⁵ Cárdenas Villarroel (2024), p. 938.

³⁸⁶ Este ejemplo, ha sido extraído del texto de Lutte (2019). Aunque no coincido con todas sus conclusiones, me parece que este ejemplo es esclarecedor en los efectos que conlleva reducir las chances a un tema de responsabilidad proporcional.

Lamentablemente, en esta historia se siguió el primer camino. Con el paso de los meses, la mujer ya no puede mantener erguida la cabeza. Los dolores se intensifican. Una radiografía tardía confirma el daño: consolidación viciosa de las fracturas. Las secuelas eran evitables. Y la oportunidad de evitarlas fue suprimida.

¿Era alta la probabilidad de una fractura? No. Solo un 5 %. Pero era un 5 % concreto, real, reconocible clínicamente. Lo que la medicina enseña y la responsabilidad civil debe reconocer, es que ante esa probabilidad, el protocolo exige actuar. La omisión negligente no provocó el resultado final en sí, pero le negó a la paciente la única oportunidad que tenía de impedirlo.

¿Y entonces? ¿Debe repararse el 5 % del resultado final? ¿O debe indemnizarse el 100% del valor de esa chance del 5 %? Aquí está el punto. Si la oportunidad perdida era cierta, seria y estaba al alcance de ser ejercida, lo que se frustra no es un resultado hipotético, sino el derecho de la víctima a que se le reconozca esa probabilidad como jurídicamente relevante. El daño no es proporcional: es la pérdida total de esa única chance.

El paradigma de la responsabilidad proporcional que se basa en repartir el daño según porcentajes estadísticos, puede ser útil para evaluar imputaciones múltiples, pero no sirve para medir las chances. No puede considerarse la probabilidad como un descuento ni como un atenuante automático. Porque, en estos casos, esa chance, aunque sea estadísticamente minoritaria, representa la única vía razonable de evitar un perjuicio mayor.

El derecho no puede permitirse ignorar lo que la medicina ya sabe: que cada porcentaje representa personas concretas y que cada omisión de cuidado elimina, de manera definitiva, posibilidades que eran reales. No se trata de probabilidades abstractas, sino de daños humanos.

Definir la pérdida de la oportunidad como un daño implica reconocer la oportunidad frustrada como un interés jurídico protegido en sí mismo, independiente del resultado final. Por el contrario, reducirla a una probabilidad dentro del análisis de causalidad, asignándole un porcentaje del daño final, no solo distorsiona su naturaleza jurídica, sino que también limita la protección de derechos que existen con independencia del desenlace hipotético. Esta visión empobrece el debate al ignorar que la chance, por sí

sola, constituye un interés que merece tutela, independiente de si el resultado hipotético se habría concretado.

Desde el punto de vista procesal, tratar la pérdida de la chance como una regla proporcional introduce barreras adicionales para la víctima. Además de acreditar la probabilidad de éxito de la oportunidad, debe demostrar el grado de causalidad entre la conducta del demandado y el resultado final, lo que incrementa la complejidad y el costo del litigio. En cambio, al tratar la oportunidad como un daño, el análisis se centra exclusivamente en la pérdida sufrida, evitando especulaciones sobre un desenlace que por definición, es imposible de verificar.

Adicionalmente, esta visión proporcional debilita la función preventiva de la responsabilidad civil. Si la pérdida de la oportunidad se aborda como un problema de causalidad, se diluye el incentivo para prevenir conductas negligentes, ya que los responsables potenciales solo responderán por una fracción del daño final. Esto resulta especialmente problemático en áreas sensibles como la negligencia médica o los incumplimientos contractuales, en que lo que se protege no es necesariamente el resultado final, sino la expectativa razonable de un beneficio o de evitar un perjuicio. Reconocer la oportunidad como un daño autónomo refuerza la función disuasoria del derecho, protegiendo expectativas legítimas sin condicionarlas al desenlace.

Por último, la reparación proporcional no se ajusta al daño real sufrido. Mientras que tratar la pérdida de la oportunidad como daño permite valorar de manera más integral y objetiva la probabilidad frustrada en términos económicos, sociales y patrimoniales, la responsabilidad proporcional tiende a subvalorar este perjuicio. Esto no solo puede derivar en subindemnización, sino también en una negación de justicia. La víctima no solo pierde la oportunidad de acceder al resultado esperado, sino que también deriva en una compensación adecuada por la oportunidad legítima que le fue arrebatada de manera imputable al responsable.

En conclusión, el argumento de que “reparar el 100 % del 30 %” equivale a “reparar el 30 % del 100 %” no solo trivializa la discusión, sino que también omite las profundas diferencias conceptuales y prácticas entre ambas perspectivas. Reconocer la pérdida de la chance como daño independiente no solo es más coherente con los principios de la responsabilidad civil, sino que también garantiza una reparación adecuada, un acceso a la justicia y una función preventiva que fomenta el respeto por las expectativas legítimas de las personas.

f. Distinción entre ambas figuras

La distinción de la pérdida de la chance como daño autónomo y como un caso de responsabilidad proporcional radica en la naturaleza del interés protegido y en la forma en que se aborda el análisis jurídico.

Cuando se considera como un daño autónomo, lo que se indemniza es la frustración de una expectativa razonable y concreta, independiente del resultado final, que nunca podrá conocerse con certeza. En esta figura, el objeto de protección es la probabilidad perdida, entendida como un interés jurídico propio que merece reparación integral. Por el contrario, al enmarcarla dentro de la lógica de la responsabilidad proporcional, la chance es tratada como una herramienta para facilitar la imputación causal de una parte del daño final, reduciendo su autonomía y subordinándola al resultado hipotético.

Esta diferencia no es solo teórica, sino que también práctica, pues en la primera figura se simplifica el análisis probatorio al centrarse en la pérdida misma, mientras que en la segunda se exige reconstruir escenarios contrafácticos sobre el desenlace final, generando mayores dificultades procesales y riesgos de subindemnización.

5. Quimera de causalidad

Finalmente, una propuesta de carácter más ecléctico sugiere que “la noción de pérdida de una chance se relaciona tanto al perjuicio como al nexo de causalidad”³⁸⁷. A partir de esta concepción, hay quienes distinguen entre tipos de casos, dividiéndolos en propios e impropios. Según esta postura, los casos propios son aquellos en los que es posible identificar claramente una oportunidad perdida, distinta al daño final que podría o no generarse. Por otro lado, los casos impropios se caracterizan por la certeza de la existencia del daño final, pero con dificultades para establecer con claridad el vínculo causal. Así, en los casos propios, la pérdida de oportunidad se entendería como un daño en sí mismo,

³⁸⁷ Welsch (2000), p. 170.

mientras que en los casos impropios no sería aplicable, debiendo abordarse el problema desde la perspectiva de la causalidad³⁸⁸.

Sin embargo, considerar que la pérdida de oportunidad podría tener esta doble naturaleza, operando tanto en el daño como en la causalidad, parece una idea arriesgada, casi como la de enfrentarse a una quimera de causalidad, un ser mítico mitad humano, que representa la lógica jurídica, y mitad bestia, que simboliza el caos y la incertidumbre del vínculo causal. Además, esta distinción no es novedosa, ya que hace décadas el jurista francés Chabas diferenciaba entre la verdadera teoría de la pérdida de oportunidad y la falsa teoría, como ya lo señale previamente³⁸⁹. Me quedo con la diferenciación que establecía Chabas, quien ya señalaba con claridad que la pérdida de oportunidad, en su verdadera teoría, debe entenderse únicamente en su carácter como daño y no como un problema de causalidad.

6. Conclusiones parciales

A la luz de los argumentos desarrollados, resulta pertinente detenerse en algunas reflexiones que permiten delimitar el alcance y las tensiones que emergen de este debate:

1. La naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad sigue siendo, hasta el día de hoy, un tema controvertido y no resuelto de manera definitiva por la doctrina ni por la jurisprudencia. Aunque la postura mayoritaria en el derecho argentino la concibe como un daño autónomo —reconocimiento que incluso ha sido consagrado en el CCyCN—, en el ámbito del derecho comparado existe una tendencia creciente a abordarla desde la perspectiva de la causalidad, especialmente como un caso de responsabilidad proporcional. Asimismo, han surgido posturas eclécticas que buscan integrar elementos de ambas perspectivas, ofreciendo una visión más integral y flexible.
2. La incertidumbre es el núcleo conceptual que fundamenta la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, ya sea desde la perspectiva del daño autónomo o de la causalidad. Para quienes consideran la oportunidad como un daño, el análisis causal conecta directamente el hecho negligente con la pérdida

³⁸⁸ Cárdenas Villarroel (2024), pp. 1035 y ss.

³⁸⁹ Chabas (2014).

sufrida. En cambio, quienes abordan el problema desde la causalidad se detienen en la incertidumbre inherente, sin avanzar hacia una reparación plena de la oportunidad legítimamente frustrada.

3. La pérdida de la oportunidad constituye un daño específico, claramente diferenciado del resultado final. Esta distinción se justifica en que los intereses protegidos en ambos casos no son equivalentes. Las oportunidades, más allá de su eventual valor económico, representan expectativas legítimas que merecen protección jurídica, tanto por su significado individual como social. Su lesión configura un daño reparable, cuyas consecuencias demandan resarcimiento. Esta diferenciación se hace aún más evidente al analizar las dos fases que permiten distinguir los intereses vinculados a las chances de otros intereses jurídicamente protegidos.
4. La crítica que objeta la reparación de la pérdida de la oportunidad bajo el argumento de la ausencia de vínculo causal suficiente no resiste un análisis profundo. Este cuestionamiento parece confundir el objeto del daño con el resultado final, olvidando que el nexo causal exigido no se refiere a si el beneficio hipotético habría sido alcanzado, sino a la conexión probada entre la negligencia y la oportunidad frustrada. En este sentido, la causalidad en la pérdida de la chance no radica en especular sobre el desenlace, sino en establecer si la conducta del agente privó a la víctima de una oportunidad concreta y razonable de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. La reparación, entonces, se centra en la oportunidad como un bien jurídico autónomo, cuyo valor debe ser protegido, precisamente porque representa un interés legítimo, distinto del resultado. Este planteamiento no solo permite superar la incertidumbre inherente al desenlace final, sino que refuerza la justicia en la tutela de derechos que no dependen de la certeza del resultado, sino de la expectativa legítima vulnerada.
5. En el ámbito de la pérdida de la oportunidad de curación y sobrevida, el debate se torna especialmente complejo. Las condiciones preexistentes del paciente, lejos de ser un mero antecedente fáctico, plantean un desafío ineludible para el análisis de causalidad, pues dificulta establecer con certeza el curso de los hechos en ausencia del acto negligente. Aun en Argentina, donde la pérdida de la chance ha sido consagrada como un daño autónomo en el CCyC, persisten voces que, con rigor crítico, la consideran más cercana a un problema de causalidad. Sin embargo, limitar su análisis a la causalidad corre el riesgo de desvirtuar el propósito mismo

del derecho de daños: proteger intereses legítimos que aunque no culminen en un resultado final cierto, son merecedores de tutela.

6. Quienes sostienen que la pérdida de la oportunidad es una técnica de facilitación probatoria no logran captar la esencia de esta figura jurídica. No se trata de simplificar la carga probatoria en favor de la víctima, sino de reconocer la existencia de un daño autónomo que exige ser acreditado con los mismos estándares de rigor que cualquier otro daño. En realidad, lo que se observa es una redistribución limitada de las dificultades probatorias, que no alivia las exigencias de prueba, sino que puede incluso acrecentarlas. Lo anterior no solo desdibuja la naturaleza de la pérdida de la chance, sino que compromete la coherencia interna de la decisión judicial, al generar fallos que, por falta de claridad en la acreditación de los elementos esenciales, corren el riesgo de convertirse en respuestas meramente simbólicas, más próximas a un gesto de equidad que a un acto de justicia verdaderamente fundamentado.
7. No resulta adecuado considerar que la pérdida de la chance configura un supuesto de responsabilidad proporcional. Esta última se aplica en contextos que requieren una imputación fraccionada del daño según el grado de causalidad probado, mientras que la pérdida de la oportunidad constituye un daño autónomo, cuya reparación es siempre integral, pero circunscrita a la frustración de la oportunidad misma, y no al resultado final. Este enfoque no distribuye probabilidades sobre el daño, sino que reconoce el valor jurídico de la chance perdida como un interés digno de tutela, cuyo resarcimiento no depende de la certeza sobre el desenlace hipotético, sino de la constatación de su existencia como bien jurídico afectado.
8. La pérdida de la chance merece ser reconocida como un daño autónomo, cuya reparación asegura justicia en favor de quienes han visto frustrada una oportunidad legítima. Este concepto refleja la evolución de la responsabilidad civil hacia una mayor comprensión de las expectativas razonables de las personas, desligándose de la dependencia exclusiva del resultado final. Tal reconocimiento no solo permite una valoración adecuada de las circunstancias particulares del caso, sino que fortalece la función protectora del derecho al abordar con rigor las complejidades de la causalidad y la reparación, garantizando así la tutela efectiva de los derechos lesionados

Capítulo III: La pérdida de la chance como un daño autónomo

En el capítulo anterior sostuve que la pérdida de la oportunidad se enmarca dentro del concepto de daño en el ámbito de la responsabilidad civil. Ahora, corresponde analizar su naturaleza: ¿se trata de un daño patrimonial, extrapatrimonial, o bien constituye una categoría autónoma?

Si bien la cuestión no es nueva en el debate doctrinal, carece aún de una respuesta uniforme. Su importancia, sin embargo, no es solo teórica: la categorización del daño determina su método de cuantificación, dado que cada tipo de daño posee particularidades que influyen en la valoración y en las reglas aplicables a su indemnización.

Antes de abordar la relación de la pérdida de oportunidad con los distintos tipos de daño, es necesario resolver una cuestión previa: ¿se trata de un daño actual o futuro? (1). Posteriormente, analizaré su vínculo con el daño patrimonial (2) y extrapatrimonial (3), así como la llamada “teoría de la comunicabilidad” (4). Finalmente, propondré su análisis como un daño autónomo (5) y expondré algunas conclusiones preliminares (6).

1. Pérdida de la chance: daño actual o futuro

1.1. Daño cierto y temporalidad

Para que un daño sea indemnizable, debe ser cierto³⁹⁰, es decir, que no se trate de un perjuicio puramente eventual o hipotético³⁹¹. En este contexto, la temporalidad del daño resulta clave para determinar si es actual o futuro³⁹².

³⁹⁰ Numerosa doctrina ha sostenido de manera coincidente que la certeza del daño constituye un requisito indispensable para su indemnización. Ver, entre otros: Trigo Represas (2008c), p. 7; Caseaux y Trigo Represas (1974), pp. 407 y ss.; De Cupis (1975), pp. 245 y ss.; Fernández Madero (2002), pp. 46 y ss.; Mayo (1989); Orgaz (1967), p. 51; Zannoni (2005), pp. 79 y ss.; Barros Bourie (2006), pp. 226 y ss.; Pizarro y Vallespinos (2024), pp. 150 y ss.; Picasso y Sáenz (2019), pp. 411 y ss.; p. 267; Cobas Cobiella (2021), pp. 281 y ss., etc.

³⁹¹ Caseaux (1981), p. 17.

³⁹² El art. 1739 del CCyC argentino recoge esta clasificación del daño.

El daño es actual cuando ya se ha materializado al momento de dictarse la sentencia, tanto en relación con su existencia, como sus consecuencias³⁹³. Esto implica que el perjuicio se puede comprobar bajo el parámetro de lo que normalmente se llama “máxima certeza”³⁹⁴.

Por el contrario, el daño futuro se define como aquel que, al momento de dictarse sentencia, no se ha materializado completamente³⁹⁵, aunque deriva de un hecho ya ocurrido³⁹⁶. Su valoración requiere un ejercicio prospectivo sustentado en probabilidades razonables. Al respecto, se ha señalado que “la constatación de un daño futuro – en cualquiera de sus posibles variantes – lleva implícita un componente aleatorio que puede referirse tanto a la certidumbre de su acaecimiento como a la extensión razonable y adecuada de su resarcimiento”³⁹⁷. Según el curso natural de los acontecimientos, es previsible que este daño amplíe sus repercusiones en el futuro, ya sea agravando un perjuicio existente o generando un nuevo menoscabo relacionado con la situación inicial³⁹⁸. En otras palabras, lo que se debe evaluar es “lo más probable, lo que aparece evidente para el daño pasado”³⁹⁹. Este carácter prospectivo plantea un desafío en su valoración⁴⁰⁰, ya que implica cierto grado de aleatoriedad inherente a la naturaleza de lo que aún no ha ocurrido.

No obstante, esta aleatoriedad no invalida el reconocimiento jurídico del daño futuro⁴⁰¹. Para que sea indemnizable, es necesario realizar un ejercicio prospectivo sustentado en probabilidades razonables basadas en datos objetivos y verificables⁴⁰². Aunque no se puede exigir una seguridad absoluta, basta con alcanzar un grado de certeza razonable que permita prever, con base en las circunstancias del caso, que el daño es una consecuencia real y previsible⁴⁰³. Por lo tanto, siempre que el perjuicio proyectado

³⁹³ Caseaux (1981), p. 18; Barros Bourie (2006), pp. 236-237.

³⁹⁴ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 150.; Pizarro (2021), p. 151. A pesar de ello, este análisis no está exento de ciertos grados de indeterminación, particularmente en el caso del daño moral. En este tipo de daños, el *quantum* indemnizatorio no responde a fórmulas matemáticas precisas, sino a un juicio basado en una probabilidad objetiva suficiente, que busca captar, de una manera justa, la dimensión del sufrimiento o menoscabo padecido y establecer una satisfacción compensatoria razonable para la víctima. Sin embargo, dicha subjetividad no desvirtúa su naturaleza como daño cierto.

³⁹⁵ Caseaux (1981), p. 19; Barros Bourie (2006), pp. 236-237.

³⁹⁶ Caseaux (1981), p. 18.

³⁹⁷ Pita (2015a), p. 189.

³⁹⁸ Pizarro (2021), p. 151;

³⁹⁹ Domínguez Águila (2019).

⁴⁰⁰ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 150; Barros Bourie (2006), p. 237; Díez Schwerter (2006), p. 66.

⁴⁰¹ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 172.; Sáenz (2008), p. 592; Pizarro (2021), p. 152; Parellada (1990), p. 46.

⁴⁰² Sáenz (2008), p. 602.

⁴⁰³ Iribarne (1993), p. 132.; Paganetti (2005), p. 844.

presente un grado de probabilidad objetivo suficiente y no especulativo, puede ser reconocido como cierto⁴⁰⁴. Ello no debería sorprender, pues como se ha recordado con acierto, “la certeza no es de este mundo”⁴⁰⁵.

En contraste, el daño hipotético se refiere a la especulación de que un perjuicio ocurra en el futuro, sin que exista una base objetiva suficiente para prever su materialización⁴⁰⁶. Este tipo de daño no genera derecho a indemnización, ya que carece del grado mínimo de certeza requerido⁴⁰⁷.

1.2. Postura que considera que la chance es un daño futuro

Con base en estas distinciones, algunos autores han clasificado la frustración de una chance como un daño futuro, argumentando que el perjuicio esperado aún no se ha materializado⁴⁰⁸. Sin embargo, esta interpretación confunde el objeto del resarcimiento. No cabe duda que “la íntima relación – innegable – entre el perjuicio ocasionado y el resultado esperado que no se concretó determina complicaciones a la hora de establecer la noción de la pérdida de chance”⁴⁰⁹. Sin embargo, la determinación del daño no depende del beneficio esperado que no se concretó, sino de la pérdida irreversible de la oportunidad en sí misma⁴¹⁰. Desde esta perspectiva, la chance, al haberse frustrado definitivamente, se convierte en un daño consumado en el momento mismo de su pérdida⁴¹¹. Este perjuicio no es un daño futuro, sino un menoscabo definitivo que se

⁴⁰⁴ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 150. Orgaz (1960), p. 63 y ss.

⁴⁰⁵ Cadet (1997), p. 44.

⁴⁰⁶ Trigo Represas (2008c), p. 9; Mazeaud et al. (1962), pp. 301; Orgaz (1960), pp. 93 y ss.; Colombo (1962), p. 16. También se ha manifestado en este sentido la jurisprudencia, por ejemplo: C. Nac. Civ., sala A, 19/08/1963, “Martinetto, Lorenzo L. c./ Corteses Hnos. y otros”, JA, 1964-II, p. 263; C. Nac. Civ., sala A, 18/11/1957, “Idelson, Abraham c./ Idelson, Gregorio”, JA, 1958-1, p. 267; C. Nac. Civ., sala D, 19/02/1999, “Canoniero, Ramiro c./ Rubinstein, Roberto”, LL, 2001-B, p. 770; C. Nac. Civ., sala D, 04/05/1997, “L., G. c./ Municipalidad de Buenos Aires”, LL, 1997-E, p. 54; C. Nac. Apel. Com., sala C, 06/04/1967, “Sollazo Hnos., S.A. c./ Troisi, Francisco e hijos”, ED, n.º 21, p. 111; CFed. La Plata, sala II, 20/07/1971, “Álvarez Dios, Manuel c./ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, ED, n.º 43, p. 538; CFed. La Plata, sala II, 01/03/1967, “Pinto Guerrero, Laura V. c./ Transportes de Buenos Aires”, ED, n.º 21, p. 377, entre otros. En todo caso, si se considera un daño futuro, este no debería merecer reparación, por cuanto no es posible acreditar que el perjuicio se ha materializado.

⁴⁰⁷ Caseaux (1981), p. 18.

⁴⁰⁸ Viney y Jourdain (2006), p. 90; Picasso y Sáenz (2019), p. 487; Tapia (2012), p. 648.

⁴⁰⁹ Sáenz (2008), p. 597.

⁴¹⁰ Sáenz (2008), p. 594; Caseaux y Trigo Represas (1974), pp. 327 y ss.; Llambias (1967), p. 267.

⁴¹¹ Viney y Jourdain (2006), p. 434.

manifiesta en el presente y cuya reparación debe analizarse conforme a los parámetros aplicables a los daños consumados.

Otros autores consideran que la pérdida de la oportunidad puede clasificarse como un daño actual o futuro, dependiendo de si el resultado final ha ocurrido en el momento de analizar la cuestión⁴¹². Esta postura distingue entre obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Si la chance frustrada buscaba evitar un perjuicio, el daño se proyectaría hacia el pasado, como en los casos de pérdida de la oportunidad de curación. Sin embargo, esta visión incurre en un error central: lo relevante no es la concreción del beneficio o perjuicio, sino la chance misma⁴¹³.

En situaciones como la pérdida de la oportunidad de curación, la chance frustrada debe calificarse como un daño actual. En el momento en que se frustra, cualquier probabilidad de «evitar el perjuicio» se ha extinguido de manera definitiva, por lo que la pérdida de la oportunidad se convierte en un daño presente⁴¹⁴.

El problema es que, si se considera la pérdida de una oportunidad como un daño futuro, lo estamos relacionando con el resultado final y, por ende, con el beneficio que se pretendía obtener o el perjuicio que se buscaba evitar. Esto, a mi juicio, debería llevar a rechazar la noción de pérdida de oportunidad, ya que no será posible acreditar con un grado de certeza suficiente el nexo causal entre el hecho ilícito y el resultado final⁴¹⁵.

1.3. La pérdida de chance es un daño actual

La pérdida de la oportunidad es un daño actual, ya que la certeza de su existencia surge en el momento mismo en que ocurre el hecho ilícito que priva a la víctima de una probabilidad razonable⁴¹⁶. Este daño está vinculado exclusivamente con el instante en que ella es frustrada, coincidiendo con el momento en que se produce el hecho dañoso⁴¹⁷.

⁴¹² Le Tourneau (2006), pp. 1421 y ss. En el mismo sentido: Picasso y Sáenz (2019), p. 487; Medina Alcoz (2007), p. 78; Prévôt (2006b), p. 584; Pita (2015a), p. 190, entre otros.

⁴¹³ Picasso y Sáenz (2019), p. 488.

⁴¹⁴ Pita (2015a), p. 190.

⁴¹⁵ En este sentido se pronuncia: Visintini (1999), pp. 207 y ss.

⁴¹⁶ Trigo Represas (2008c), p. 29. En el mismo sentido: Zavala De González (1990), p. 374; Zannoni (2005), pp. 110-111; Sintez (2009), p. 101; Vitale (2020), p. 322.

⁴¹⁷ Paganetti (2005), p. 844.

En el pasado, algunos precedentes judiciales lo calificaron como un daño futuro⁴¹⁸. Sin embargo, la jurisprudencia contemporánea, influenciada por la doctrina, ha corregido esta postura al reconocerla como un daño cierto y actual. Como se ha señalado:

“La víctima solo contaba con una posibilidad actual de obtener una ganancia o evitar un perjuicio. El eventual beneficio que espera la víctima puede o no ocurrir y, en definitiva, nunca se sabrá si se habría producido de no haber mediado el evento dañoso”⁴¹⁹.

Como corolario, de lo expuesto en el párrafo anterior, resulta interesante lo que decía Bustamante Alsina, al respecto:

“No se tiene en cuenta para el resarcimiento el daño eventual, hipotético o meramente conjetural cuya existencia no sea, por ello mismo, cierta. La jurisprudencia moderna considera que la pérdida de una chance es un daño actual y cierto y, por lo tanto, susceptible de ser indemnizada”⁴²⁰.

Es común que surja confusión respecto a la razonabilidad de la chance, ya que debe demostrarse que esta era seria y fundada. Aunque esta exigencia pueda asemejarse a la incertidumbre típica de un daño futuro, lucro cesante o perjuicio por omisión⁴²¹, dicha similitud no convierte a la chance en un daño futuro. A diferencia del daño futuro, la pérdida de la oportunidad afecta de forma inmediata al patrimonio o derechos del sujeto afectado, pues la interrupción de una probabilidad concreta ocurre en el momento del

⁴¹⁸ En la sentencia CNEsp. Civ. y Com., sala III, 07/06/1985, “Bermúdez, Juan c./ Del Zotto de Bidinost, Linda”, se reconoce la pérdida de chance como un daño de naturaleza futura, que es susceptible de indemnización siempre que pueda ser valorado en términos pecuniarios. No obstante, se admite la dificultad inherente a la distinción entre un daño futuro indemnizable y uno eventual no indemnizable, generando debate sobre el verdadero carácter de la chance o probabilidad frustrada.

En todo caso, es importante mencionar que existen sentencias de fechas incluso anteriores, que reconocen que la pérdida de la chance es un daño actual. Por ejemplo, CNEsp. Civ. y Com., sala I, 14/10/1982, “Mouro de Martínez, Elsa D. y otros c./ De León, José”. En dicho fallo se señala: “Atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de chances, es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad sino, en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad y aunque su proyección sea futura, que no lo sea meramente eventual o hipotética”. Sin embargo, sin lugar a duda, existe una confusión que lentamente, en la actualidad, se ha ido resolviendo por la doctrina y que se ve reflejado por la jurisprudencia.

⁴¹⁹ C. Nac. Civil, sala A, 16/02/2017, “R., M. A. c./ M. C., C. J. y otro”, autos n.º 31.208/2013, en RCCyC 2017 (octubre), cita digital: TR LALEY AR/JUR/3351/2017, voto del Dr. Picasso. En el mismo sentido, encontramos precedentes que datan del año 2007: Cámara Primera de Apelación en los Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 20/04/2007, “Díaz Claudia A. c./ Massalin Particulares S.A”, elDial.com, cita digital: AA3E20.

⁴²⁰ Bustamante Alsina (1997), p. 171.

⁴²¹ Parellada (2018), p. 182.

evento dañoso. Por tanto, lo que se observa no es la obtención del resultado final, sino la frustración efectiva de la expectativa legítima que el sujeto tenía antes del daño.

Esta confusión también se observa en casos relacionados con la pérdida de chance de ayuda futura. Sin embargo, es incorrecto afirmar que la oportunidad es simplemente “futura, como la expectativa de apoyo inexistente de padres jóvenes hacia un niño de escasa edad”⁴²². Esta afirmación confunde la oportunidad específica, que se extingue con el hecho dañoso, con una proyección incierta de beneficios futuros⁴²³. Lo que se pierde es real y cuantificable y no una mera expectativa de que en el futuro, exista un apoyo económico de los hijos hacia sus padres.

No distinguir claramente entre la probabilidad inherente a este tipo de daño y el evento esperado en sí mismo puede llevar a una confusión. En ciertos casos, esto podría hacer que se malinterpreten situaciones en las que la víctima solo tiene una posibilidad de obtener un beneficio, con aquellas en las que tiene todas las probabilidades de que el resultado favorable ocurra⁴²⁴. Chabas lo ejemplifica de la siguiente manera⁴²⁵: Un sujeto muere al ser atropellado por un vehículo, o un anciano es atendido en un hospital por una fractura y fallece a causa de la negligencia del galeno. En estos casos, “estas personas, probablemente, corren el riesgo de morir antes que otras; no obstante, su existencia no está reducida a la simple esperanza de no morir”⁴²⁶.

2. Pérdida de chance y daño patrimonial

El daño patrimonial es toda consecuencia resarcible que importa necesariamente el detrimento en el patrimonio de una persona y es susceptible de apreciación pecuniaria⁴²⁷.

⁴²² Zavala De González (2008), p. 305.

⁴²³ A propósito de la sentencia C. Civ. Com, Minas, Paz y Trib. Mendoza, 11/11/2020, “Hormazábal, Luis Gastón c./ Provincia de Mendoza”, Correa (2011), pp. 918-919, señala que: “Justamente ese es el concepto de “chance” que no es otro que la posibilidad o probabilidad de que a raíz del hecho dañoso imputable al Estado provincial hayan perdido los actores la oportunidad de resultar asistidos económicamente en el futuro por el hijo. No se trata de resarcir el beneficio económico mismo, sino la razonable aspiración, la potencialidad de lograrlo u obtenerlo. No se trata de un daño eventual, sino de un perjuicio futuro cierto”. En este caso, se otorga una indemnización reducida por pérdida de chance al padre de un recluso fallecido me parece criticable. Aunque se reconoce la afectación emocional causada por la muerte del hijo y la posible pérdida de una futura asistencia económica, la procedencia de estos rubros se debe analizar aplicando los antecedentes del caso concreto.

⁴²⁴ Sáenz (2013), p. 120.

⁴²⁵ Chabas (1994), p. 930.

⁴²⁶ Chabas (1994), p. 930.

⁴²⁷ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 134.; Picasso y Sáenz (2019), p. 436.; Barros Bourie (2006), p. 230.

Cuando el evento perjudicial reduce los bienes ya existentes en el patrimonio del afectado, se configura un daño emergente⁴²⁸. Por el contrario, si impide la obtención de beneficios futuros, hablamos de lucro cesante⁴²⁹. Estos dos rubros indemnizatorios son los dos aspectos fundamentales del daño patrimonial⁴³⁰. Sin embargo, ¿puede considerarse la pérdida de la oportunidad como una categoría de daño patrimonial?

Tradicionalmente, la doctrina dominante ha asociado el daño derivado de la frustración de una chance al ámbito patrimonial, al relacionarlo con la lesión de un interés económico y con las consecuencias patrimoniales que dicha pérdida conlleva⁴³¹. Se afirmaba que la pérdida de la oportunidad implicaba necesariamente una lesión patrimonial. Lo anterior era de esperar, ya que era fiel a la concepción “propietarista de la responsabilidad civil por esos tiempos. Muestra de ello fue la evolución que tuvo la consideración de la pérdida de la chance matrimonial”⁴³².

Siguiendo esa misma lógica, era común encontrar que:

“los tribunales y los autores, al referirse a la pérdida de la chance, hablan de ‘expectativa patrimonial’ o de ‘beneficio económico’ o ‘ventaja patrimonial’, lo que puede llevar a pensar que la pérdida de la chance está ligada necesariamente al daño patrimonial”⁴³³.

En este mismo orden de ideas, Bustamante Alsina a través de una célebre cita, afirmaba que “toda chance es un interés legítimo, es decir, protegido por la ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que, como tal, tiene certeza, y si aquella expectativa se realiza, se obtiene la ganancia esperada”⁴³⁴. Esta idea subraya claramente la relación entre la chance y el campo patrimonial. Su énfasis en la expectativa como un interés legítimo revela la dimensión económica de la oportunidad y su vinculación directa con el patrimonio y su potencial de incremento.

La mención del artículo 1738 del CCyC argentino a la pérdida de la chance, junto al daño emergente y al lucro cesante, parece confirmar su carácter patrimonial. Al situarla junto a categorías netamente económicas, podría interpretarse que la decisión del

⁴²⁸ Mayo (2008), p. 165.

⁴²⁹ Mayo (2008), p. 165.

⁴³⁰ Trigo Represas (2008a), p. 40.

⁴³¹ Pizarro (1994), p. 832.

⁴³² Parellada (2018), pp. 187-188.

⁴³³ Parellada (2018), p. 189.

⁴³⁴ Bustamante Alsina (1989), p. 291.

legislador de situarla al mismo rango que los daños materiales parece responder a una intención deliberada de circunscribir su análisis al ámbito patrimonial.

No obstante, circunscribir la pérdida de la oportunidad exclusivamente al ámbito económico creo que resulta cuando menos cuestionable. La evolución del sistema jurídico y la jurisprudencia invitan a considerar si, además de sus implicaciones económicas, esta figura puede afectar intereses más allá de lo patrimonial.

De hecho, el mismo artículo, en su inciso segundo, alude a derechos personalísimos como la integridad personal, la salud psicofísica y el proyecto de vida, lo que sugiere que la pérdida de la oportunidad podría abarcar también otras dimensiones extrapatrimoniales. Esto abre paso a poder interpretarlo no solo como un daño económico, sino también como una figura que trasciende lo patrimonial⁴³⁵.

Aunque algunos autores sostienen que “el hecho generador del daño perjudica la integridad patrimonial de la víctima porque frustra la oportunidad o posibilidad de conseguir algo”⁴³⁶ y defienden que la pérdida de la chance es un fenómeno estrictamente patrimonial —en la medida que afecta el patrimonio de la víctima al privarla de una posibilidad concreta de obtener un beneficio económico⁴³⁷—, esta idea no logra captar la amplitud de supuestos en los que la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia han reconocido que la pérdida de la oportunidad también puede operar.

Un ejemplo de cómo la pérdida de la oportunidad puede trascender lo patrimonial se encuentra en el caso de un paciente que, por negligencia médica, pierde la chance de curarse o prolongar su vida. Aquí, el agravio no radica en la pérdida de un beneficio económico, sino en la supresión de un interés esencial como la salud. Este daño, de naturaleza extrapatrimonial, reafirma que la pérdida de la chance puede impactar valores más allá de lo económico.

La pérdida de la oportunidad trasciende las categorías tradicionales, sin embargo, su conexión con el daño emergente (2.1) y el lucro cesante (2.2) requiere una ponderación más profunda para esclarecer su verdadera naturaleza.

⁴³⁵ Parellada (2018), p. 173.

⁴³⁶ Santarelli (2015), p. 197.

⁴³⁷ Berger (2018), p. 457.

2.1. Daño emergente y pérdida de la chance

a. La pérdida de chance bajo la óptica del daño emergente

Quienes consideran que la pérdida de oportunidades constituye una modalidad de daño emergente parten de la premisa de que las oportunidades existentes tienen un valor en sí mismas⁴³⁸. Desde esta perspectiva, la oportunidad se concibe como un bien intangible de naturaleza patrimonial que pertenece a la víctima⁴³⁹. En este sentido, “lo que se indemniza es la posibilidad actual frustrada de obtener un beneficio, no la ganancia futura que se habría obtenido”⁴⁴⁰. En ese orden de ideas, se ha destacado a la chance como “una entidad autónoma, económica y jurídicamente valuable, un bien patrimonial cuya lesión configura una subespecie de daño emergente, actual y resarcible”⁴⁴¹.

La conexión que se realiza entre el daño emergente y la pérdida de las oportunidades, tiene que ver con que “ambos detrimentos suponen un menoscabo actual en el patrimonio de la víctima del daño”⁴⁴². Lo anterior significa que las oportunidades “están incorporadas al patrimonio de la persona, de lo que se sigue que, si son cercenadas, ese patrimonio pesa menos porque ha perdido a uno de los bienes que lo componían”⁴⁴³.

En otras palabras, la pérdida de una oportunidad se considera como un bien patrimonial, económica y jurídicamente valuable, cuya frustración constituye un daño existente y resarcible⁴⁴⁴. Lo que se indemniza es “la actual posibilidad frustrada de obtener el beneficio”⁴⁴⁵. De este modo, al calcular la indemnización, se hará en función de la probabilidad de que se habría logrado el resultado esperado en ausencia del acto ilícito⁴⁴⁶.

⁴³⁸ Bustamante Alsina (1989); Márquez (2021), p. 374.; Hersalis (2012), p. 23.; Moeremans (2010), pp. 1030-1031; Muller (2008), p. 554.; Prévôt (2006a), p. 18; Rugna (2011), entre otros.

⁴³⁹ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 99.

⁴⁴⁰ Prévôt (2006b), p. 583.

⁴⁴¹ Trigo Represas (2008a), p. 45.

⁴⁴² Inostroza (2020), p. 420.

⁴⁴³ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 111.

⁴⁴⁴ Corte di Cassazione, 19/12/1985, n° 6506, en Rivista del Diritto Commerciale del Diritto delle Obbligazioni, 1986, p. 207, con nota de Zeno-Zencovich, Il danno per la perdita di chance comme danno resarcibile; íd., "Foro Italiano", p. 383, con nota de Principalli, Quand'è più sì che no: perdita di chance come danno risarcibile; Petrelli, Causalità e perdita di chances, en "I fatti illeciti. Causalità e danno", vol. III, p. 310. Citado en: Trigo Represas (2008a), p. 54.

⁴⁴⁵ Mayo (1989), p. 45.

⁴⁴⁶ Prévôt (2006b).

Siguiendo esta línea argumentativa, la jurisprudencia, también ha considerado a la pérdida de la chance como una especie de daño emergente:

“La indemnización en examen no se debe a título de lucro cesante, sino en calidad de reparación por el daño emergente que el hecho dañoso produce los damnificados, desde que los priva de la compañía de un sostén económico familiar y de la atención a necesidades morales y materiales de la vida en común”⁴⁴⁷.

La asimilación de la pérdida de la chance al daño emergente, podría afirmarse, es la tesis más extendida tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial⁴⁴⁸.

Esta posición encuentra sus raíces, con toda probabilidad, en la doctrina italiana, donde “goza de mayor predicamento”⁴⁴⁹. Sus orígenes se atribuyen a Piero Calamandrei⁴⁵⁰, quien ya en 1931 sostenía que si un análisis estadístico permitía establecer una probabilidad apreciable de éxito en un proceso judicial frustrado por culpa del abogado, el cliente tenía derecho a ser indemnizado⁴⁵¹. Para el autor, esa oportunidad perdida constituía una entidad con contenido patrimonial positivo, cuya privación configuraba un daño emergente⁴⁵². Hoy, uno de los máximos exponentes de esta doctrina en el Derecho italiano es Maurizio Bocchiola⁴⁵³, que considera que las oportunidades en sí mismas consideradas, constituye un bien ya integrado en el patrimonio jurídico de la víctima en el momento que se verifica el hecho dañoso⁴⁵⁴. Por eso, es incontestable que su valor económico, cuando ella ha sido injustamente sacrificada, debe indemnizarse⁴⁵⁵.

b. Críticas a la asimilación de la chance al daño emergente

⁴⁴⁷ C. Nac. Civ. y Com., sala III, 13/08/1990, “Valdez Peralta, c./ Banco Nacional”, LL, 1991-A, p. 229.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, en Moeremans (2010) se señala que: “se ha consolidado entonces la tesis de que el rubro “pérdida de chance” es indemnizable como daño material, aún en los casos de fallecimiento de niños de corta edad, ampliándose así el campo de los daños resarcibles”. Por otra parte, “en cuanto a la naturaleza del rubro también es constante la jurisprudencia en el sentido de que no debe confundirse el mismo con el lucro cesante, habiendo detectado por lo menos la idea de que en realidad estaríamos en presencia de un daño emergente en sentido amplio”. Estas conclusiones son el resultado de un análisis de varias sentencias de la SCJT entre los años 1996 a 2010.

⁴⁴⁹ Medina Alcoz (2007), p. 358.

⁴⁵⁰ Calamandrei (1966), p. 379 y ss.

⁴⁵¹ Medina Alcoz (2007), p. 358.

⁴⁵² Medina Alcoz (2007), p. 358.

⁴⁵³ Bocchiola (1976).

⁴⁵⁴ Bocchiola (1976), p. 86.

⁴⁵⁵ Bocchiola (1976), p. 87.

Son muchos los argumentos que pueden plantearse para apartarse de esta concepción. Reducir la pérdida de la chance al ámbito exclusivo del daño emergente implica desconocer la riqueza conceptual de esta figura. Como ya lo señalé antes, la oportunidad perdida no siempre puede ser definida en términos estrictamente patrimoniales.

En muchos casos, lo que se afecta no es solo el patrimonio, sino intereses vinculados con la persona misma: su integridad, su salud, o incluso su proyecto de vida. La naturaleza de la chance trasciende los límites del daño emergente y su análisis exige una comprensión que sea capaz de abarcar tanto su dimensión patrimonial como extrapatrimonial.

Por otro lado, se ha sostenido que si la oportunidad efectivamente se encontrara en el patrimonio de la víctima con anterioridad al hecho ilícito, sería posible cuantificarla antes de él⁴⁵⁶; sin embargo, esta operación resulta - a juicio de los detractores - impracticable, ya que la cuantificación de la pérdida de la oportunidad siempre es un ejercicio retrospectivo, que debe hacer el juez a partir de los antecedentes proporcionados⁴⁵⁷. Pero si la chance ya existía, no debería depender de lo probable, pues “un bien patrimonial no puede aparecer o desaparecer en atención a las probabilidades de existencia. Si es un valor patrimonial en sí lo es en su totalidad y no solo cuando llega a cierto porcentaje de probabilidad”⁴⁵⁸. En este sentido, “lo que se hace es inventar una cosificación “de la chance *“a priori”* y la hace depender *“a posteriori”* del cálculo de probabilidades”⁴⁵⁹.

Además, se ha sostenido que las oportunidades no participan en el tráfico jurídico de la misma manera que otros valores económicos pertenecientes a la víctima⁴⁶⁰. Sin embargo, este argumento se confronta con una realidad que demuestra lo contrario: las oportunidades tienen una participación activa y reconocida en diversos aspectos del tráfico jurídico. Esta afirmación se ve sustentada por ejemplos concretos como la venta de boletos de lotería⁴⁶¹, la contratación de seguros⁴⁶² o la cesión de derechos litigiosos⁴⁶³,

⁴⁵⁶ Medina Alcoz (2007), p. 371.

⁴⁵⁷ Medina Alcoz (2007), p. 371.

⁴⁵⁸ Ordoqui (2010), p. 4.

⁴⁵⁹ Ordoqui (2010), p. 4.

⁴⁶⁰ Medina Alcoz (2007), p. 373.

⁴⁶¹ Tapia (2015), p. 237.

⁴⁶² Tapia (2015), p. 237.

⁴⁶³ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 202.

en los cuales tanto las oportunidades como los riesgos se integran plenamente en las dinámicas jurídicas y económicas.

2.2. Lucro cesante y pérdida de la chance

a. Similitudes entre lucro cesante y pérdida de la chance

Algunos autores han planteado que la pérdida de la oportunidad constituye una variación del concepto de lucro cesante, argumentando que ambas categorías comparten un elemento común: la incertidumbre asociada a un evento que no ha ocurrido⁴⁶⁴. Desde esta perspectiva, se cuestiona el carácter actual del daño, presentándolo como un daño patrimonial futuro, susceptible de ser resarcido de acuerdo con las normas que rigen el lucro cesante. Según esta postura, la distinción entre ambas figuras radica únicamente en el grado de probabilidad o certeza del evento que no se materializó⁴⁶⁵.

Incluso se ha sugerido que la pérdida de la chance constituye una repetición innecesaria del lucro cesante, ya que la oportunidad no puede desvincularse de la posibilidad de su realización. En este sentido, se destaca que ambos conceptos comparten un elemento de incertidumbre e inseguridad⁴⁶⁶.

En el contexto chileno, esta corriente ha llevado al extremo de considerar a la pérdida de la oportunidad como una categoría incluida dentro del lucro cesante, sin una justificación clara de las similitudes ni una exploración exhaustiva de las diferencias conceptuales entre ambas figuras. Sin embargo, como se abordará en la siguiente sección, esta aproximación resulta inapropiada para explicar adecuadamente la verdadera naturaleza de la pérdida de la oportunidad⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Vergara (1995), p. 78. En este sentido, también se ha pronunciado: Galdós (2015), p. 484; Burgos (2012); Márquez (2015), p. 10; Muller (2008), Parellada (2018); Tanzi (2005); Zavala De González (2008); Caprile (2011); Gregorini Clusellas (2002), p. 49.; Yzquierdo Tolsada (2022), p. 193, entre otros.

⁴⁶⁵ Vergara (1995), p. 78. En el mismo sentido: Burgos (2012), p. 245 y Caprile (2011), pp. 132-133.

⁴⁶⁶ Monateri et al. (2016), p. 170.

⁴⁶⁷ Rodríguez Grez (2024), p. 260.

b. Diferencias conceptuales y objetivas

La comparación entre la pérdida de una oportunidad y el lucro cesante es cuestionable. Aunque ambos conceptos comparten ciertos elementos, la pérdida de una oportunidad incorpora un componente de azar que la distingue del lucro cesante, el cual se fundamenta en la certeza de una ganancia perdida⁴⁶⁸. La aplicación de la lógica del lucro cesante a la pérdida de la oportunidad conllevaría la negación de cualquier tipo de compensación para la víctima, dado que no es posible demostrar con certeza el resultado final esperado⁴⁶⁹. Si bien en ambos casos se debe hacer un juicio de probabilidad, en la pérdida de oportunidad se considera la oportunidad en sí misma; mientras que en el lucro cesante se analiza la certeza de obtener las ventajas económicas⁴⁷⁰.

La diferencia más evidente, entonces, entre estas categorías, radica en su objeto⁴⁷¹. En el caso del lucro cesante, se busca reparar la pérdida de “ventajas económicas basadas en probabilidades objetivas y estrictamente comprobadas, cuya admisión exige una acreditación suficiente del beneficio económico”⁴⁷². En términos simples, el lucro cesante abarca el cercenamiento de utilidades o beneficios materiales susceptibles de valoración pecuniaria, es decir, un enriquecimiento tangible y mensurable desde una óptica patrimonial⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Tapia (2015), p. 249-250.

⁴⁶⁹ Massimo (1993), p. 823. También ver: Tapia (2015), pp. 249-256. Explica Tapia que, en hipótesis de accidentes del trabajo, la posición tradicional fue rechazar la reparación del lucro cesante equivalente a lo que dejará de percibir la víctima hasta el término de la vida laboral. Ello, por cuanto constituirían “meras conjeturas” respecto a la sobrevida de la víctima, así como a la determinación de sus ingresos y a la permanencia en el tiempo de éstos.

Pero, a partir de 2006, varios fallos han cambiado de opinión y han concedido indemnización por un concepto de lucro cesante que en verdad se encuentra mucho más cercano (en términos de probabilidad de ocurrencia) a la pérdida de una chance, pues utilizan para fundamentar dicho rubro factores que en realidad son meras hipótesis, con una probabilidad de ocurrencia bastante indeterminada.

⁴⁷⁰ Prévôt (2006b), p. 581-582.

⁴⁷¹ La chance, según se ha interpretado en jurisprudencia, específicamente en el fallo de la C. Nac. Civ., sala D, 19/04/2011, “Cala, Ricardo y otro c./ Transporte Unión Misionera y otro”, Lexis 10/5893, se refiere a la oportunidad en sí misma de obtener un beneficio o ganancia, sin que esta se haya materializado efectivamente. Es decir, la reparación por la pérdida de una chance se enfoca en la oportunidad perdida, más que en la ganancia concretamente frustrada. Esto la distingue del lucro cesante, ya que este último atiende a una utilidad o beneficio efectivamente perdido, con un grado de certeza y cuantificación más definido. En el mismo sentido: Muller (2008), p. 554.

⁴⁷² CSJN, 29/11/2005, “Gerbaudo, José Luis c./ Provincia de Buenos Aires”, DJ 2006-I, p. 518.

⁴⁷³ Picasso y Sáenz (2019), p. 438.

En cambio, en la pérdida de chance el objeto de resarcimiento es “una oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo de esa índole”⁴⁷⁴. Es decir, a diferencia del lucro cesante, no se compensa el beneficio económico esperado, sino que “la mera oportunidad o probabilidad de hallarse en condiciones de obtenerlo, que habría tenido el damnificado en caso de no haber mediado el hecho ilícito aquiliano o el incumplimiento obligacional”⁴⁷⁵.

Por lo tanto, el lucro cesante supone que el sujeto ya se encontraba en condición de acceder a las ventajas económicas⁴⁷⁶; mientras que, en la pérdida de oportunidad, solo existe “un determinado contexto idóneo en cuyo desenvolvimiento es probable que habría llegado a la situación instrumental apta de consecución de lucro”⁴⁷⁷. Esto conlleva, por definición, que el monto a conceder en un supuesto de pérdida de chance siempre será menor que el que se concedería frente a un supuesto de lucro cesante⁴⁷⁸.

Por este mismo motivo, es imprescindible distinguir entre dos escenarios. En primer lugar, están aquellos en los que tanto la fuente de la ganancia como la ganancia misma estaban plenamente configuradas antes del daño, siendo este último el que interrumpe su percepción. En segundo lugar, están aquellos en los que la obtención de la ganancia dependía de múltiples factores y contingencias externas cuya materialización no estaba asegurada⁴⁷⁹.

Este último supuesto exige un análisis más concreto y detallado, precisamente para evitar confundir simples expectativas, carentes de sustento objetivo, con derechos indemnizables⁴⁸⁰. Ahora bien, si se logra acreditar su concreta, seria y real, estaremos ante una pérdida de oportunidad. Demostrado lo anterior, el daño no radica en la falta de obtención del beneficio final, lo que reafirma su autonomía como un daño resarcible⁴⁸¹.

⁴⁷⁴ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 137; Orgaz (1960), p. 66; Bustamante Alsina (1997), p. 178 y ss; Zannoni (2005), p. 102.

⁴⁷⁵ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 137. También: Orgaz (1960), p. 66; Bustamante Alsina (1997), pp. 353 y ss., Zannoni (1982), p. 102.

⁴⁷⁶ Parellada (2018), p. 183.

⁴⁷⁷ Parellada (2018), p. 183.

⁴⁷⁸ Sáenz (2013), p. 121.

⁴⁷⁹ Pita (2015a), p. 208.

⁴⁸⁰ Pita (2015a), p. 193-194.

⁴⁸¹ Femenía López (2010), p. 83.

c. La certeza como elemento diferenciador

La certeza requerida para obtener la reparación en uno y otro caso no justifica, en mi opinión, establecer una diferencia entre el lucro cesante y la pérdida de la chance. Considerar que la distinción radica en distintos grados de certeza exigidos en cada supuesto es un error conceptual⁴⁸². Todo daño, incluida la pérdida de una oportunidad, requiere un grado de certeza que permita su indemnización⁴⁸³. Sin embargo, la afirmación anterior equipara la chance con el beneficio final que el afectado esperaba obtener, cuando en realidad lo que se indemniza no es la falta de obtención del resultado esperado, sino la frustración de una posibilidad real y seria, que, por lo tanto, se traduce en la desaparición de la oportunidad⁴⁸⁴.

Desde esta perspectiva, tanto en el lucro cesante como en la pérdida de oportunidad existe certeza de que el daño se produjo⁴⁸⁵. La diferencia estriba en el objeto de dicha certeza. En el lucro cesante, el beneficio se estaba obteniendo o su obtención futura parecía prácticamente inevitable, de modo que el juez proyecta la ganancia frustrada. En la pérdida de la oportunidad, en cambio, la conducta antijurídica truncó una probabilidad seria, aunque no segura de obtener ese beneficio.

En otras palabras, la valoración probatoria exigida en este segundo caso, desplaza el foco desde el resultado final hacia la razonabilidad de la chance y a su adecuada cuantificación⁴⁸⁶. Así, lo que se indemniza es un daño distinto al que procede en el caso

⁴⁸² Por ejemplo, Márquez (2015), p. 11, señala que “la certeza no sería requisito de la chance”. Me parece que esta afirmación confunde aspectos básicos de la pérdida de la chance. La existencia de la chance no depende de grados, sino de su comprobación objetiva: la oportunidad existe o no existe. En cambio, lo que sí requiere un grado razonable de probabilidad es la obtención del resultado esperado. Este detalle es clave, ya que delimita qué se indemniza: no se repara el beneficio final que pudo haberse alcanzado, sino la pérdida de una posibilidad seria y real de obtenerlo.

⁴⁸³ López Mesa (2013), p. 186. Además, como señala (Martínez Ravé y Martínez Tamayo 2003): “la chance u oportunidad es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio, pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso afirmamos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño (...) Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”.

⁴⁸⁴ Prévôt (2006b), p. 578.

⁴⁸⁵ Lovece (2008), p. 219.

⁴⁸⁶ En este sentido: C. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala I, 18/11/2008, “Castro, Carlos y otros c./ Montes de Oca, Miguel y otro”: “Se habla de chance cuando existe la oportunidad u ocasión propicia, con visos de razonabilidad o fundabilidad de lograr una ventaja o evitar una pérdida, y la frustración de esa probabilidad imputable a otro engendra un perjuicio resarcible, pero lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado, nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho del accidente ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde

del lucro cesante. Como señala Parellada, lo que se indemniza no es el lucro mismo, sino la frustración de la chance de obtenerlo⁴⁸⁷:

“La certeza del lucro cesante proviene de la circunstancia de que antes de la frustración de la ganancia venía produciéndose el ingreso, o sea, el beneficio venía recibándose, por lo que se puede proyectar hacia el futuro el hecho dañoso. En cambio, en la pérdida de la chance la intervención del hecho dañoso frustró la posibilidad no certera – aunque probable – de que el beneficio pudiera lograrse”⁴⁸⁸.

Por eso, cuando falta prueba de una ganancia efectivamente realizable, podría proceder la indemnización por pérdida de esa oportunidad⁴⁸⁹. Ello no significa, sin embargo, que la pérdida de oportunidad sea un «rubro automático» ni que “respecto de la chance no se exige prueba”⁴⁹⁰, como mal sostienen algunos. No basta con alegar la ausencia de lucro cesante para reclamar su resarcimiento; es indispensable acreditar, al menos mediante presunciones sólidas, la seriedad de la probabilidad perdida y realizar una estimación razonable de su valor.

En coherencia con esta lógica, la jurisprudencia rechaza las demandas en las que el demandante no especifica cuál era la oportunidad concreta ni aporta elementos que permitan evaluarla: “La actora no acredita cuál es la chance probable y cierta que perdió (...); solicita en su presentación de inicio el rubro "lucro cesante y pérdida de chance", sin hacer detalle alguno de la chance perdida ni de la cuantificación del daño emergente aludido”⁴⁹¹.

reposaba la esperanza del afectado, así pues, en la "chance" concurre siempre una cuota de incertidumbre, de conjetura”.

⁴⁸⁷ Aunque no comparto todas las afirmaciones del profesor Parellada respecto de las diferencias entre el lucro cesante y la pérdida de la chance, esta frase ilustra con claridad la distinción en el objeto de ambas figuras.

⁴⁸⁸ Parellada (2018), p. 184. En el mismo sentido: Zannoni (2008), p. 92; Zavala De González (1990), p. 301.

⁴⁸⁹ Por ejemplo, se ha señalado a propósito de una demanda por incumplimiento de contratos que “cabe admitir la demanda por el rubro de pérdida de la chance solicitada ante el incumplimiento contractual de la contraparte -en el caso, las partes pactaron la realización de un evento, que no se llevó a cabo por culpa de la empresa contratante-, pues, si bien la actora no demostró una ganancia efectivamente realizable, razón por la cual no procede el rubro lucro cesante, sí perdió la posibilidad o chance de obtener dividendos como consecuencia de la firma del contrato con la accionada”. Cámara Nacional Comercial, sala B, 18/09/2005, “Jauja S.R.L. c./ La Papelera del Plata S.A.”, RCyS, 2006-3, p. 55.

⁴⁹⁰ Carranza Latrubesse (2006), p. 55.

⁴⁹¹ C. Civ. y Com. La Plata, sala II, 03/03/2020, “C. N. E. c./ Hospital H. Cestino de Ensenada y otros”, RCyS, 2020-8, p. 185.

En todo caso, a partir de lo expuesto, también está claro que en este contexto, la indemnización por pérdida de oportunidad es, necesariamente, menor que la que correspondería por lucro cesante, ya que no se repara la pérdida del beneficio, sino la privación de su probabilidad. Así lo ha resumido la jurisprudencia al sostener que “el resarcimiento por pérdida de oportunidad cubre un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo tal que no puede saberse si el afectado habría o no obtenido cierta ventaja o evitado ciertas pérdidas. De tal modo, se genera la incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido efectivamente; en dicha medida, se ha cercenado una expectativa, la probabilidad de una ventaja”⁴⁹². De este modo, la probabilidad se convierte en el nuevo lenguaje del daño.

d. Otras reflexiones entre las diferencias respecto del lucro cesante y la pérdida de chance

Además, existe una diferencia cualitativa entre el lucro cesante y la pérdida de la chance⁴⁹³. En el primer caso, necesariamente se pierden ganancias, mientras que en la pérdida de la oportunidad se puede perder la posibilidad de ganar un beneficio, pero también de evitar un perjuicio⁴⁹⁴. Mientras que el lucro cesante se refiere a la frustración de una legítima utilidad que podría haber incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso⁴⁹⁵, la chance no solo está orientada a obtener un beneficio económico, sino que también puede tener como objetivo evitar un riesgo, como sucede en el caso de la pérdida de la oportunidad de curación y sobrevida.

También podemos denunciar una semejanza entre el lucro cesante y la pérdida de la oportunidad respecto de su temporalidad. En el primer caso, normalmente se asocia a un daño futuro, mientras que la pérdida de la chance - a pesar de que ha sido materia de discusión - se trata de un daño actual⁴⁹⁶. En este sentido, se ha señalado que:

“Ambos daños se parecen en cuanto significan la pérdida de un beneficio futuro, pero difieren claramente, ya que la pérdida de oportunidad representa un daño

⁴⁹² C. Apel. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 18/08/2016, “N., P. L. c. R. H.”, ED 2017, n.º 270, p. 553.

⁴⁹³ Sáenz (2008), p. 596; Tanzi (2005), p. 312.

⁴⁹⁴ Vergara (1995), p. 78. En un sentido similar: Hersalis et al. (2005).

⁴⁹⁵ Corral Talciani (2011), p. 142.

⁴⁹⁶ Este tema se trató en el punto 1 de este capítulo.

actual, en tanto que el lucro cesante es un daño cierto que se producirá en el futuro”⁴⁹⁷.

e. Casos paradigmáticos en la jurisprudencia argentina⁴⁹⁸

En la jurisprudencia argentina, diversos casos han permitido distinguir claramente entre el lucro cesante y la pérdida de la chance. Por ejemplo, en relación con la pérdida de ayuda futura por la muerte de un hijo, en general se admite que mientras el lucro cesante abarca las contribuciones efectivas que el hijo ya realizaba, la pérdida de chance aborda

⁴⁹⁷ Inostroza (2020), p. 420.

⁴⁹⁸ Son muchos los casos en que se ha diferenciado entre el lucro cesante y la pérdida de chance. En este caso, he decidido recoger algunos que demuestran la diversidad de situaciones en las que se ha planteado el problema, y que los diferentes tribunales del país han diferenciado claramente entre ambos institutos. Para más profundidad, ver, entre otros: CSJN, 14/07/2015, “Meza, Dora c./ Provincia de Corrientes y otros”, RCyS, 2015-10, p. 81; C. Nac. Apel. Com., sala B, 07/02/1989, “Muraro, Heriberto c./ Eudeba”, LL 1989- D, p. 288, con nota de Jorge Bustamante Alsina.; C. Civ. y Com. 8ª Nom., Córdoba, 22/01/2001, “R., R. E. c./ Grgich Barruca, Alejandro”, LL Córdoba 2001, p. 756; C. Nac. Apel. Com., sala C, 02/02/2001, “Video La Rioja Sociedad Anónima c./ Distrinorte Sociedad de Hecho y otros”, RCyS, 2001-3, p. 125; C. Nac. Apel. Com., sala C, 16/10/2001, “Trobo Baz, Antonio c./ HSBC Banco Roberts S.A.”, ED, 2002-196, p. 574; CNFed. Civ y Com, sala III, 06/02/2003, “Transmisiones Cardanicas S.A. c./ Edesur S.A.”, LL, 2003-E, p. 543; C. Nac. Apel. Com., sala C, 30/09/2003, “Martínez Hermanos S.R.L c./ Banco Francés S.A.”, ED, 2004-206, p. 234; CNFed. Civ. y Com., sala III, 01/06/2004, “Galeano, Argentino R. c./ Estado Mayor Gral. Del Ejército”, LL, 2005-C, p. 98; CNCom., sala B, 18/09/2005, “Jauja S.R.L. c. La Papelera del Plata S.A.”, LL, 2006-B, p. 626; C. Apel. Civ y Com. Mercedes, sala I, 07/03/2006, “Chakers Sociedad de Hecho y/u otros c./ Municipalidad de Nueve de Julio y otro”, ED, 2006-218, p. 480; C. Nac. Civ. Sala F, 04/01/2007, “Granillo, Nicolás Abraham Ignacio c./ Cremona Romero, Sara Angélica Socorro”, RCyS, 2007-8, p. 49; TS Córdoba, sala penal, 06/12/2007, “Bustos Moyano, Juan Martín”, LL Córdoba, 2008, p. 366; C. Civ. y Com., Córdoba, 19/02/2008, “Cuello, Mario A. c./ Ternasky, Walter A. y otros”, LL Córdoba, 2008, p. 595; C. Nac. Contencioso Administrativo Federal, sala 2ª, 21/05/2009, “G.A. c./ Estado Nacional, Ministerio del Interior, Policía Federal Argentina”, JA, 2009-IV, p. 138; C. Nac. Civ., sala E, 10/02/2010, “R. R. J. A. c./ R. R. O.”, ED, 2010-238, p. 374; C. Nac. Com., sala D, 27/03/2012, “LC Acción Producciones S.A. c./ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.- ARTEAR”, DJ, 2012, n.º 36, p. 18; C. Nac. Fed. Civ. y Com., sala III, 19/04/2011, “Lescano, Mario Roberto c./ Estado Nacional Ministerio del Interior Gendarmería Nacional”, RCyS, 2011-8, p. 186; C. Civ. y Com., Córdoba, 10/05/2012, “S., W. y otro c./ Municipalidad de Córdoba y otros”, LL Córdoba, 2012-8, p. 881; C. Nac. Com., sala E, 04/10/2004, “Leston, Marcelo Adrián c./ Volkswagen Argentina S.A. y otro”, RCyS, 2013-3, p. 184; C. Nac. Civ., sala I, 01/07/2014, “Z. B., D. H. c./ Fund. Centro De Edc. Méd e Inv. Clínicas”, ED, 2014-259, p. 116; C. Civ. y Com. 1ª Nom. Córdoba, 04/12/2014, “Venega, Sergio Daniel c./ Rolland, Ema Carolina y otro”, LL Córdoba, 2015-4, p. 458; C. Nac. Civ., sala M, 29/08/2014, “F., N. F. c./ C., C. A.”, ED, 2015-260, p. 72; C. Nac. Com., sala F, 21/05/2015, “Diagnóstico médico S.A. c./ Quattro Latina S.A.”, ED, 2015-263, p. 86; C. Nac. Com., sala B, 31/08/2015, “Rizzelli, Ruben Omar c./ Liderar Compañía General de Seguros S.A.”, RCyS, 2016-7, p. 187; C. Nac. Civ., sala E, 16/07/2014, “P., D. M. c./ Q., S. J.”, ED, 2015-261, p. 56; C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala II, 18/08/2016, “N., P. L. c./ R., L. H. y otros”, ED, 2017-270, p. 553; Juzgado Civil, Comercial y Familia de la 3ª Nominación de San Francisco, 10/08/2016, “L. D. N. c./ Municipalidad de San Francisco y otro”, ED, 2017-271, p. 175; C. Nac. Apel. Com., sala D, 03/04/2018 “P., F. P. y otro c./ Banco Supervielle SA”, autos n.º 029695/2015, LL online, cita digital: TR LALEY, AR/JUR/9054/2018; C. Nac. Apel. Com., sala D, 10/12/2019, “Sánchez Silvero Osmar c./ Banco Galicia y Buenos Aires”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/56330/2019; C. Civ. y Com., La Plata, sala II, 03/03/2020, “C. N. E. c./ Hospital H. Cestino de Ensenada y otros”, RCyS, 2020-8, p. 185.

la interrupción de posibles aportes futuras, que, si bien no eran actuales, eran potenciales. Es decir, de no haber ocurrido el fallecimiento, los progenitores habrían recibido algún tipo de asistencia o soporte por parte de su hijo en el futuro⁴⁹⁹. En este sentido, la doctrina ha señalado que:

“Se trata de situaciones en que el hijo aún no realizaba efectivamente aportes a sus progenitores, pero en los cuales existía la posibilidad cierta de que estos recibieran su ayuda en el futuro. Si, por el contrario, el hijo fallecido ya hubiese estado realizando aportes en favor de sus progenitores, se estaría ante un lucro cesante, y no una pérdida de chance”⁵⁰⁰.

De manera similar, en el ámbito deportivo, un tribunal admitió el reclamo por pérdida de chance de un basquetbolista profesional lesionado, al considerar la probabilidad objetiva de que, sin las lesiones, habría mejorado su rendimiento y patrimonio. Sin embargo, al tratarse de un deportista amateur y no un jugador profesional, lo que existe es la frustración de una oportunidad concreta, que se traduce en serias probabilidades de ascender al profesionalismo⁵⁰¹.

Los tribunales también han rechazado pretensiones de lucro cesante al no acreditarse beneficios concretos, reconociendo en cambio las oportunidades frustradas como un daño autónomo. Tal fue el caso de un juicio de escrituración, en que el adquirente reclamó lucro cesante por la imposibilidad de alquilar un inmueble, desde el momento en que debió realizarse la entrega hasta que esta se hizo. El tribunal concluyó que no se había probado la pérdida efectiva y concreta de una ganancia. Pero, concluyó que lo frustrado eran las posibilidades, razonablemente fundadas, de arrendar el inmueble durante el período en cuestión, por lo que reconoció la pérdida de la oportunidad⁵⁰².

Un criterio similar fue adoptado en otro caso relacionado con un servicio telefónico que no funcionó adecuadamente, lo que impidió a la parte actora contactar a

⁴⁹⁹ C. Nac. Civ., sala E, 07/05/2003, “S., J. A c./ Toscana, María Cristina y otro”.

⁵⁰⁰ Jalil (2017a), p. 72.

⁵⁰¹ Así lo explica (Pita 2015b). También se ha fallado en este sentido en: C. Civ. y Com. de Azul, sala II, 07/06/2001, “Barzottini, H. c./ Lazarte, Juan”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2337/2001, a propósito de un basquetbolista profesional que sufrió lesiones en un accidente de tránsito. La juventud del deportista, junto con las pruebas aportadas, incluidos comentarios periodísticos, sirvieron de base para que el tribunal admitiera el reclamo por pérdida de chance. Se destacó la probabilidad objetiva de que, de no haberse producido las lesiones, el jugador habría continuado y posiblemente mejorado su éxito deportivo, impactando de manera positiva en su patrimonio.

⁵⁰² C. Nac. Civ., sala M, 12/09/2005, “Miguel, Fernando A. c./ Grupo BCN España S.A.”, LL 2006-E, p. 380.

potenciales clientes en un período de alta demanda. En este supuesto, el tribunal no otorgó indemnización por lucro cesante, ya que no todos los potenciales clientes habrían concretado compras. En su lugar, reconoció las chances razonables de haber concretado ventas si el servicio hubiera estado disponible⁵⁰³.

En el mismo sentido, a propósito de ascensos laborales, los tribunales han rechazado el lucro cesante, al considerar que falta una probabilidad objetiva de su concreción. No obstante, han admitido la indemnización por pérdida de chance, al entender, por ejemplo, que “el accidente ha privado al actor de la posibilidad futura de ascender y, en consecuencia, de percibir los beneficios correspondientes”⁵⁰⁴.

También, en un caso sobre la pérdida de oportunidad de alquilar una cochera, el tribunal descartó la existencia de lucro cesante al no acreditarse un contrato de locación o una promesa concreta de renta. En cambio, reconoció la frustración de una chance razonable de alquilar como un daño indemnizable. El tribunal destacó que, mientras el lucro cesante se funda en la certeza de una pérdida económica, la pérdida de chance repara una aspiración razonable con cierto grado de incertidumbre, subrayando la autonomía conceptual y probatoria de ambas figuras⁵⁰⁵.

A pesar de la diversidad de materias tratadas, todos estos ejemplos convergen en un punto común: la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante se basan en pruebas y conceptos claramente distintos. Mientras el lucro cesante exige acreditar con certeza la existencia de una ganancia frustrada, la pérdida de la chance se orienta a reparar expectativas razonables, siempre que exista un grado suficiente de probabilidad objetiva.

⁵⁰³ C. Nac. Apel. Com., sala B, 11/04/2019, “Norder S.A. c./ Telecom Argentina S.A.” Microiuris online, cita digital: MJJ118592. El mismo criterio se ha confirmado también por: C. Nac. Apel. Com., sala A, 13/10/2017, “Z., V. A. c./ Bariló SRL y otro”, LL, 2017-F, p. 335; C. Nac. Apel. Com., sala D, 10/12/2019, “Sánchez Silvero Osmar c./ Banco Galicia y Buenos Aires S.A.” LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/56330/2019; C. Nac. Apel. Com., sala D, 03/04/2018, “Pirroncello, Fernando y otro c./ Banco Supervielle S.A.”, autos n.º 029695/2015, LL online, cita digital: TR LALEY, AR/JUR/9054/2018

⁵⁰⁴ CSJN, 10/08/2017, “Ontiveros, Stella Maris c./ Prevención ART S.A. y otros”, 340:1038. En el mismo sentido: CSJN, 08/04/2008, “Arostegui Pablo Martín c./ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. y otro”, 331:570.

⁵⁰⁵ C. Apel. Civ. y Com. de La Plata, 07/04/2020, “López Lucas Alberto c./ Altinium S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJJ125279. Al respecto, el tribunal señaló: “En definitiva, mientras que el lucro cesante versa sobre un daño o perjuicio futuro cierto y no meramente eventual, la pérdida de chance resulta de la razonable aspiración de obtener un beneficio económico con cierto grado de incertidumbre en su producción. Por lo tanto, no resulta adecuado —tal como lo reclama el apelante— que se indemnice bajo un mismo rubro ambas circunstancias. Tampoco significa que uno de ellos pueda excluir al otro en ciertos casos concretos, pero no debe perderse de vista que se trata de dos institutos diferentes que requieren de distintas plataforma fáctica y probatoria”.

Este análisis refuerza la autonomía conceptual de ambas figuras en el ámbito del derecho de daños.

f. Falta de claridad en la jurisprudencia chilena

A pesar de las claras diferencias entre el lucro cesante y la pérdida de la chance, persiste en ciertos sectores de la jurisprudencia chilena una confusión conceptual que resulta, cuanto menos, llamativa. En el ámbito doctrinario chileno, es prácticamente un consenso que identificar la pérdida de la oportunidad con el lucro cesante representa una posición minoritaria⁵⁰⁶. Incluso, Ríos y Silva señalan que la explicación “obedece a que la doctrina especializada ha sido hasta majadera para enfatizar que lo que se repara en la pérdida de la oportunidad no es la ventaja que se guardaba, sino, antes bien, la posibilidad de alcanzarla”⁵⁰⁷.

Pero, a pesar de esta supuesta claridad, la jurisprudencia parece querer persistir con esta posición. Por ejemplo, a propósito de una exclusión ilegal de una adjudicación de licitación, se otorga por concepto de lucro cesante “el 3,5% de lo reclamado por concepto de utilidades”, que se considera como “una ganancia justa e idónea”⁵⁰⁸. No obstante, resulta evidente que esta situación corresponde a una hipótesis de pérdida de chance, que, en este caso, ha sido indemnizada bajo el prisma del lucro cesante, sin reconocer explícitamente su autonomía conceptual⁵⁰⁹.

Otro ejemplo claro de confusión conceptual lo ofrece una sentencia cuya redacción es, cuando menos, ambigua. Se señala: “En ello se materializa el lucro cesante que se reclama, pues es razonable concluir que la actuación indebida del demandado ha significado para el demandante la pérdida de una oportunidad legítima de ganancia

⁵⁰⁶ Ríos Erazo & Silva Goñi (2014), p. 116.

⁵⁰⁷ Ríos Erazo & Silva Goñi (2014), p. 116.

⁵⁰⁸ CS Chile, 16/06/2022, “Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. con Municipalidad de Puerto Varas”, rol n.º 14325-2021.

⁵⁰⁹ En el mismo sentido: CS Chile, 23/12/2022, “PE y GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín”, rol n.º 52594-2021. Incluso, es posible encontrar una sentencia en que existe una confusión conceptual de tal nivel que la redacción es nebulosa y confusa: “En ello se materializa el lucro cesante que reclama, pues resulta razonable concluir que el señalado proceder indebido del demandado ha significado al actor la pérdida de una chance, esto es, de una oportunidad legítima de ganancia eventual”. También CS Chile, 13/1/2023, “Centro de Salud Visual RR Ltda. con Centro de Referencia de Salud de Maipú”, rol n.º 5798-2022, considerando noveno.

eventual”⁵¹⁰. La igualdad establecida entre lucro cesante y pérdida de la oportunidad en esta decisión refleja una falta de claridad a la hora de diferenciar entre dos figuras que exigen marcos probatorios y conceptuales claramente distintos. Tal aproximación puede diluir la autonomía de la pérdida de oportunidad como categoría jurídica.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante constituyen figuras conceptualmente distintas y no pueden ser confundidas. No obstante, este análisis no agota la riqueza de su naturaleza jurídica. Resta aún indagar sobre su posible relación con otras formas de daño, en particular el daño moral, cuestión que abordaré en las reflexiones que siguen.

3. Daño moral y pérdida de la chance

3.1. Posición doctrinaria a favor

Hay una postura — especialmente desarrollada en el extranjero— que sostiene que las oportunidades, incluso cuando el beneficio que se pretende obtener es de naturaleza material, integran la esfera extrapatrimonial del sujeto⁵¹¹. En este sentido, las chances se inscriben en el ámbito personal y espiritual, y no constituyen una entidad económica autónoma. Desde esta perspectiva, la pérdida de una oportunidad se concibe como un daño moral⁵¹².

Se ha argumentado, además, que la frustración de una oportunidad genera un cambio en el estado anímico de la persona, alterando negativamente su espíritu y causando una lesión a un interés extrapatrimonial⁵¹³. Como ejemplo, se ha argumentado que este tipo de daño nos colocaría en una situación distinta, afectando a nuestra estabilidad emocional y espiritual, lo que justificaría su integración en el concepto de daño moral.

⁵¹⁰ CS Chile, 13/01/2023, “Centro de Salud Visual RR Ltda. con Centro de Referencia de Salud de Maipú”, rol n.º 5798-2022.

⁵¹¹ De Rosa (2004).

⁵¹² Medina Alcoz (2007), p. 383. Según el autor, esta tesis también ha sido empleada por el TEDH, en caso Eckle (sentencia 21/06/1983) y caso Gruais y Busquet (sentencia 10/01/2006). También ver: Chumbita (2000).

⁵¹³ Chumbita (2000); Martínez Simón (2019), p. 77-78.

Esta posición también defiende que, si se admite la naturaleza autónoma de la pérdida de la oportunidad como daño, podría generarse una doble reparación: por un lado, por la pérdida de la chance; por otro, por el daño moral derivado de esa misma situación. Sin embargo, permitir tal duplicidad vulneraría el principio *non bis in idem*, que prohíbe indemnizar dos veces por un mismo perjuicio⁵¹⁴.

En Chile, esta postura ha encontrado cierto eco en la jurisprudencia. En un caso particular, una paciente sufrió negligencia médica tras ser picada por una araña. La omisión de los tratamientos adecuados le impidió recuperarse más rápidamente y con menos secuelas, configurándose una pérdida de oportunidad⁵¹⁵. Aunque no se podía garantizar un resultado favorable, la falta de atención médica frustró sus expectativas legítimas, lo que fue interpretado como un daño moral causado por dicha privación.

En este contexto, aunque se analiza la pérdida de la oportunidad, se examina dentro de un marco de perjuicio extrapatrimonial, integrándola en el daño moral. Es decir, la pérdida de la chance no se reconoce como una categoría autónoma, sino que queda subsumida dentro del daño moral, negándosele independencia conceptual y jurídica⁵¹⁶.

Esta teoría responde en parte a la crítica dirigida a concebir la pérdida de la oportunidad como un daño patrimonial. Se argumenta que esta perspectiva se basa en un «artificio», ya que considera la oportunidad como una entidad económica preexistente en el patrimonio de la víctima⁵¹⁷. Sin embargo, existen sólidos argumentos para descartar

⁵¹⁴ Chumbita (2000); Martínez Simón (2019), p. 77-78.

⁵¹⁵ CS Chile, 08/08/2017, “Paula Morales Cancino con Hospital Regional de Talca”, rol n.º 97628-2016, considerando décimo séptimo: “Cuanto al daño moral (...) Lo cierto es que el precepto hace factible distinguir entre diversos tipos de perjuicio moral, cada uno de los cuales susceptible de reparación (...). Existe una tercera perspectiva, que tiene que ver con las expectativas reales del normal tratamiento médico (...) Por otra parte, a eso se añade la probada circunstancia de no haberse sometido a la paciente a los exámenes reconocidamente pertinentes ante la picadura de la araña ni habersele suministrado, en su impostergable momento, las medicinas que la práctica y usanza cotidianas aconsejaban, contribuyendo, de esa manera, a un agravamiento progresivo, durante los días de manifiesta inacción de parte del nosocomio, de la herida cuya necrosis obligó a las intervenciones que se prolongaron por semanas, dejando las secuelas conocidas. Ella estuvo en perfecta posibilidad de una pronta sanación; era su normal expectativa; lo ocurrido en el Hospital la privó de aquello. Nada impedía ni actualmente se opone a concebir un desenlace diverso y más favorable para la enferma, si las cosas se hubieran atendido a lo ordinario. Todo hace pensar que pudo haberse evitado el agravamiento de la herida necrosada -más allá de lo que la mujer previera como inevitable, conforme a las informaciones disponibles- al tiempo que pudo haberse acortado el tiempo durante el que se la mantuvo pendiente de su recuperación e impedida de su normal acontecimiento (...) Lo anterior implica la pérdida de una oportunidad, de la chance de haber salido mucho antes del calvario y con una secuela estética de menor envergadura, lo que tiene un valor que también debe de ser indemnizado.”

⁵¹⁶ CS Chile, 08/08/2017, “Paula Morales Cancino con Hospital Regional de Talca”, rol n.º 97628-2016. En lo resolutivo, se indemniza por concepto de daño moral, por \$5.000.000, integrando dentro de ese monto el rubro de la pérdida de la chance.

⁵¹⁷ Medina Alcoz (2007), p. 392.

que la pérdida de la oportunidad deba tratarse exclusivamente como un daño moral, ya que su esencia y efectos van más allá de una simple afectación extrapatrimonial.

3.2. Posición en contra de la pérdida de la chance como daño moral

En primer lugar, resulta complejo sostener que toda pérdida de oportunidad pueda ser considerada como un daño moral, especialmente cuando el interés comprometido es de índole patrimonial. A modo ilustrativo, cabe ponderar la frustración de un negocio que prometía réditos económicos. ¿Podría afirmarse que dicha pérdida constituye un daño extrapatrimonial? La respuesta parece negativa. En este tipo de casos, la naturaleza patrimonial de la expectativa frustrada exige un abordaje distinto, que no puede ser englobado en la categoría del daño moral.

En segundo lugar, vincular la pérdida de la chance al daño moral conlleva limitaciones procesales, particularmente en lo que respecta a la legitimación activa para reclamarlo. A pesar de los avances introducidos por el CCyC argentino de 2015, que eliminó ciertas restricciones para demandar en sede contractual y amplió los supuestos de legitimación, persisten algunos límites. Por ejemplo, la norma solo permite a los damnificados indirectos reclamar por daño extrapatrimonial en dos casos: cuando la víctima directa fallece o sufre una «gran discapacidad»⁵¹⁸.

La referencia a la «gran discapacidad» introduce una interpretación judicial inevitablemente casuística, lo que puede restringir aún más el alcance de la legitimación⁵¹⁹. Además, aunque el marco normativo amplió los sujetos legitimados, sigue circunscrito a ascendientes, descendientes, cónyuges y convivientes con trato familiar ostensible. Otros familiares, como los hermanos, solo podrían reclamar en circunstancias excepcionales, como en el caso de acreditar la pérdida de una prestación alimentaria derivada del fallecimiento del causante. Así, por ejemplo, se ha reconocido que pueden resultar damnificados por pérdida de la chance los hermanos legítimos de la víctima si hubiesen establecido la pérdida de la prestación alimentaria que habrían recibido durante la vía del difunto, o la justificación por la modestia de su condición⁵²⁰.

⁵¹⁸ Artículo 1741, CCyC argentino.

⁵¹⁹ Herrera et al. (2015), p. 454.

⁵²⁰ Rinessi y Rey de Rinessi (2008), p. 235.

Si la pérdida de la oportunidad se limitara exclusivamente al ámbito del daño moral, casos como estos no podrían ser objeto de reparación, dejando sin resarcimiento situaciones que claramente exceden lo puramente extrapatrimonial.

Por otro lado, se plantea una barrera adicional al intentar establecer una vinculación entre la pérdida de la chance y el daño moral, específicamente, la imposibilidad de que las personas jurídicas reclamen por este concepto⁵²¹. La Corte Suprema de la Nación argentina ha sido categórica al sostener que las personas jurídicas carecen de subjetividad para experimentar alteraciones emocionales o espirituales⁵²². El fundamento radica en que las personas jurídicas carecen de subjetividad y, por ende, no son susceptibles de experimentar daño moral⁵²³. Esta exclusión reafirma la necesidad de reconocer que la pérdida de la chance puede implicar otros tipos de daño, especialmente cuando se relaciona con intereses patrimoniales o jurídicamente protegidos.

Otra crítica a esta posición se centra en la instrumentalización del daño moral como un medio para compensar la pérdida de oportunidades, sin necesidad de tener que cumplir con estrictos requisitos. En este sentido, se señala que:

“se acusa un aprovechamiento y ductilidad del daño moral, así como de su carácter borroso y expansivo, para incorporar a la pérdida de las oportunidades dentro de esta partida, y así eludir la regla tradicional de la indivisibilidad causal y exigencias típicas de la pérdida de la oportunidad”⁵²⁴.

A raíz de todo lo anterior, esta tesis no ha tenido una amplia aceptación, en parte debido al carácter restrictivo del resarcimiento del daño moral en muchos países, como Italia, donde está sujeto a condicionamientos legales específicos⁵²⁵. Aunque algunos órganos judiciales en España han mostrado cierta inclinación por esta teoría⁵²⁶, en Argentina no cuenta con gran respaldo en la doctrina ni en la jurisprudencia. Sin embargo, esto no implica que la pérdida de la chance sea considerada exclusivamente patrimonial.

⁵²¹ Martínez Simón (2019), p. 79.

⁵²² CSJN, 22/03/1990, “Kasdorf S.A. c./ Jujuy, Provincia de y otros”, 313:284; CSJN, 18/09/1990, “Brumeco S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”; CSJN, 03/11/1992, “De la Mata, Manuel Horacio y otro c./ Gas del Estado y otros s/ daños y perjuicios”, 315:2607; C. Nac. Civ. y Com., sala E, 29/09/2005, “IPH S.A. c./ Bank Boston National Association”; C. Nac. Civ. Com., sala D, 10/06/2008, “Lo Schiavo y Bevilaqua SA c./ Hexagon Bank Argentina S.A.”, ED Digital, cita online: ED-DCCXCIV-800.

⁵²³ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 199.

⁵²⁴ Medina Alcoz (2007), p. 395; Vicente Domingo (2014), p. 247.

⁵²⁵ Bocchiola (1976), p. 95.

⁵²⁶ Medina Alcoz (2007), p. 383. Señala el autor, que una parte importante de la jurisprudencia ha recepcionado esta posición, a pesar de que la doctrina española en general, no lo comparte.

En determinados casos, especialmente cuando se acreditan lesiones a intereses extrapatrimoniales, podría justificarse una reparación por pérdida de chance.

3.3. Teoría de la comunicabilidad

Una tercera posición doctrinal amplía el espectro del debate al postular que la pérdida de una oportunidad puede encuadrarse dentro de la esfera patrimonial y la extrapatrimonial⁵²⁷. Esta postura reconoce que la pérdida de oportunidades trasciende el ámbito patrimonial, incluyendo dimensiones más amplias, como la frustración de expectativas legítimas vinculadas a los derechos personalísimos de la víctima⁵²⁸. Aun así, no debería limitarse únicamente a lo extrapatrimonial⁵²⁹.

La determinación absoluta de si la pérdida de oportunidades pertenece a una de estas dos categorías resulta inútil. Tradicionalmente, se ha circunscrito la chance al daño patrimonial; sin embargo, es evidente que ciertas frustraciones de oportunidades disminuyen la calidad de vida, privan de placeres y satisfacciones, e incluso afectan la tranquilidad espiritual del individuo⁵³⁰. Como ha señalado la doctrina, “hay hipótesis donde se mutilan *perspectivas existenciales* de la víctima, que ostentan serios grados de probabilidad”⁵³¹. En estos casos, la frustración de la oportunidad no solo constituye un daño injusto, sino que es plenamente resarcible⁵³².

Este análisis resulta convincente, ya que sostener que la pérdida de la oportunidad es inherentemente económica implicaría considerar como patrimonial un daño que puede ocasionar perjuicios de diversa índole⁵³³, como el daño estético, el daño a la vida de relación o el daño a la intimidad⁵³⁴.

⁵²⁷ Barahona Venegas (2022), p. 33. En el mismo sentido, Galdós (2015), p. 484; Pizarro (2021), p. 160; Zavala De González (2009), p. 382; Galdós (2015), p. 485; Jalil (2020b), p. 23; Hersalis (2020b), p. 17; Nieto (2018), p. 53;

⁵²⁸ Pizarro (2021), p. 160.

⁵²⁹ Barahona Venegas (2022), p. 33. En el mismo sentido: Galdós (2015), p. 484; Pizarro (2021), p. 160; Zavala De González (2009), p. 382.

⁵³⁰ Parellada (2018), p. 191.

⁵³¹ Zavala De González (2009), p. 374.

⁵³² Zavala De González (2009), p. 374.

⁵³³ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 139.

⁵³⁴ Parellada (2018), p. 191. En el mismo sentido: Mosset Iturraspe y Piedecabras (2016), p. 132.

No obstante, restringir la indemnización de la pérdida de oportunidad exclusivamente al ámbito extrapatrimonial sería igualmente simplista. La calificación del daño y, en consecuencia, su forma de resarcirse, depende inevitablemente del interés afectado. Resulta lógico sostener que “el daño es la lesión a unos intereses jurídicos, patrimoniales o extrapatrimoniales. Va de suyo, entonces, que será patrimonial o moral en atención al interés afectado”⁵³⁵.

En consecuencia, la determinación de la indemnización por la pérdida de una oportunidad debe estar estrechamente vinculada a la naturaleza del interés afectado, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con la frustración de la posibilidad de satisfacción⁵³⁶. En otras palabras, la distinción entre un daño patrimonial y uno extrapatrimonial se fundamenta en la naturaleza del beneficio o ganancia que se esperaba obtener⁵³⁷.

Por ejemplo, en la pérdida de oportunidad procesal, lo que se indemniza no es la ventaja que se habría obtenido a través de una sentencia favorable, sino la pérdida de la oportunidad en sí. El carácter moral o patrimonial del daño dependerá de la pretensión afectada: si dicha pretensión está vinculada a derechos o intereses no patrimoniales, como el derecho a la integridad o la dignidad, la pérdida de la chance generará un daño moral; en cambio, si la pretensión tiene una naturaleza patrimonial, como un derecho económico, la indemnización se configurará como un daño patrimonial⁵³⁸.

Esta teoría ha sido reconocida por la jurisprudencia argentina, que admite que de la pérdida de una oportunidad pueden derivarse tanto daños patrimoniales como morales⁵³⁹. En el ámbito de la responsabilidad civil médica, por ejemplo, se ha reconocido que la pérdida de la chance disminuye las posibilidades de curación, recuperación o incluso de sobrevivir con menores secuelas⁵⁴⁰. Aunque estos casos pueden tener una repercusión económica, no se limitan exclusivamente al ámbito patrimonial, pues también afectan aspectos esenciales del bienestar personal. En este escenario, se propone la

⁵³⁵ Gesualdi (2017), p. 202. En este sentido también se pronuncia Pizarro (2021), pp. 35-37.

⁵³⁶ Naveira Zarra (2006), p. 67; Medina Alcoz (2007), p. 367.

⁵³⁷ Vicente Domingo (2014), p. 233; Medina Alcoz (2007), p. 365.

⁵³⁸ Crespo Mora (2006), p. 274.

⁵³⁹ A modo de ejemplo, ver: C. de Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 03/11/2015, “G., M. B. y otro c./ G., J.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/58836/2015; C. de Apel. Civ. Com. Lab. y Minería de Neuquén, sala III, 03/04/2018, “M., C. G. c./ Consejo Provincial de Educación”, RCyS 2018-IX, p. 199; C. Nac. Apel. Com., sala D, 17/05/2022, “B., M. P. y otro c. Matercell S.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/60022/2022, entre otras.

⁵⁴⁰ Kemelmajer de Carlucci (2003), p. 261.

consideración de la pérdida de la chance como un «beneficio sin calificación»⁵⁴¹ en lugar de una mera desestimación económica.

En una línea similar, la jurisprudencia chilena ha comenzado a reconocer, al menos en teoría, la indemnización por la pérdida de oportunidades en el ámbito extrapatrimonial⁵⁴², particularmente en casos de responsabilidad civil médica⁵⁴³.

En esa línea, cabe afirmar que existen supuestos en los que se mutilan posibilidades fundamentales con una probabilidad suficientemente fundada⁵⁴⁴. La frustración de esa oportunidad conlleva un perjuicio resarcible que trasciende lo estrictamente patrimonial. No se trata solo de números: también se pierden oportunidades afectivas y espirituales que afectan directamente a la calidad de vida y el equilibrio interior de la persona⁵⁴⁵. El derecho, compelido a la reparación integral, no puede pasar por alto un perjuicio de tal magnitud.

Este reconocimiento amplía el espectro del daño moral, al incluir aquellos perjuicios que, si bien no se traducen en una pérdida económica, afectan la realización personal y la capacidad de disfrute de la vida. Reconocer la pérdida de estas oportunidades permite una reparación adecuada que refleje la magnitud del perjuicio sufrido⁵⁴⁶.

No obstante, dado que resulta insostenible encasillar la pérdida de la chance en una única categoría, surge una postura que afirma que la chance constituye un daño autónomo, independiente de las tradicionales clasificaciones entre patrimonial y extrapatrimonial. Este reconocimiento permite abordar su análisis desde una perspectiva independiente, lo que desarrollaré en el apartado siguiente. Empero, considerando la similitud que algunos autores han denunciado entre la pérdida de la chance y el concepto de proyecto de vida, se torna imperativo detenerse brevemente en esta distinción antes de avanzar. Comprender las diferencias entre ambas figuras resulta fundamental para evitar imprecisiones conceptuales y delimitar con claridad el ámbito de aplicación de cada una.

⁵⁴¹ Parellada (2018), p. 194.

⁵⁴² Mejías (2019).

⁵⁴³ CA Stgo, 19/07/2023, “Pérez con Servicio de Salud Atacama”, rol n.º 62-2023, que confirma la sentencia de primera instancia de 3º Juzgado de Letras de Copiapó, 11/01/2023.

⁵⁴⁴ Zavala de González (2009), p. 373.

⁵⁴⁵ Pizarro (2021), p. 160.

⁵⁴⁶ Pizarro (2021), pp. 161-162.

4. Breve referencia a la diferencia entre el proyecto de vida y la pérdida de la chance

La pérdida de la chance y el daño al proyecto de vida son conceptos que, si bien comparten ciertos puntos de contacto, operan en dimensiones diferentes⁵⁴⁷. Ambas figuras parten de la frustración de expectativas y la interrupción de posibilidades de realización personal⁵⁴⁸. No obstante, mientras que la pérdida de la chance se restringe a la privación de una oportunidad concreta y específica, el daño al proyecto de vida abarca el propósito global que el individuo ha delineado para su existencia. Este último se encuentra intrínsecamente vinculado con la realización personal y la libertad de elección, elementos que resultan esenciales para el pleno desarrollo y culminación de la vida de un individuo, pues, como señala Kemelmajer “difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”⁵⁴⁹.

Algunos autores han señalado que el proyecto de vida puede considerarse una “expresión personal de la pérdida de chance”⁵⁵⁰, lo que sugiere una relación de género y especie entre ambos conceptos⁵⁵¹. En este sentido, se configura el daño al proyecto de vida cuando se interrumpe una oportunidad razonable de realización personal y cuando dicha interferencia guarda un nexo causal adecuado con el hecho lesivo⁵⁵².

En contraste, Galdós⁵⁵³ —en una posición minoritaria— sostiene que el daño al proyecto de vida, en términos generales, se encuentra subsumido dentro del resarcimiento por daño patrimonial derivado de una incapacidad permanente, sea física o psíquica, y, en ciertos casos, dentro de la pérdida de oportunidades, particularmente aquellas vinculadas a ascensos o progresos laborales⁵⁵⁴. Sin embargo, considero que esta perspectiva resulta excesivamente reduccionista, especialmente al tomar en cuenta la

⁵⁴⁷ Rinessi y Rey de Rinessi (2008), p. 231-232.

⁵⁴⁸ Rinessi y Rey de Rinessi (2008), p. 231.

⁵⁴⁹ Kemelmajer de Carlucci (2013), p. 1231.

⁵⁵⁰ Werlen (2015), p. 22.

⁵⁵¹ Fernández Sessarego (1999), p. 42.

⁵⁵² Werlen (2015), p. 29.

⁵⁵³ Galdós (2021), p. 275.

⁵⁵⁴ Galdós (2021), p. 275. Reconoce que el proyecto de vida puede identificarse como un daño conceptualmente autónomo cuando se ve afectado un proyecto vital significativo; sin embargo, no lo considera un daño resarcitoriamente independiente, ya que su reparación queda integrada dentro de otras categorías, según las circunstancias del caso.

amplitud del concepto de proyecto de vida y las múltiples dimensiones que se ha reconocido que abarca.

La CIDH en el *leading case* “Loayza Tamayo”, describió el daño al proyecto de vida como la pérdida o grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, irreparable o de muy difícil reparación. Este se caracteriza por su impacto en la existencia misma de la persona, a través de factores injustos o arbitrarios que vulneran tanto la confianza depositada en el poder público como los derechos e intereses legítimos del individuo⁵⁵⁵. También ha sido reconocido en otros fallos de la corte⁵⁵⁶, subrayando que “permite a la persona fijarse, de manera razonable, determinadas perspectivas u opciones a futuro, e intentar acceder a ellas”⁵⁵⁷. En este marco, el proyecto de vida encuentra su esencia en la existencia de oportunidades concretas que estructuran la trayectoria vital.

Pero a pesar de esta conexión conceptual, las diferencias entre ambas figuras son evidentes, tanto en su naturaleza como en sus consecuencias. El proyecto de vida compromete la libertad esencial del individuo para determinar su rumbo existencial y su destino⁵⁵⁸, aquello que “la persona decide hacer con el don de la vida”⁵⁵⁹. En contraste, la pérdida de la chance se restringe a oportunidades específicas y claramente definidas, sin comprometer el destino global del individuo.

Pizarro describe con precisión esta distinción al señalar que:

“El daño al proyecto de vida constituye una categoría de perjuicio que interfiere, en diversos grados, con el plan de vida del individuo, impidiéndole así desarrollar plenamente su personalidad. Este tipo de daño incide directamente en la forma en que cada persona ha decidido vivir su vida, afectando la libertad esencial de determinar nuestro propio rumbo existencial, de ser auténticos y no vivir de manera alterada por la influencia de terceros”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ CIDH, 27/11/1998, “Loayza Tamayo v. Perú”, n.º 50, p. 30.

⁵⁵⁶ CIDH, 04/09/2024, “Pérez Lucas y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”: “181. En concordancia con la jurisprudencia sobre la materia, la Corte entiende que el proyecto de vida incluye la realización integral de cada persona y se expresa, según corresponda, en sus expectativas y opciones de desarrollo personal, familiar y profesional, en consideración a sus circunstancias, sus potencialidades, sus aspiraciones, sus aptitudes y su vocación. Todo ello permite a la persona fijarse, de manera razonable, determinadas perspectivas u opciones a futuro, e intentar acceder a estas”.

⁵⁵⁷ CIDH, 04/09/2024, “Pérez Lucas y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”.

⁵⁵⁸ Zavala De González (2009), p. 376.

⁵⁵⁹ Parellada (2018), p. 173.

⁵⁶⁰ Pizarro (2021), p. 88.

En consecuencia, la diferencia fundamental entre ambas figuras radica, entonces, en su alcance. Mientras que el proyecto de vida tiene un carácter holístico y afecta las dimensiones más profundas de la existencia del individuo, la pérdida de la chance se limita a una oportunidad concreta⁵⁶¹. Aunque todo proyecto implica una serie de decisiones y posibilidades⁵⁶², “ninguna chance es suficiente, por sí sola, para configurar un proyecto de vida”⁵⁶³. El proyecto de vida, por su naturaleza, se proyecta hacia el futuro de manera integral y permanente⁵⁶⁴; mientras que la chance, al ser específica, se relaciona con situaciones puntuales⁵⁶⁵, que no tienen la capacidad de estructurar la vida del afectado en su totalidad.

Desde esta perspectiva, la mutilación de proyectos vitales no solo conlleva una exclusiva frustración de chances⁵⁶⁶, sino que un daño tangible – existe un cese efectivo del proyecto de vida⁵⁶⁷ —, pues, “casi siempre, ese proyecto ya se estaba gestando y desarrollando en el discurrir del afectado sobre una base objetiva y, además, con afianzadas perspectivas de continuidad”⁵⁶⁸.

Por otro lado, el proyecto de vida, al ser más extenso, puede ser complementado o sustituido por otras opciones alternativas⁵⁶⁹, como lo ha destacado el juez Carlos Vicente De Roux Rengifo, en su voto de disidencia:

“Al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización”⁵⁷⁰.

En cambio, la oportunidad, al ser concreta y acotada, se proyecta como limitada y claramente determinable⁵⁷¹. Esta especificidad permite identificarla y delimitarla con

⁵⁶¹ Zavala De González y González Zavala (2008), p. 146.

⁵⁶² Burgos (2012), p. 242.

⁵⁶³ Burgos (2012), p. 242.

⁵⁶⁴ Zavala De González (2009), p. 376.

⁵⁶⁵ Zavala De González (2009), p. 376.

⁵⁶⁶ Zavala De González y González Zavala (2008), p. 146.

⁵⁶⁷ Zavala De González y González Zavala (2008), p. 161.

⁵⁶⁸ Zavala De González y González Zavala (2008), p. 146.

⁵⁶⁹ Burgos (2012), p. 243.

⁵⁷⁰ CIDH, 27/11/1998, “Loayza Tamayo v. Perú”, voto de disidencia del juez Carlos Vicente De Roux Rengifo.

⁵⁷¹ Burgos (2012), p. 243.

precisión, evitando así posibles confusiones que podrían conducir a una doble indemnización por el mismo daño.

A pesar de que la doctrina contemporánea reconoce la existencia de una serie de supuestos figurativos de pérdida de chance de índole espiritual⁵⁷², tales como la disminución de la capacidad para mantener relaciones sociales, desarrollar actividades intelectuales o deportivas⁵⁷³, resulta imperativo determinar en cada caso si el perjuicio sufrido corresponde a una frustración concreta de una chance o si, en realidad, lo vulnerado es el proyecto de vida en su totalidad.

En última instancia, se concluye que “las discrepancias entre el daño por pérdida de chance y el daño al proyecto de vida son de naturaleza ontológica”⁵⁷⁴, lo que implica que no se trata de etapas de un mismo daño, sino de conceptos autónomos con implicaciones específicas en el ámbito de la responsabilidad civil.

5. Pérdida de la chance, un daño autónomo

5.1. Planteamiento del problema

Para iniciar este análisis, resulta imprescindible reafirmar que la pérdida de la oportunidad constituye un daño independiente y claramente distinto del resultado final que podría haberse alcanzado. Esta premisa permite vislumbrar indicios de su autonomía: lo que se indemniza no es la frustración del resultado esperado, sino su privación concreta, seria y razonable de éxito.

Este carácter autónomo encuentra su fundamento en el criterio de causalidad que debe aplicarse. Para que la oportunidad perdida sea indemnizable, es indispensable acreditar una relación de causalidad adecuada entre el hecho negligente y la pérdida de la chance. Este análisis debe realizarse sin que interfiera la incertidumbre inherente a la relación causal entre la negligencia y el resultado final esperado. En otras palabras, la

⁵⁷² Pizarro y Vallespinos (2024), p. 155.

⁵⁷³ Pizarro y Vallespinos (2024), pp. 155-156.

⁵⁷⁴ Burgos (2012), p. 241.

indemnización por la pérdida de la chance no depende de la certeza sobre el beneficio final, sino de la privación concreta de la posibilidad de obtenerlo.

No obstante, aunque este razonamiento es fundamental, el análisis acerca de su autonomía, no se agota ahí. Reconocer la independencia de la chance respecto del resultado final es solo el punto de partida. Pero otra cuestión distinta radica en determinar cuál es su naturaleza jurídica: ¿Debe considerarse como un daño patrimonial, vinculado a intereses económicos, o como un daño extrapatrimonial, relacionado con aspectos espirituales o personales de la víctima?

Hasta ahora, he descartado la idea de que la pérdida de la chance pueda ser considerada exclusivamente como un daño patrimonial o extrapatrimonial. Por el contrario, dependiendo del caso concreto, la pérdida de la chance puede generar perjuicios que afectan, indistintamente, intereses patrimoniales o extrapatrimoniales. Todo dependerá del interés específico que se vea lesionado.

Sin embargo, esta conclusión tampoco resuelve plenamente el problema. La cuestión principal sigue abierta: ¿es posible concebir a la pérdida de la chance como una categoría de daño que, por su naturaleza, trascienda la tradicional clasificación entre daño patrimonial y extrapatrimonial? Algunos autores han sugerido la incorporación de nuevas categorías de daño, aunque sus propuestas presentan un alcance conceptual y terminológico que aún carece de uniformidad⁵⁷⁵.

Esta problemática invita a replantear la noción misma de daño, tanto desde una perspectiva ontológica como funcional⁵⁷⁶. La tradicional clasificación bipartita entre daño patrimonial y extrapatrimonial parece haber alcanzado sus límites, mostrando insuficiencias para abarcar los innumerables supuestos que exigen reparación⁵⁷⁷.

La respuesta a esta cuestión no solo permitirá comprender mejor el alcance de la pérdida de la chance, sino que también ayudará a precisar su lugar dentro del sistema de responsabilidad civil. Solo mediante un análisis claro y estructurado será posible determinar si esta figura merece un tratamiento diferenciado y cuáles son los fundamentos que justifican su autonomía jurídica.

⁵⁷⁵ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 141.

⁵⁷⁶ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 141.

⁵⁷⁷ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 141.

5.2. ¿Puede reconocerse un rubro indemnizatorio autónomo?

La normativa argentina es clara en que el perjuicio resarcible puede clasificarse como patrimonial o extrapatrimonial, sin admitir ninguna otra categoría⁵⁷⁸. Como señala Pizarro, este esquema no deja margen para interpretaciones que pretendan introducir nuevas categorías de daño sin fundamento normativo: “deben descartarse, por carecer de bases normativas, pretendidas nuevas categorías autónomas de daños, cuya formulación (y supuesta utilidad) solo puede ser concebida a partir de serios desenfocos del concepto de daño patrimonial y moral”⁵⁷⁹.

Este marco conceptual exige cautela ante cualquier intento de ampliación en la clasificación de los daños, evitando desnaturalizar los principios que estructuran el sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, es necesario reflexionar sobre cómo un mismo daño puede generar simultáneamente perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Pareciera ser, que, como ha sostenido la doctrina, “todos esos supuestos daños autónomos a la distinción entre daño patrimonial y moral son consecuencia de confundir, una vez más, el daño fáctico (o daño-evento) con las consecuencias resarcibles”⁵⁸⁰.

El CCyC establece una diferencia clara entre el concepto de daño, en su sentido material, articulado en su artículo 1737, y las consecuencias resarcibles, que se derivan del perjuicio base, descritos en el artículo 1738⁵⁸¹. En términos sencillo, mientras el daño corresponde al menoscabo efectivamente producido por el agente, la consecuencia resarcible se refiere, en definitiva, al objeto que se repara por el derecho. es la consecuencia indemnizable del mismo.

En este sentido, creo que la pérdida de oportunidad constituye un daño en sí mismo, y no meramente una consecuencia indemnizable. Este perjuicio autónomo genera distintas consecuencias resarcibles, las cuales pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales⁵⁸², dependiendo de la naturaleza del interés vulnerado en cada caso⁵⁸³. En palabras de Sáenz:

⁵⁷⁸ Nisnevich (2020), p. 51.

⁵⁷⁹ Pizarro y Vallespinos (2024), p. 144.

⁵⁸⁰ Picasso y Sáenz (2019), p. 425.

⁵⁸¹ Picasso y Sáenz (2019), p. 425.

⁵⁸² Galdós (2015), p. 484; Gesualdi (2017), p. 205.

⁵⁸³ Picasso y Sáenz (2019), p. 425.

“Podemos darle un ámbito propio al conocido daño por pérdida de chance, que no constituye una consecuencia resarcible más del hecho ilícito, sino el daño propiamente dicho, del cual surgirá la afectación de los distintos intereses cuyo resarcimiento se persigue. La propugnada autonomía del daño por pérdida de la oportunidad, entonces, no queda determinada por tratarse de un *tertius genius* entre el perjuicio patrimonial y el moral, sino como un supuesto particular de daño desde el punto de vista material”⁵⁸⁴.

Un ejemplo esclarecedor es la pérdida de chance de ayuda futura. A pesar de que este daño se manifiesta, en términos generales, como una consecuencia de carácter patrimonial, no se limita a una simple disminución económica derivada de la ausencia de aportes esperados. Como ha señalado la jurisprudencia argentina, “la pérdida del hijo menor debe ser considerada como la frustración de una probabilidad ulterior, de ayuda material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético”⁵⁸⁵.

En efecto, el análisis jurisprudencial ha reconocido que la pérdida de ayuda futura no solo impacta en términos económicos, sino que también supone la privación de asistencia emocional y apoyo práctico, elementos que adquieren especial relevancia en la vejez de los progenitores. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que “de ordinario los hijos devuelven los esfuerzos y los cariños que los progenitores les brindan en la minoridad con una positiva ayuda y sostén a la hora de la vejez de aquellos”⁵⁸⁶. Esta asistencia se puede traducir en “concretos apoyos, tanto en el orden económico, personal de asistencia, de cuidado y de consejos en el futuro de los padres”⁵⁸⁷. En el mismo sentido, Muller ha sostenido que:

“No se manifiesta justa la limitación de la esperanza de ayuda futura a aspectos de índole puramente material, o dicho, de otro modo, la estimación que se haga a

⁵⁸⁴ Sáenz (2014), p. 9.

⁵⁸⁵ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627. En el mismo sentido, en CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595; se señala que la indemnización del daño derivado de la pérdida de la vida de un niño de corta edad y aún en el caso del nasciturus no implica reconocer un mero acto de especulación de los progenitores cuando vuelcan sus esfuerzos y gastos en la crianza y educación de sus hijos, del mismo modo que no los guía a estos afán de lucro alguno cuando, conforme al curso natural de la vida y acorde con los lazos de solidaridad familiar, prestan a sus padres la indispensable ayuda moral y física que demanda la ancianidad, y que – cómo tal – representa también un perjuicio económico cuantificable, ya que, de lo contrario, debería ser suplida por otros.

⁵⁸⁶ C. Civ. Com. y Trabajo del Venado Tuerto, 25/10/1999, “B., N. y otros c./ Padula, José L. y otro”, LL Litoral, 2000, p. 539.

⁵⁸⁷ C. Civ. Com. y Trabajo del Venado Tuerto, 25/10/1999, “B., N. y otros c./ Padula, José L. y otro”, LL Litoral, 2000, p. 539.

tal fin no puede agotarse en la consideración de los aportes económicos que era capaz de producir en vida el hijo fallecido. La valoración efectuada debe incluir las contribuciones de apoyo efectivo y asistencial que este podía potencialmente aportar”⁵⁸⁸.

El reconocimiento legislativo de la pérdida de la oportunidad en Argentina constituye un avance que recoge décadas de construcción jurisprudencial. El artículo 1738 menciona expresamente la pérdida de chance como uno de los ítems indemnizatorios pero, en principio, pareciera que la coloca al mismo nivel que otras categorías tradicionales de daño patrimonial, a saber, el daño emergente y el lucro cesante. Por el contrario, la pérdida de una chance “constituye un daño autónomo y distinto de las dos clasificaciones anteriormente mencionadas, y dicha independencia conceptual resulta muy importante para poder determinar cuándo nos encontramos ante un caso u otro”⁵⁸⁹.

Aunque es encomiable que el legislador haya incorporado esta figura, habría sido preferible una claridad didáctica mediante su reconocimiento con autonomía conceptual. Un tratamiento normativo más preciso, ya sea mediante un artículo independiente o una redacción diferenciada dentro del artículo 1737, habría permitido consolidar su carácter autónomo sin confundirla con otras categorías tradicionales de perjuicio resarcible.

Esta distinción es primordial. Lo que acabo de señalar, implica que, al existir una pérdida de chance, se configura un menoscabo intrínseco del cual se desprenden consecuencias resarcibles que pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, dependiendo de la naturaleza del interés afectado⁵⁹⁰.

En el ámbito de la responsabilidad médica, la negligencia en la atención de una patología con probabilidad de éxito terapéutico y su consiguiente fallecimiento sirven para ilustrar este punto. En esta tesitura, la pérdida de oportunidad se erige como un daño en sí mismo para los damnificados. Esta chance representa intereses tanto patrimoniales, como la continuidad de los aportes económicos que proporcionaba la víctima, como espirituales, por la privación de la presencia de un cónyuge o progenitor en la vida de los familiares afectados. Por ello, la privación de ese porcentaje de posibilidades genera un

⁵⁸⁸ Muller (2008), p. 192.

⁵⁸⁹ Sáenz (2013), p. 122.

⁵⁹⁰ Sáenz (2015). En el mismo sentido: Picasso y Sáenz (2015), Espinoza Espinoza (2007), Gesualdi (2017).

daño indemnizable que abarca ambas esferas, patrimonial y extrapatrimonial⁵⁹¹. En todo caso, esta caracterización de la chance no sucede solo en el ámbito médico, sino que “puede extenderse a todos los casos en los cuales se encuentra involucrada una pérdida de chance”⁵⁹².

Por consiguiente, no es suficiente con demostrar la existencia de una pérdida de oportunidad, sino que es imperativo evidenciar el perjuicio que deriva de dicha pérdida, el cual puede manifestarse tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial⁵⁹³.

Lo anterior subraya la necesidad de analizar la pérdida de chance no solo en sus consecuencias indemnizables, sino también en su impacto más amplio. Su verdadera naturaleza radica en ser un daño autónomo, caracterizado por la privación de una expectativa legítima con un grado razonable de probabilidad. En cada caso, la indemnización deberá considerar tanto la dimensión patrimonial como la extrapatrimonial del perjuicio, garantizando así una reparación integral acorde con los principios generales de la responsabilidad civil. En otras palabras, “la pérdida de chance acarrea un perjuicio distinto del resultado final perseguido, capaz de generar todas las modalidades clásicas de daño reconocidas por la ley”⁵⁹⁴.

Esta postura doctrinal respecto de la autonomía de la pérdida de chance ha sido recogida por la jurisprudencia de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina⁵⁹⁵:

“La pérdida de chance es un perjuicio autónomo, constituido por el daño ocasionado a la víctima por la frustración de la posibilidad actual y cierta de que un acontecimiento futuro se produzca, sin que se pueda saber con certeza si, de no

⁵⁹¹ C. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 01/02/2012, “Matilde, Hilda G. y otros c./ Loza Felipe y otros”, RCyS, 2012-IV, p. 155. En el mismo sentido: C. Nac. Civ., sala A, 18/05/2020, “Filipuzzi, Marina Gabriela y otros c./ Clínica Privada Monte Grande SA”, autos n.º 53219/2008: “Corresponde descartar el agravio que sostiene que no se debe indemnizar la pérdida de chance, al no ser una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual, pues esta especie de daño no es una consecuencia resarcible más del hecho ilícito sino un “daño evento” o “daño-lesión” propiamente dicho, del cual surgirán las consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. En ese contexto, mal se podría predicar de la pérdida de chance su carácter de “mediata o inmediata”, cuando no estamos ante la consecuencia resarcible sino frente a la lesión al bien del que derivarán las consecuencias en cuestión” (voto del Dr. Picasso).

⁵⁹² Sáenz (2014), p. 13.

⁵⁹³ Jagou (2023), p. 37.

⁵⁹⁴ Nisnevich (2020), p. 68.

⁵⁹⁵ C. Nac. Civil, sala A, 16/02/2017, “R., M. A. c./ M. C., C. J. y otro”, autos n.º 31.208/2013, en RCCyC 2017 (octubre), cita digital: TR LALEY AR/JUR/3351/2017.

haberse producido el evento dañoso, ese resultado esperado habría efectivamente ocurrido”⁵⁹⁶.

La caracterización de la chance según la perspectiva anteriormente señalada se erige en un componente fundamental. La admisión de la pérdida de una oportunidad como un daño en sí mismo, y no meramente como una consecuencia resarcible, conlleva dos implicancias trascendentales⁵⁹⁷. En primer lugar, la existencia del alea en tales circunstancias incide directamente en la admisión o el rechazo de la solicitud de indemnización. En ausencia de un daño cierto, la reclamación indemnizatoria debe ser desestimada. En segundo lugar, esta caracterización definirá el criterio a emplear para la cuantificación del daño sufrido por la víctima, determinando el alcance de la indemnización conforme a la probabilidad frustrada.

5.3. Daño dependiente del resultado final

La pérdida de oportunidad, aunque conceptualmente distinta del resultado final, no es ajena a este. Su determinación —tanto en su naturaleza como en su cuantificación— depende necesariamente del resultado al que estaba vinculada. Esto se debe a la esencia misma de las oportunidades: su orientación hacia la obtención de un beneficio o la evitación de un riesgo⁵⁹⁸. Como ha señalado la doctrina, “las oportunidades no pueden ser comprendidas de manera satisfactoria sin tener en cuenta el hecho de que están orientadas hacia un objetivo”⁵⁹⁹.

El análisis ontológico del interés que subyace en las oportunidades revela su potencial transformador. No se trata de meras eventualidades, sino de expectativas legítimas dirigidas a la consecución de un evento futuro. Aunque en el presente permanezcan en estado de germen, poseen un carácter teleológico⁶⁰⁰: su razón de ser radica en servir a un propósito determinado. En consecuencia, la pérdida de oportunidad debe analizarse en función de la expectativa favorable que frustró⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ C. Nac. Civil, sala A, 16/02/2017, “R., M. A. c./ M. C., C. J. y otro”, autos n.º 31.208/2013, en RCCyC 2017 (octubre), cita digital: TR LALEY AR/JUR/3351/2017.

⁵⁹⁷ Sáenz (2014), p. 13.

⁵⁹⁸ Vitale (2020), p. 365.

⁵⁹⁹ Vitale (2020), p. 383.

⁶⁰⁰ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 39.

⁶⁰¹ Vitale (2020), p. 392.

Además, esta pérdida solo se configura cuando el resultado final, inicialmente posible, se torna definitivamente inalcanzable. La incertidumbre inherente a la oportunidad perdida no excluye la certeza del daño. Por el contrario, es precisamente esa incertidumbre lo que permite afirmar con certeza la existencia del perjuicio. En términos sencillos: el carácter cierto de la pérdida de oportunidad se construye sobre la base de la incertidumbre de un evento realizable, pero no realizado⁶⁰².

No obstante, es fundamental evitar el error de equiparar el interés comprometido con el resultado final. El daño no radica en la concreción o no de aquel, sino en la privación de la oportunidad misma. Por ello, la reparación no apunta ni al beneficio que podría haberse obtenido—que siempre queda en el ámbito de lo hipotético—ni al daño que podría haberse evitado si la oportunidad se hubiese materializado⁶⁰³. Lo que se indemniza es, en esencia, la oportunidad perdida como un daño autónomo e independiente.

Dicho esto, aunque la reparación sigue siendo integral, pues el daño indemnizable se circunscribe estrictamente a la pérdida de la oportunidad⁶⁰⁴, nunca podrá equivaler al resarcimiento que correspondería al perjuicio definitivo. Así, “la pérdida de chance es necesaria y conceptualmente un daño distinto del resultado final, que no es reparable. Por lo mismo la reparación de la pérdida de oportunidad “debe ser medida en función de la oportunidad perdida y no puede ser igual al beneficio que habría proporcionado dicha oportunidad si se hubiera realizado”⁶⁰⁵.

El análisis de la pérdida de oportunidad exige distinguir dos etapas. En primer lugar, es necesario verificar que la víctima disponía de una chance real y concreta de obtener un beneficio o evitar una pérdida. Solo si se acredita la existencia de esa oportunidad legítima, podrá configurarse su privación como un daño indemnizable⁶⁰⁶.

Superada esta primera fase, la cuantificación del perjuicio no afecta la certeza de su existencia, sino que se determina en función del grado de probabilidad frustrada⁶⁰⁷. La

⁶⁰² Sinte (2013), p. 2.

⁶⁰³ Lentz (2017), p. 26.

⁶⁰⁴ Lentz (2017), p. 26.

⁶⁰⁵ Bacache (2013).

⁶⁰⁶ Sáenz (2014), p. 13.

⁶⁰⁷ Compagnucci De Caso (2004), p. 217; Pizarro y Vallespinos (2024), pp. 651 y ss.

incidencia de la chance en la reparación económica varía según el nivel de posibilidades que tenía la víctima: a mayor probabilidad de éxito, mayor será el resarcimiento⁶⁰⁸.

En esta última etapa cobra especial relevancia la relación entre el menoscabo derivado de la pérdida de oportunidad y el resultado final que se habría alcanzado. Para cuantificar adecuadamente el perjuicio, es necesario, en primer término, establecer el valor del resultado final y, a partir de él, calcular el quantum indemnizable de la chance perdida⁶⁰⁹. En otras palabras, si bien la evaluación del perjuicio que constituye la pérdida de una oportunidad se inspira en la valoración del beneficio esperado o del perjuicio final evitado, ello no implica que sean equivalentes. La variación del desenlace final afecta proporcionalmente la pérdida de la oportunidad⁶¹⁰, pero no la define en términos absolutos

No obstante, la autonomía de la pérdida de oportunidad como daño impone a los jueces la tarea de asignarle un valor propio, garantizando que sea siempre menor que el total del beneficio frustrado. Dicho de otro modo, aunque los jueces deben evaluar el grado de probabilidad comprometido, no pueden prescindir completamente del perjuicio finalmente sufrido. Este ejercicio interpretativo conduce a relativizar, en cierta medida, la autonomía de la pérdida de oportunidad⁶¹¹.

En definitiva, la pérdida de oportunidad debe reflejar el daño derivado de la expectativa truncada, sin confundirse con el perjuicio final⁶¹². No se trata de indemnizar el valor total de lo que pudo haberse obtenido, sino de reconocer que la probabilidad de obtener un determinado beneficio o evitar una pérdida tenía en sí misma un valor susceptible de resarcimiento. Como ha señalado la doctrina, “la posibilidad de ganancia o pérdida de un cierto valor no es igual al valor en sí, pero algún valor tiene”⁶¹³.

6. Conclusiones preliminares

⁶⁰⁸ Sáenz (2014), p. 13.

⁶⁰⁹ Sáenz (2014), p. 14.

⁶¹⁰ Lentz (2017), p. 25.

⁶¹¹ Guettier (2007), p. 319.

⁶¹² Barría Díaz (2019), p. 263.

⁶¹³ Domínguez Águila (1990), p. 150.

A partir de lo expuesto en este capítulo, es posible extraer las siguientes conclusiones preliminares:

1. Para que un daño sea indemnizable, debe ser cierto, es decir, no puede fundarse en una posibilidad especulativa. En este contexto, la temporalidad del daño es clave: el daño actual se ha materializado en el momento en que se analiza la responsabilidad, mientras que el daño futuro aún no se ha concretado del todo, pero es previsible con base en criterios objetivos y razonables. La pérdida de la oportunidad ha sido clasificada erróneamente dentro de esta última categoría, bajo la premisa de que el resultado esperado aún no se ha consumado. Sin embargo, esta interpretación desvirtúa el núcleo del problema, pues el daño no radica en la eventual obtención de un beneficio, sino en la privación irreversible de la posibilidad misma.

El análisis correcto exige desvincular la oportunidad perdida del resultado final. La jurisprudencia ha evolucionado en este sentido, reconociendo que la pérdida de una oportunidad constituye un daño cierto y actual, pues lo que se indemniza no es el resultado hipotético, sino la privación de una oportunidad legítima. Confundir la pérdida de la chance con un daño futuro es un error conceptual que impide su adecuada reparación, pues supone erróneamente que la indemnización debe supeditarse a la certeza del desenlace final, cuando lo relevante es que la oportunidad se ha extinguido en el momento mismo del hecho dañoso.

2. La doctrina tradicional ha vinculado la pérdida de oportunidad con el daño patrimonial, al entender que su frustración afecta intereses económicos concretos. De hecho, esta figura ha sido asimilada a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, pues se la ha considerado una afectación a la expectativa patrimonial del afectado. No obstante, esta perspectiva resulta incompleta. Si bien en muchas ocasiones la pérdida de oportunidad impacta el patrimonio de la víctima, hay otros casos en los que compromete bienes jurídicos que trascienden lo económico. Restringir su análisis al daño patrimonial impide una adecuada reparación en aquellos supuestos en los que la oportunidad frustrada afecta la integridad personal, la salud o incluso el proyecto de vida de la víctima.
3. La doctrina mayoritaria ha considerado que la pérdida de la oportunidad puede asimilarse al daño emergente, partiendo de la premisa de que las oportunidades tienen un valor en sí mismas y forman parte del patrimonio de la víctima. Desde

esta perspectiva, lo que se indemniza no es el beneficio futuro que se habría obtenido, sino la frustración de una chance cierta, ya incorporada en el patrimonio del sujeto.

Sin embargo, esta interpretación restringe la naturaleza de la pérdida de la oportunidad al ámbito estrictamente patrimonial, sin considerar que su afectación puede trascender lo económico. La pérdida de la chance no puede reducirse exclusivamente a la categoría de daño emergente, sino que requiere una comprensión más amplia que abarque tanto su dimensión patrimonial como extrapatrimonial.

4. En algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales, se ha sostenido que la pérdida de chance es una variante del lucro cesante, bajo la idea de que ambas figuras comparten un componente de incertidumbre. Sin embargo, la diferencia entre ambas figuras radica en su objeto. Mientras que el lucro cesante repara la pérdida de una ganancia cierta y comprobable, la pérdida de la oportunidad indemniza la privación de una probabilidad fundada, cuya concreción dependía de diversos factores. Por ello, la indemnización por pérdida de chance nunca puede ser equivalente al total del beneficio esperado, sino que debe calcularse en función del grado de probabilidad frustrada.
5. Hay quienes han sostenido que la pérdida de la oportunidad constituye un daño moral, argumentando que su frustración genera siempre una lesión extrapatrimonial. Desde esta perspectiva, la chance no sería una entidad económica, sino un interés personal y espiritual cuya privación justificaría su integración en la categoría del daño moral. Sin embargo, esta figura no se limita a la lesión de intereses extrapatrimoniales. En numerosos supuestos, la oportunidad frustrada se vincula con expectativas patrimoniales legítimas. Reducir la pérdida de la chance al ámbito extrapatrimonial limitaría su posibilidad de resarcimiento en situaciones en las que la frustración de la oportunidad tenga consecuencias económicas evidentes.
6. Frente a la dicotomía tradicional entre daño patrimonial y extrapatrimonial, ha surgido una postura intermedia, que sostiene que la pérdida de la oportunidad no debe encasillarse en una única categoría, sino que su naturaleza dependerá del interés afectado en cada caso. La teoría de la comunicabilidad resulta bastante convincente, ya que considerar la pérdida de oportunidad como un daño estrictamente patrimonial implicaría incluir en esta categoría perjuicios de diversa

índole, como el daño estético o el daño a la vida de relación. Este análisis permite abordar la pérdida de la oportunidad con una mayor flexibilidad conceptual, evitando su reducción a una única categoría de daño.

7. Si bien la pérdida de oportunidad y el daño al proyecto de vida comparten elementos comunes, como la frustración de expectativas y la interrupción de posibilidades de realización personal, su alcance es diferente. Mientras que la pérdida de la chance se restringe a la privación de una oportunidad concreta y específica, el daño al proyecto de vida afecta la trayectoria vital del individuo en su conjunto, interfiriendo en su desarrollo personal y en la concreción de sus aspiraciones más profundas. Es decir, el daño al proyecto de vida supone una afectación global de la existencia del individuo, mientras que la pérdida de oportunidad se limita a una contingencia particular.
8. La pérdida de la oportunidad no debe encasillarse exclusivamente en el daño patrimonial o extrapatrimonial. Por el contrario, su naturaleza es más comprensible si se le caracteriza por ser un daño autónomo. Esta conclusión, en primer lugar, se extrae del hecho de que existe una independiente del resultado final. Pero, además, encuadrarla en una única categoría, resulta insuficiente, ya que la pérdida de una oportunidad puede afectar tanto intereses económicos como extrapatrimoniales. Esta limitación invita a reconsiderar la noción de daño y a cuestionar si la chance merece una categoría propia dentro de la teoría del resarcimiento.

En este contexto, la pérdida de la oportunidad no es simplemente una consecuencia resarcible del daño, sino un daño en sí mismo. En consecuencia, su indemnización debe considerar tanto las dimensiones patrimoniales como extrapatrimoniales del perjuicio, garantizando así una reparación integral acorde con los principios generales de la responsabilidad civil.

9. La pérdida de la oportunidad, aunque autónoma como daño, no es completamente ajena al resultado final con el que estaba vinculada. Su determinación y cuantificación dependen necesariamente de la expectativa frustrada, pues las oportunidades tienen un carácter teleológico: su valor radica en la posibilidad de alcanzar un objetivo.
10. El análisis de la pérdida de oportunidad exige dos etapas. Primero, debe verificarse que la víctima disponía de una chance concreta y real de obtener un beneficio o evitar una pérdida. Luego, la cuantificación del daño se determina en

función del grado de probabilidad comprometido. A mayor probabilidad de éxito, mayor será el resarcimiento, aunque siempre en un valor inferior al beneficio total esperado. Así, la evaluación del perjuicio que constituye la pérdida de una oportunidad se inspira en la valoración del resultado final, pero no implica su equiparación. En consecuencia, la pérdida de oportunidad debe reflejar el daño derivado de la expectativa truncada, sin confundirse con el perjuicio final.

Capítulo IV: Hipótesis de aplicación

Una de las principales dificultades al abordar la pérdida de oportunidad ha sido, justamente, encontrar un modo coherente de ordenar sus múltiples aplicaciones⁶¹⁴. La doctrina ha intentado diversas clasificaciones, pero hasta ahora no ha logrado identificar un criterio verdaderamente integrador. El resultado ha sido una acumulación de ejemplos —una licitación frustrada, una sobrevida perdida, una carrera profesional interrumpida— que, aunque ilustrativos, no alcanzan por sí solos a delinear un marco conceptual común.

A continuación, propongo una forma distinta de aproximarnos al fenómeno: clasificar sus hipótesis de aplicación según el tipo de azar involucrado. ¿Qué es lo que une, en su núcleo más profundo, a situaciones tan disímiles como perder una oportunidad de curación o quedar fuera de un concurso público por un actuar negligente de otro? La respuesta, aunque en apariencia sencilla, permite abrir una vía fecunda de análisis: el azar. El azar es ese componente incierto que condiciona la realización o frustración del resultado esperado y cuya existencia, paradójicamente, no excluye la responsabilidad, sino que la estructura.

En el derecho administrativo francés, Alice Minet⁶¹⁵ fue una de las primeras en advertir que el azar podía funcionar como criterio de clasificación de la pérdida de oportunidad. Más tarde, esta perspectiva fue retomada en el ámbito del derecho privado, especialmente por Vitale⁶¹⁶, quien observó que muchas de las hipótesis en las que se discute este daño no solo pertenecen a la responsabilidad administrativa, sino que, en su mayoría, emergen del derecho privado⁶¹⁷.

Así, el azar no solo sirve para distinguir entre los distintos supuestos, sino que también actúa como hilo conductor que permite reunirlos bajo una misma lógica. En esta línea, propongo distinguir tres grandes tipos: el azar decisional o subjetivo (1), en que la

⁶¹⁴ López Mesa, (2008), p. 9. Señala el autor que: “La índole de las chances perdidas a resarcir puede variar *ad infinitum* y van desde el tema específico de este estudio, la pérdida de chance de curación o mejoría, hasta casos curiosos que se ven en jurisprudencia extranjera, como el derecho de un candidato eliminado de una licitación a causa de la atribución del mercado a otro postulante por un acto administrativo irregular.”

⁶¹⁵ Minet-Leleu (2013), p. 66.

⁶¹⁶ Vitale (2020), p. 151 y ss.

⁶¹⁷ Vitale (2020), p. 150.

oportunidad perdida dependía de una decisión humana futura; el azar contextual u objetivo (2), en que la realización del resultado estaba sujeta a condiciones del entorno; y los azares mixtos (3), en que ambos factores se combinan.

No se trata aquí de agotar todas las hipótesis posibles ni de establecer una taxonomía cerrada. La pérdida de oportunidad es una figura viva, que se manifiesta en contextos diversos y en constante evolución. Por eso, la observación de la jurisprudencia no es solo útil, sino indispensable: es allí donde esta categoría encuentra sus contornos más nítidos, donde se mide su eficacia reparadora y se comprueba su potencial estructurante dentro del derecho de daños.

I. El azar decisonal o subjetivo

Hay situaciones en que la incertidumbre sobre lo que habría ocurrido —de no mediar la conducta antijurídica— no se explica por condiciones externas u objetivas, sino por el hecho de que el resultado dependía de una decisión humana aún no adoptada. Nos encontramos aquí ante el azar decisonal o subjetivo, caracterizado por la existencia de una elección futura que podía inclinar los hechos en una u otra dirección.

No se trata de resultados inalcanzables, sino inciertos, porque su realización exigía que alguien —la propia víctima, un tercero o ambos— optara por ellos. Esta categoría puede subdividirse en tres tipos: decisiones atribuibles a la víctima (1), a un tercero (2) o a la interacción entre ambas voluntades (3).

1. El azar decisonal de la víctima

El azar decisonal de la víctima se configura cuando la oportunidad perdida dependía esencialmente de su propia decisión, adoptada en condiciones específicas de información. En otras palabras, la incertidumbre reside en la imposibilidad de determinar qué elección habría realizado la víctima si hubiese contado con todos los elementos relevantes en el momento oportuno. No es que la víctima carezca de voluntad, sino que su decisión, que

podía llevar a un cambio favorable en su situación, se ve frustrada por una carencia de información adecuada o suficiente⁶¹⁸, causando un perjuicio.

En estos casos, la pérdida de la oportunidad debe ser indemnizada, porque la falta de información tiene origen en la conducta antijurídica de un tercero, especialmente cuando se incumple un deber de informar, aconsejar o advertir. A pesar de que no es posible saber con certeza cuál habría sido la decisión que hubiese tomado de contar con todos los datos relevantes para ello, debe indemnizarse la posibilidad real de optar con conocimiento de causa.

El deber de informar en este contexto es sumamente relevante. Se trata de una obligación jurídica que recae sobre quien se encuentra en una posición de superioridad técnica o profesional, típicamente un experto, cuyo objetivo es compensar la asimetría informativa existente entre las partes involucradas⁶¹⁹. Su incumplimiento limita la capacidad del acreedor para tomar decisiones razonadas y conscientes en defensa de su propio interés, dañando no solo su autonomía decisional, sino también la chance concreta y legítima de obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

1.1. La falta de consentimiento informado en el ámbito médico

Una de las áreas en que este deber adquiere mayor relevancia es la medicina. En el marco del reconocimiento de la autonomía personal, la obligación de informar en la actividad médica se materializa a través del consentimiento informado, entendido como la autorización que otorga el paciente para la práctica médica, basada en una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios del procedimiento⁶²⁰.

Entonces, si un facultativo omite informar a su paciente sobre los riesgos inherentes a una intervención quirúrgica y este, en consecuencia, se somete al procedimiento sin conocer sus posibles efectos adversos, la pregunta que surge es si el médico debe responder por el perjuicio derivado de la concreción de un riesgo no

⁶¹⁸ Vitale (2020), p. 152.

⁶¹⁹ Alterini y López Cabana (2014), p. 286.

⁶²⁰ Nisnevich (2020), p. 204.

advertido; máxime si “son los pacientes los que tienen derecho a decidir qué es lo que se hace con su cuerpo”⁶²¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido el consentimiento informado como

“una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”⁶²².

En relación con las condiciones para que el consentimiento sea válido, la misma Corte ha señalado que el consentimiento debe ser previo⁶²³, libre⁶²⁴ y personal⁶²⁵, pleno e informado⁶²⁶. En general, existe consenso en que lo importante es informar al paciente acerca de los riesgos frecuentes y aquellos que, aun siendo infrecuentes, implican una afección grave para la salud en caso de que se verifiquen⁶²⁷.

⁶²¹ De la Maza Gazmuri (2010), p. 95.

⁶²² CIDH, 30/11/2016, “I.V. vs. Bolivia”.

⁶²³ El primer elemento del consentimiento a considerar es el del carácter previo, lo cual implica que siempre debe ser otorgado antes de cualquier acto médico. Ahora bien, la Corte entiende que existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento, en casos en los que este no pueda ser brindado por la persona y que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente. El Tribunal considera que la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria, ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento. En relación con la ligadura de las trompas de Falopio, la Corte resalta que esta intervención quirúrgica, cuyo propósito es prevenir un embarazo futuro, no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que esta excepción no es aplicable.

⁶²⁴ La CIDH considera que el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado.

⁶²⁵ El consentimiento es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento.

⁶²⁶ Finalmente, la CIDH enfatiza que el consentimiento debe ser pleno e informado. El consentimiento pleno solo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. La Corte considera, luego de haber llevado a cabo un análisis de diversas fuentes, que los prestadores de salud deberán al menos informar sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo.

⁶²⁷ Tapia Rodríguez (2003), p. 95; Pizarro Wilson (2015), p. 100; Cárdenas Villarreal (2023) p. 75.

La doctrina y la jurisprudencia han abordado los daños que pueden resultar de la concreción de los riesgos no informados, tradicionalmente desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad, al considerar que la omisión del deber de informar privó a la víctima de una posibilidad concreta de evitar un perjuicio o alcanzar un beneficio. En términos específicos, esta construcción teórica concibe el daño como la pérdida de una chance, es decir, la privación de una oportunidad cierta y reparable, tal como lo ha reconocido la Corte de Casación francesa en su fallo del 7 de febrero de 1990⁶²⁸.

Esta tesis se fundamenta en la premisa de que la falta de información adecuada incide directamente en la capacidad de la víctima para ejercer su autonomía decisional de manera consciente y fundamentada⁶²⁹. Cuando un paciente es debidamente informado, se encuentra siempre ante una elección: aceptar o rechazar el tratamiento. No obstante, si la información ha sido omitida, se desconoce cuál de las dos alternativas habría preferido⁶³⁰, lo que evidencia la incertidumbre inherente a la pérdida de oportunidad.

En Argentina, diversas normas contemplan este deber, de modo que su naturaleza no se limita al ámbito contractual, sino que se trata de un deber legal, cuyo incumplimiento genera responsabilidad⁶³¹. Lo mismo en Chile⁶³².

a. ¿Una pérdida de chances?

Existen situaciones en las que es posible demostrar que el consentimiento prestado por el paciente fue determinante para el daño sufrido. En tales casos, la indemnización debe cubrir el daño efectivamente padecido como consecuencia de esa decisión. Por el

⁶²⁸ Gamarra (1999), p. 200. La Corte de Casación francesa ha afirmado “que la falta de información que se la reprochaba el médico, solamente priva el enfermo de una oportunidad de escapar, mediante la decisión tal vez más sensata, del riesgo que finalmente se realizó, pérdida que constituye un perjuicio distinto de los daños corporales”. Penneau 1992, pp. 34-36. En el mismo sentido: Navia Arroyo 2006, p. 165.

⁶²⁹ Oyarzún Vargas (2021), p. 133.

⁶³⁰ Gamarra (1999), p. 200.

⁶³¹ Ley 26.130 que establece el régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica; la ley 25.543, referida a la prueba diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana a toda mujer embarazada; la ley 17.132 de ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares; la ley nacional del sida y su decreto reglamentario 1244/91; el artículo 59 del CCyC en concordancia con la normativa anterior: 26.529 y 26.742. Nisnevich (2020), pp. 204-205.

⁶³² La ley 20.584 sobre derechos y deberes del paciente reconoce dentro de sus principios inspiradores la dignidad y la autonomía de las personas en su atención de salud.

contrario, si se acredita que el consentimiento no fue determinante, la víctima no tendrá derecho a indemnización⁶³³.

Pero en la inmensa mayoría de los casos, dada la dificultad probatoria para demostrar la verdadera voluntad de la víctima, se considera que el daño sufrido, al no poder probarse la relación causal entre la culpa y el resultado final, consiste en la privación de la oportunidad de rehusar la intervención⁶³⁴. En otras palabras, la falta de información adecuada impidió al paciente tomar una decisión consciente, lo que derivó en un resultado lesivo para su salud, integridad física o vida⁶³⁵.

En este escenario, el daño no se identifica con las lesiones corporales, sino con la pérdida de la oportunidad de tomar una decisión diferente⁶³⁶. En última instancia, lo que se ve afectado es el derecho a la información y la autonomía del paciente, ya que la omisión informativa le impidió evaluar el riesgo y formular su propio plan de vida⁶³⁷.

Si el riesgo no informado se materializa, la indemnización deberá cuantificarse en función del valor de la pérdida de oportunidades de curación y no del daño íntegro a la salud sufrido por el paciente como consecuencia de la actuación médica⁶³⁸.

Algunos autores sostienen que la pérdida de oportunidad no se refiere a la posibilidad de curarse o sobrevivir, sino a la imposibilidad de evitar los riesgos que efectivamente se concretaron como consecuencia de la intervención médica⁶³⁹. Desde esta perspectiva, el daño no radica en la frustración de una expectativa de recuperación, sino en la privación de poder sustraerse del riesgo que se materializó.

A favor de la teoría de la pérdida de oportunidad se argumenta que el cumplimiento del deber de información no protege automáticamente al acreedor del daño, sino que solo incide de manera mediata en la decisión que este adopte. En este sentido, la información proporcionada no impone una decisión, sino que influye en la formación de la voluntad del acreedor⁶⁴⁰.

⁶³³ Vitale (2020), p. 152.

⁶³⁴ Gamarra (1999), p. 202.; Pizarro Wilson (2015), p. 12.

⁶³⁵ Oyarzún Vargas (2021), p. 133.

⁶³⁶ Asua González (2008), pp. 98-99.

⁶³⁷ SCBA, 28/06/2012, “B. R. c./ B., J. P. y otros”, autos n.º 94.297/2007; SCJ de Buenos Aires, 03/07/2018, “O., N. c./ S. y otro”, autos n.º 110890/2011.

⁶³⁸ Oyarzún Vargas (2021), p. 133; Rubio Torrano (2012), pp. 55-56.

⁶³⁹ Nisnevich (2020), p. 208; Herrera Moreno (2008); Barros Bourie (2006), pp. 686-687.

⁶⁴⁰ Oliver (2014), p. 446.

En definitiva, el daño debe analizarse desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad: al desconocer los posibles efectos adversos de la intervención, el paciente no pudo rechazar el procedimiento u optar por una alternativa distinta. Como consecuencia, se le privó de la oportunidad de evitar el riesgo y de preservar su estado de salud inicial, aunque este ya estuviera deteriorado⁶⁴¹.

En España, se ha sostenido que se trata de un caso de pérdida de chance. Básicamente, en diversas sentencias, el Tribunal Supremo Español lo explica de la siguiente manera: no es posible tener una certeza absoluta de que, de haber suministrado dicha información, se hubiera conseguido un resultado distinto del sucedido, pero se privó al paciente de la oportunidad de decidir de una manera diferente que la que aconteció⁶⁴².

b. En contra de la indemnización como pérdida de chance

A pesar de lo anterior, algunos autores sostienen que, en los casos de falta de información o de consentimiento, no corresponde aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad⁶⁴³. Esta doctrina, argumentan, exige necesariamente la presencia de un grado de aleatoriedad en la producción del daño⁶⁴⁴. Si, en cambio, la incertidumbre surge de la propia decisión de

⁶⁴¹ Nisnevich (2020), p. 208.

⁶⁴² Por ejemplo: TS español, sala tercera (contencioso administrativo), 26/06/2025, RJ 2010\5886, fundamento quinto. Se trata de una situación en la que los padres de una niña de 10 años deciden vacunarla de la Meningitis C, a raíz de una campaña informativa de 1997. Se realiza una segunda campaña en 2000, que fue dirigida únicamente a los menores de seis años y en la que no se hace referencia a la insuficiencia de inmunización o ineficacia de la vacuna de 1997. En 2003 se diagnostica a la hija con una “una meningitis C púrpura fulminante, con shock severo y fallo multiorgánico” que, finalmente, acabó en la amputación de sus dos pies. A consecuencia de ello, la parte demandante basó sus pretensiones en que se dio una falta de información —a todo aquel mayor de seis años— por parte de la Administración en cuanto a la falta de efectividad de la vacuna que se suministró en 1997. Alega, por tanto, que es esta dejación de funciones la que determinó que su hija se contagiase de Meningitis C en 2003 y, que, además, ocasionó una pérdida de oportunidad, ya que, como igualmente indica el TS, se privó a los padres de la posibilidad de obtener una información suficiente, comprensible y adecuada en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997 y con el hecho de estar expuestos, para poder adoptar las medidas oportunas para su adecuada protección. En definitiva, se resuelve que no es posible tener una certeza absoluta de que de haber suministrado dicha información (la ineficiencia de la vacuna de 1997), se hubiera conseguido un resultado distinto del que aconteció, esto es, que la hija no se hubiese contagiado de meningitis C si los padres, conocedores de esa información, la hubiesen revacunado en un centro privado. Pero lo cierto es que, vistos los hechos y teniendo en cuenta las afirmaciones vertidas por los padres, si estos hubiesen tenido conocimiento de la información que la Administración ocultó, habrían revacunado a su hija en cualquier centro privado, sin esperar, incluso, a que dicha vacuna les fuera suministrada de forma gratuita.

⁶⁴³ Martín Casals y Solé Feliu (2002), pp. 1114-1115.

⁶⁴⁴ Arcos Vieira (2016), p. 52.

la víctima, lo que se habría privado no es una oportunidad en sentido estricto, sino su facultad de tomar una decisión informada⁶⁴⁵, que no depende de azar alguno.

Diversos argumentos han sido planteados en contra de este método de reparación. Uno de ellos es que ningún incumplimiento del deber de informar permitiría al damnificado obtener una indemnización por la totalidad de los perjuicios sufridos⁶⁴⁶. En determinadas circunstancias, esta limitación puede generar una solución profundamente injusta, especialmente cuando existen elementos suficientes para concluir que, de haber contado con toda la información relevante, la víctima habría rechazado el tratamiento.

En segundo lugar, se advierte que la aplicación de esta doctrina podría desvalorizar el consentimiento informado y, con ello, desnaturalizar su función protectora en la relación médico-paciente. Al atenuar la reparación derivada del incumplimiento del deber de informar, se debilitaría el principio según el cual el paciente tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo con pleno conocimiento de los riesgos y beneficios del tratamiento.

Un tercer problema radica en la dificultad de cuantificar la probabilidad de que la víctima hubiese tomado una decisión distinta⁶⁴⁷. La determinación del daño sufrido oscila entre dos extremos: si, atendidas las circunstancias del caso, se concluye que el paciente habría aceptado igualmente el tratamiento con información adecuada, la indemnización podría reducirse a cero, negando cualquier compensación. Por el contrario, si se determina que el paciente habría rechazado el tratamiento, la indemnización podría alcanzar el 100%⁶⁴⁸ del perjuicio sufrido, llevándonos a una conclusión similar a la de evaluar directamente la hipotética decisión de la víctima⁶⁴⁹.

Estos cuestionamientos evidencian que, si se aplica la pérdida de la oportunidad en los casos de falta de consentimiento informado, se corre el riesgo de desvirtuar el sentido de la teoría de la pérdida de oportunidad. Si bien la reparación derivada de esta figura no debe equipararse a la indemnización por la materialización del daño final, tampoco puede implicar la exclusión absoluta de toda reparación.

⁶⁴⁵ Oyarzún Vargas (2021), p. 134; Tapia Rodríguez (2015), p. 241; Vidal Olivares (2002).

⁶⁴⁶ Gamarra (1999), pp. 200-201.

⁶⁴⁷ Oyarzún Vargas (2021), p. 136.

⁶⁴⁸ Gamarra (1999), p. 203.

⁶⁴⁹ Gamarra (1999), p. 203.

c. Otra solución

A partir de lo recién expuesto, la doctrina ha explorado otras soluciones frente al incumplimiento del deber de informar, cuando este deriva en una decisión que, eventualmente, genera un daño a la víctima. Una de estas soluciones consiste en indagar de manera hipotética cuál habría sido la voluntad del paciente si hubiera contado con toda la información relevante. Se trata, de reconstruir —por medio de un consentimiento hipotético— su posible respuesta ante el conocimiento de las ventajas y desventajas de una determinada intervención⁶⁵⁰.

Esta búsqueda hipotética de la voluntad del paciente puede abordarse desde una perspectiva subjetiva u objetiva. En el primer caso, el análisis se centra en determinar si el paciente, en su caso concreto y particular, habría aceptado o rechazado la intervención⁶⁵¹. Para ello, no basta con su testimonio posterior, sino que deben considerarse otros elementos que permitan inferir su voluntad, como antecedentes médicos, declaraciones previas o creencias personales.

En el criterio objetivo, el análisis no busca descubrir cuál era la verdadera voluntad del paciente, sino que se pregunta qué habría hecho una persona razonable en las mismas circunstancias⁶⁵². Esta aproximación, sin embargo, presenta un problema fundamental: al prescindir de la voluntad real del paciente, se vulnera su derecho a la autodeterminación. Incluso si su decisión hubiese sido irracional desde un punto de vista médico, debe ser respetada⁶⁵³. Como se ha señalado, “no basta con concluir que el paciente habría consentido el procedimiento solo porque era el indicado desde una perspectiva médica o porque la mayoría de los pacientes lo habría aceptado”⁶⁵⁴.

Esta solución, por lo demás, no está exenta de dificultades. Aun asumiendo que el paciente habría consentido en la intervención de haber conocido los riesgos, la lesión al derecho a informarse se verificó igual⁶⁵⁵ y eso no se puede negar.

⁶⁵⁰ Gamarra (1999), p. 201.

⁶⁵¹ Gamarra (1999), p. 202.

⁶⁵² Gamarra (1999), p. 202.

⁶⁵³ Gamarra (1999), p. 202.

⁶⁵⁴ Gamarra (1999), p. 202.

⁶⁵⁵ Pizarro Wilson (2015), p. 109.

d. A favor de la teoría de exposición a un riesgo

Otra respuesta frente al incumplimiento del deber de informar se vincula con el principio de la transferencia del riesgo⁶⁵⁶. Si el paciente recibe información suficiente que le permite otorgar su consentimiento de manera consciente, acepta los riesgos asociados. En cambio, si la información proporcionada no ha sido veraz o ha sido insuficiente, no hay consentimiento, por lo que los riesgos derivados deben ser asumidos por el médico⁶⁵⁷. En otras palabras, “la víctima no debe soportar sino aquellos riesgos que el médico le revela; fuera del consentimiento del paciente la intervención es ilícita”⁶⁵⁸.

La teoría de exposición al riesgo ofrece una solución más objetiva al analizar el alea decisional de la víctima. En lugar de centrarse en la pérdida de una decisión hipotética, analiza cómo el incumplimiento del deber de informar, incrementó el riesgo de que la víctima enfrentara un daño concreto⁶⁵⁹.

La exposición al riesgo se fundamenta en la premisa de que la omisión informativa genera una vulnerabilidad que no habría existido si el deber de cuidado se hubiera cumplido. Por ejemplo, en el caso de un médico que no informa debidamente a su paciente sobre los riesgos de una cirugía, el daño no radica en la pérdida de oportunidad de evitar la intervención, sino en la exposición innecesaria a un riesgo que el paciente no pudo evaluar adecuadamente⁶⁶⁰.

Así, la teoría de exposición al riesgo presenta algunas ventajas frente a la pérdida de oportunidad. Por un lado, establece un vínculo directo entre el incumplimiento y el daño final, evitando la especulación sobre decisiones hipotéticas. Además, facilita su prueba, ya que puede acreditarse mediante estándares objetivos, como protocolos médicos o condiciones contractuales, reduciendo la subjetividad del análisis.

e. La postura en Argentina

⁶⁵⁶ Gamarra (1999), p. 203.

⁶⁵⁷ Gamarra (1999), p. 204.

⁶⁵⁸ Gamarra (1999), p. 204.

⁶⁵⁹ Vitale (2020), p. 257.

⁶⁶⁰ Vitale (2020), p. 258.

En Argentina, no cabe duda de que el consentimiento informado es una de las obligaciones fundamentales de los profesionales de la salud. Sin embargo, a partir del análisis de diversos fallos, se advierte que no existe una postura unánime respecto del daño que debe repararse cuando una intervención médica se realiza sin el debido consentimiento, siempre que no haya existido otra infracción a la *lex artis*.

i) La pérdida de oportunidad como criterio indemnizatorio

En un caso⁶⁶¹, la se condenó por pérdida de oportunidad, en el contexto de una demanda contra un médico por la omisión de informar los riesgos de una operación. Se trataba de un menor de edad que se sometió a una cirugía correctiva de una deformación congénita de la caja torácica, caracterizada por un hundimiento del pecho a la altura del esternón.

Tras la intervención, el paciente experimentó disminución de talla y peso, fatiga constante, menor gasto cardíaco y desarrollo muscular deficiente. Frente a esta situación, demandó a los médicos por mala praxis, alegando que no fue informado de los riesgos asociados al procedimiento.

Se admitió la demanda, concluyendo que no existía un consentimiento válido, ya que ni el paciente ni sus representantes legales habían otorgado su autorización. No obstante, al momento de cuantificar los daños, el tribunal limitó la indemnización a la pérdida de oportunidad de decidir el tratamiento y no al desarrollo definitivo del daño. Se argumentó que, si bien el actor había sufrido complicaciones y se sometió a múltiples cirugías, estas no modificaron su condición torácica ni su funcionalidad cardiorrespiratoria, por lo que no se encontraba en una situación peor que la inicial.

En consecuencia, la responsabilidad se estableció exclusivamente por la pérdida de chance de decidir sobre el tratamiento, sin considerar como indemnizable el resultado final, al entenderse que estos no guardaban relación causal con la falta de información.

Otro caso⁶⁶² confirma esta tendencia. Se admitió una demanda de mala praxis basada exclusivamente en la pérdida de oportunidad, pero en el contexto de una cirugía

⁶⁶¹ C. Nac. Civ., sala H, 25/02/2019, “M.M. J. c./ Centro Gallego de Bs. As. Mutualidad Cultura Acción Social y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-117479-AR.

⁶⁶² C. Nac. Civ., sala A, 20/09/2021, “L. E. I. c./ M. D. M. y otros”, autos n.º 055634/2014. En el mismo sentido: C. Nac. Civ., sala A, 11/05/2012, “T., A. R. y otro c./ Clínica Bessone y otros”, LL, 2012-E, p. 546

estética. En este caso, no se cuestionó la negligencia médica, sino la falta de información adecuada sobre los riesgos propios del procedimiento y los resultados no deseados.

Dado que la cirugía estética tiene como único propósito la mejora de la apariencia del paciente, el deber de información adquiere una especial relevancia, mayor aún que en otras intervenciones médicas. Ante la ausencia de consentimiento informado, los riesgos de la práctica no pueden considerarse asumidos por el paciente, sino que deben ser atribuidos al médico.

El tribunal sostuvo que, de haber sido informada de los riesgos de la cirugía, la paciente podría haber optado por no someterse al procedimiento, por lo que se configuró una pérdida de oportunidad de rechazar la intervención. Para cuantificar los daños, el tribunal fijó un 50% de pérdida de chance, sin fundamentar el criterio utilizado para determinar este porcentaje. Se limitó a señalar que, en ausencia de otros elementos de juicio, se presumía que existía una probabilidad del 50% de que la paciente, debidamente informada, hubiera optado por no operarse.

ii) El criterio de la exposición al riesgo

No obstante, en otros fallos, la postura jurisprudencial ha sido distinta⁶⁶³. En un tercer caso, se condenó a los médicos por la inexistencia de consentimiento informado, pero en lugar de indemnizar la pérdida de oportunidad, se otorgó una reparación integral por los daños efectivamente sufridos.

El caso involucró una cirugía oftalmológica, en la que no se discutió la correcta ejecución de la intervención, sino la falta de información sobre los riesgos. La Corte sostuvo que, al no haber obtenido el consentimiento del paciente, el acto médico se tornaba antijurídico. En consecuencia, se condenó solidariamente al médico, al centro asistencial y a la aseguradora.

En esta oportunidad, el tribunal argumentó que el consentimiento informado es un derecho inalienable del paciente, ligado a su autodeterminación y al derecho a disponer

y Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-73004-AR; C. Nac. Civ., sala A, 30/06/2021, “Ogas Ana María c./ Syriani Camilo Jorge y otros”, autos n.º 35.490/2013.

⁶⁶³ C. Nac. Civ., sala B, 16/03/2016, “Ferrero, Juan M. c./ Instituto Oftalmológico Stefani y Asoc. S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97877-AR.

de su propio cuerpo. Sobre esta base, consideró que el daño indemnizable no era la pérdida de oportunidad de decidir, sino las consecuencias directas de la cirugía, la lesión visual sufrida, la posible afectación laboral, los costos de tratamientos médicos adicionales, la necesidad de asistencia psicoterapéutica, etc.-

Este caso refleja una concepción diferente, más cercana a la teoría de exposición al riesgo, en la que se indemnizan como daños el resultado final.

iii) Falta de uniformidad en los criterios jurisprudenciales

Del análisis de estos casos se desprende que en Argentina, no existe un criterio unívoco sobre el daño que debe repararse ante la ausencia de consentimiento informado. Mientras que en algunos fallos se reconoce únicamente la pérdida de chance de decidir, en otros se indemnizan los daños directos ocasionados por la intervención médica, bajo la lógica de la exposición al riesgo.

Esta falta de uniformidad plantea interrogantes sobre la coherencia del sistema de responsabilidad médica en estos casos y sobre la necesidad de establecer parámetros más claros para la cuantificación del daño, evitando decisiones arbitrarias o poco fundamentadas.

f. Chile, terreno de la dicotomía

En Chile, la jurisprudencia sobre la omisión del consentimiento informado es aún limitada. No obstante, en algunos fallos, la Corte Suprema ha abordado la cuestión bajo la óptica de la pérdida de oportunidad.

Uno de los casos relevantes⁶⁶⁴ se refiere a una paciente que demandó indemnización por daño moral, luego de que, tras someterse a una cirugía de reducción mamaria, desarrollara una infección que derivó en la pérdida de ambos pezones. El fundamento de su reclamo radicó en que no había sido informada sobre el riesgo asociado a la intervención, el cual, finalmente, se materializó.

⁶⁶⁴ CS Chile, 01/06/2020, “Franzinetti con Hospital Fuerza Aérea”, rol n.º 29094-2019.

La Corte Suprema de Chile acogió la demanda, argumentando que, al no haberse proporcionado la información necesaria sobre el riesgo que implicaba la operación, la paciente perdió la oportunidad de optar por no someterse al procedimiento o de buscar tratamientos alternativos. Sobre esta base, se concedió una indemnización de \$4.000.000 de pesos chilenos por daño moral, reconociendo expresamente la pérdida de la chance como un perjuicio indemnizable.

Lo interesante de este fallo es que contrasta con otra decisión del mismo tribunal, dictada en un caso de hechos similares⁶⁶⁵, pero con un enfoque indemnizatorio diferente. En este segundo caso, la Corte chilena condenó al pago de \$30.000.000 de pesos chilenos por daño moral, pero no fundamentando la reparación en la pérdida de oportunidad, sino en el daño final sufrido por la paciente. La diferencia en los montos otorgados pone de manifiesto el impacto de la elección del criterio indemnizatorio en la cuantificación del perjuicio.

Esta disparidad en los fallos evidencia una falta de uniformidad en el tratamiento del daño derivado de la omisión del deber de informar, lo que puede dar lugar a decisiones contradictorias y eventualmente injustas para las víctimas. En todo caso, buena parte de la doctrina nacional parece inclinarse por la pérdida de la oportunidad, aunque en fallos recientes es posible observar una sólida referencia al daño moral en su sentido amplio⁶⁶⁶.

g. El caso del *wrongful birth* y otras figuras afines⁶⁶⁷

i) Wrongful birth

En determinadas circunstancias, los errores u omisiones médicas durante el embarazo pueden privar a la gestante de ejercer su derecho a decidir informadamente sobre la

⁶⁶⁵ CS Chile, 28/01/2011, “Wagemann con Vidal”, rol n.º 5849-2009. La paciente demanda toda vez que se ha sometido a una cirugía de reducción mamaria, cuya consecuencia es que sus pezones quedan ubicados de manera notoriamente asimétrica. En este caso, también se denuncia la omisión a la información.

⁶⁶⁶ CS Chile, 02/05/2018, anonimizado, rol n.º 28036-2017; CS Chile, 01/06/2019, “Tolosa Lahr Mario Cristian con Servicio de Salud Metropolitano Oriente Hospital del Salvador y otros”, rol n.º 9041-2018; CS Chile, 24/01/2018, “Soto Maluenda Jorge Andrés y otros con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”, rol n.º 33865-2017. En este sentido también se pronuncia: Calahorrano Latorre (2023).

⁶⁶⁷ Solo me referiré a lo que dice relación con la calificación del daño, haciendo brevemente algunas referencias conceptuales. Para más información ver: Tapia Rodríguez (2003); Mondaca Miranda et al. (2015), Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2011).

continuación del embarazo⁶⁶⁸. No se trata del resultado —el nacimiento de un hijo con una enfermedad o discapacidad—, sino del modo en que se produjo ese resultado: sin información oportuna, sin posibilidad de elección, sin consentimiento real. A esta clase de casos se les ha denominado en la doctrina anglosajona *wrongful birth* o nacimiento injusto⁶⁶⁹, expresión que alude, no al valor de la vida humana, sino a la circunstancia en que fue impuesta.

El supuesto típico de nacimiento injusto se presenta cuando una mujer da a luz a un hijo con una malformación congénita que pudo haber sido detectada durante el embarazo, pero no lo fue debido a una negligencia médica. Tal omisión no solo representa un incumplimiento profesional, sino que también constituye una privación del derecho a decidir en condiciones de plena información⁶⁷⁰. Por eso, “es necesario insistir en que en estas acciones no se imputa al médico el defecto o la malformación del niño, como podría ser en el supuesto de haber aconsejado a la madre a tomar un remedio que causa una enfermedad, sino no haber informado o haber informado mal de la malformación que el feto tiene por causas que a él no le son imputables”⁶⁷¹.

Esta responsabilidad médica puede configurarse en distintos momentos del seguimiento prenatal: cuando el profesional no recomienda la necesidad de exámenes⁶⁷² para diagnósticos prenatales⁶⁷³, cuando omite comunicar oportunamente los resultados de los estudios realizados⁶⁷⁴ o cuando, habiéndolos realizado, incurre en errores que impiden un diagnóstico certero. En todos estos casos, el común denominador es la infracción del deber de información y la consiguiente frustración del derecho de autodeterminación⁶⁷⁵.

La evolución jurisprudencial ha sido marcada. En Estados Unidos, durante décadas se rechazaron las demandas fundadas en *wrongful birth*, argumentando que el daño era abstracto e imposible de cuantificar. Surgió en EE.UU. con *Gleitman v.*

⁶⁶⁸ Martínez (2013), p. 42.

⁶⁶⁹ Medina (2008), p. 532.

⁶⁷⁰ Arcos Vieira (2016), pp. 52-53.

⁶⁷¹ Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2011).

⁶⁷² Paños Pérez (2014); Sánchez (2018), p. 466.

⁶⁷³ Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2011). Las autoras señalan que la expresión “diagnóstico prenatal” designa las acciones dirigidas a descubrir durante el embarazo un defecto congénito, entendiendo éste como “toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple” (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. <http://www.sego.es>.)

⁶⁷⁴ Paños Pérez (2014); Sánchez (2018), p. 466.

⁶⁷⁵ Paños Pérez (2014); Sánchez (2018), p. 466; Luna Yerga (2005), p. 13.

Cosgrove (1967)⁶⁷⁶, en que se rechazó la indemnización a una madre que no fue informada de los riesgos de la rubéola en su embarazo, al considerarse el daño abstracto e incuantificable. En *Becker v. Schwartz* (1978)⁶⁷⁷, en cambio, la Corte de Nueva York reconoció la responsabilidad médica por no advertir a una mujer sobre su alto riesgo de concebir un hijo con síndrome de Down, afectando su derecho a decidir. El tiempo ha llevado a una interpretación distinta que reconoce que el perjuicio no está en el nacimiento, sino en la pérdida de la libertad reproductiva ejercida de forma consciente.

Esta perspectiva también se consolidó en Europa continental. En España, en 1997 se analizó el caso de una mujer con antecedentes familiares de anomalías genéticas a quien se le practicaron dos amniocentesis fallidas. Nadie le advirtió de que los resultados eran inválidos. Cuando finalmente le informaron, el plazo legal para la interrupción del embarazo ya había vencido. Su hija nació con múltiples malformaciones⁶⁷⁸. En este caso, el daño no residía en la vida de la niña, sino en la supresión del derecho de su madre a decidir si quería o no continuar con la gestación.

A propósito de este fallo, en España se generó un debate en torno a la calificación del daño. ¿Se trata de una pérdida de oportunidad? Algunos sectores propusieron subsumirlos bajo la figura de la pérdida de oportunidad, alegando que la madre perdió la oportunidad de elegir otro curso de acción⁶⁷⁹. Sin embargo, otros autores advirtieron que tal encuadre no era correcto⁶⁸⁰. No se trata de una hipótesis conjetural ni de un resultado incierto⁶⁸¹. No hay azar en el daño: se excluye una decisión⁶⁸². Lo que se vulnera no es la expectativa de un resultado favorable, sino el derecho a autodeterminarse con base en información veraz y oportuna.

Esta precisión es indispensable. Porque si el daño es distinto, también lo será su tratamiento jurídico y su cuantificación. En estos casos, la lesión no recae sobre el resultado, sino sobre el propio acto de elección que se impidió.

Con todo, no siempre la jurisprudencia ha sabido mantener esa distinción. En un caso español se acogió una demanda interpuesta por una mujer a la que, tras someterse a

⁶⁷⁶ Corte Suprema de Nueva Jersey, 21/11/1966, “*Gleitman v. Cosgrove*”, 49 N.J. 22, 63 (227 A.2d 689, 711; 22 A.L.R.3d 1411).

⁶⁷⁷ Sweeney (1980).

⁶⁷⁸ TS español, Sala en lo Civil, Sección 1, 06/06/1997, rol N.º 3999/1997, 1997: 4610.

⁶⁷⁹ Medina Alcoz (2007), pp. 202-203; Saigi-Ullastre et al. (2013), pp. 158-159.

⁶⁸⁰ Entre ellos: Martín Casals y Solé Feliu (2002); Luna Yerga (2004); Sánchez (2018).

⁶⁸¹ Martín Casals y Solé Feliu (2002), pp. 1114-1115; Luna Yerga (2004), pp. 549.

⁶⁸² Sánchez (2018), p. 483.

los exámenes médicos recomendados por el alto riesgo de su embarazo, no se le informó oportunamente del resultado: su hija nació con múltiples anomalías congénitas y malformaciones graves. Cuando finalmente recibió la noticia, ya había transcurrido el plazo legal para interrumpir el embarazo. Lo que se discutía no era si habría abortado de haberlo sabido, sino el hecho irrefutable de que la falta de información le privó de decidir conforme a sus convicciones, en tiempo útil y con pleno conocimiento de causa⁶⁸³.

El tribunal acogió la demanda, pero lo hizo bajo el argumento de que la mujer perdió una oportunidad, sin detenerse a valorar la probabilidad real de que hubiera decidido interrumpir el embarazo si hubiera estado informada. El fallo reparó el impacto emocional y los cuidados extraordinarios que demandaba la niña, pero no analizó si lo reclamado era una oportunidad perdida o un derecho suprimido. Esa omisión conceptual puede tener consecuencias relevantes, ya que para aplicar la figura de la pérdida de oportunidad es necesario ponderar probabilidades. En este caso, en cambio, la privación del derecho a decidir fue cierta y no se pudo calcular.

Desde entonces, en general, pueden encontrarse varias sentencias, aunque aisladas, del TS en el que acoge esta figura, aunque no con la uniformidad que uno esperaría⁶⁸⁴.

En Argentina⁶⁸⁵, la jurisprudencia también se ha enfrentado a situaciones similares. En un caso, los médicos no consignaron la ausencia de antebrazos y manos del

⁶⁸³ TS español, sala en lo Civil, Sección 1, 4/2/1999, 1999:679.

⁶⁸⁴ Ya en 2011, Kemelmajer de Carlucci y Lamm advertían que a pesar del importante número de pronunciamientos dictados por el TS español —veintinueve hasta esa fecha, quince de la sala Civil y catorce de la sala de lo Contencioso Administrativo—, no se había consolidado una doctrina uniforme sobre aspectos fundamentales: la configuración del daño, su naturaleza (moral o patrimonial), la existencia del nexo causal con la conducta médica, o los criterios para cuantificar la indemnización correspondiente. Señalaban, con razón, que esa dispersión jurisprudencial generaba incertidumbre en la aplicación del derecho. Kemelmajer de Carlucci y Lamm (2011).

Transcurrida más de una década desde entonces, el análisis de la jurisprudencia actual revela que aquellas críticas siguen vigentes. Las sentencias continúan exhibiendo enfoques dispares en cuestiones centrales, lo que confirma que las desuniformidades advertidas por las autoras no han sido superadas.

⁶⁸⁵ En Argentina, el reconocimiento legislativo de los derechos sexuales y reproductivos se consolidó a partir de la sanción de la Ley N.º 25.673, que en el año 2003 creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Este programa, de aplicación en todo el sistema público de salud, establece entre sus objetivos la provisión de métodos anticonceptivos a solicitud de los beneficiarios, previa evaluación médica, asegurando el acceso a información clara, suficiente y libre de presiones sobre las distintas alternativas disponibles. Se exige, además, que los métodos prescriptos sean reversibles, no abortivos y transitorios, en respeto a las convicciones personales de cada usuario.

A partir de 2006, la Ley N.º 26.130 profundizó esta línea, al reconocer expresamente el derecho de toda persona mayor de edad a acceder, sin restricciones indebidas, a procedimientos de anticoncepción quirúrgica como la ligadura de trompas o la vasectomía. La norma no exige más requisito que la capacidad legal del solicitante y la prestación de un consentimiento informado, expresado de manera libre, sin que sea necesaria la autorización de terceros, aun cuando exista vínculo conyugal o de convivencia. Se trata, en

feto en los estudios ecográficos realizados durante el segundo y tercer trimestre del embarazo. Tampoco informaron de esa anomalía a los progenitores. La madre no pudo prepararse emocionalmente para el nacimiento y sufrió un daño moral severo al ver nacer a su hijo con hemimelia. Sin embargo, el tribunal trató el caso como una pérdida de oportunidad, aludiendo a la posibilidad de haber realizado nuevos estudios o de haber elaborado anticipadamente una respuesta emocional⁶⁸⁶. Esta lectura diluye el verdadero perjuicio: el impacto directo e inmediato de no haber sido informada a tiempo. En este tipo de daño no hay incertidumbre ni cálculo probabilístico. Se trata de una omisión concreta, con consecuencias previsibles, que afecta a la integridad emocional de la paciente y a su derecho a llevar el embarazo de forma informada.

En Chile, los casos que han llegado a conocimiento de los tribunales son escasos, pero ilustrativos. En uno de ellos, el tribunal reconoció un incumplimiento contractual por omisión del deber de informar. La sentencia concedió una indemnización por daño emergente y moral, aunque sin abordar en profundidad el contenido sustantivo del derecho vulnerado: el derecho a decidir libre y conscientemente⁶⁸⁷.

Una sentencia dictada algunos años después fue más clara al respecto. Una paciente, cuando le programaron una cesárea, solicitó también una esterilización quirúrgica. Ya era madre de un niño con hidrocefalia, condición que exigía cuidados permanentes. El procedimiento no se llevó a cabo y la paciente no fue informada de ello. No se enteró hasta que quedó nuevamente embarazada. El tribunal estimó la reclamación por daño moral, ya que se había vulnerado su derecho a decidir sobre su cuerpo. Bastó con constatar que no se le había brindado la información adecuada⁶⁸⁸. No se exigió prueba

definitiva, del reconocimiento normativo de un espacio de autonomía personal que el Estado tiene el deber de proteger, sin interferencias ni condicionamientos.

⁶⁸⁶ C. Cont. Admin. de Paraná, Entre Ríos; 05/02/2020, “A., L. R. c./ Provincia de Entre Ríos y otro”, Rubinzal online, cita digital: RC J 3822/20.

⁶⁸⁷ CA de Antofagasta, 02/05/2012, “Currihual Pesce, Sandra con Castillo Pinto, Jaime”, rol n.º 373-2011. En el caso la paciente se sometió a una intervención de esterilización laparoscópica con el propósito claro de evitar futuros embarazos. No obstante, tiempo después quedó embarazada, y dio a luz a gemelas con síndrome de Down. Esta circunstancia motivó la interposición de una demanda por incumplimiento del contrato médico, centrada tanto en la ineficacia del procedimiento como en la falta de información otorgada a la paciente.

Durante la cirugía, se comprobó que no se intervino la trompa izquierda debido a la presencia de supuestas adherencias. Sin embargo, esta omisión no fue advertida ni informada a la paciente de manera oportuna, privándola de la posibilidad de adoptar decisiones informadas respecto de su salud reproductiva.

El incumplimiento de información adecuada derivó en que se condenara a la indemnización de daño emergente y daño moral.

⁶⁸⁸ CS Chile, 29/01/2016, “Rosas Bahamonde Lourdes del Carmen con Servicio de Salud Chiloé”, rol n.º 13544-2016.

de un perjuicio económico ni se razonó en clave de probabilidad, como lo haría la pérdida de chance. Se entendió que el daño residía en la negación misma de la decisión.

En un caso similar, también en Chile, una mujer se sometió a una esterilización debido al riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria que ya afectaba a su hija mayor. Aunque se le informó del margen de error del procedimiento, no se le advirtió sobre la necesidad de utilizar métodos anticonceptivos complementarios. El nuevo embarazo se produjo y, solo entonces, tomó conocimiento de la información que se le había ocultado. En ese contexto, el daño fue evidente: no pudo decidir sobre su fertilidad en un momento especialmente delicado de su vida. El tribunal reconoció la responsabilidad del Estado por la omisión informativa y admitió que ella vulneró un derecho esencial, sin necesidad de reconducirlos a la pérdida de chance⁶⁸⁹.

Estos fallos permiten demostrar que aquí no hay chance. En contextos de planificación reproductiva, la información no es un elemento accesorio, sino la base de toda decisión libre. Cuando esa información se omite, el daño no es conjetural ni remoto. Es actual, concreto y jurídicamente resarcible.

ii) Wrongful conception

A diferencia de la situación anterior, el niño nace sano, pero la gestación no fue deseada. En estos casos, lo que se reprocha al profesional sanitario no es no haber diagnosticado durante el embarazo, sino no haber implementado un procedimiento anticonceptivo⁶⁹⁰. La doctrina anglosajona ha denominado a esta categoría *wrongful conception*, expresión que alude al fracaso de la prevención de un embarazo que, por diversas razones, se buscaba evitar.

A diferencia del *wrongful birth*, aquí no hay enfermedad ni malformación fetal, por lo que el daño no radica en la imposibilidad de interrumpir una gestación por razones terapéuticas. El eje está puesto en la ineficacia de un procedimiento médico —ligadura de trompas, vasectomía, colocación de DIU, entre otros— que fue solicitado por la paciente, aceptado por el profesional y realizado con la finalidad expresa de evitar la

⁶⁸⁹ CS Chile, 27/09/2021, anonimizado, rol n.º 44150-2020.

⁶⁹⁰ Martínez (2013), p. 43.

procreación. Estas hipótesis nacen a partir del reconocimiento de los derechos reproductivos⁶⁹¹.

Esta figura fue por primera vez reconocida en 1967 por la Corte de Apelaciones de California que sostuvo que el nacimiento de un hijo no constituye, en todos los casos, un bien jurídico deseado. En consecuencia, hizo lugar a la demanda promovida por los padres de un noveno hijo, nacido sano, tras un procedimiento de esterilización fallido realizado luego del octavo embarazo⁶⁹². A partir de esa decisión, los tribunales norteamericanos comenzaron, con mayor regularidad, a acoger este tipo de pretensiones.

La jurisprudencia ha oscilado entre reconocer y negar la indemnización en estos casos. Algunos tribunales han rechazado la demanda cuando se ha acreditado que el procedimiento se realizó correctamente, que se informó debidamente sobre su margen de error y que no se incumplieron los estándares técnicos exigidos por la *lex artis*. En tales casos, el nacimiento no se considera imputable al profesional, sino al fallo estadístico propio del método utilizado. Además, cuando el consentimiento informado se prestó de forma legal, incluyendo advertencias sobre la tasa de eficacia, se entiende que la persona aceptó el riesgo residual, lo que excluye la responsabilidad del profesional sanitario⁶⁹³.

No obstante, cuando se acredita una negligencia como una omisión informativa, una ejecución defectuosa del procedimiento o el incumplimiento del deber de control posterior, la responsabilidad médica puede configurarse sin mayor dificultad. Así lo entendió un tribunal argentino en un caso paradigmático, en el que una mujer, tras solicitar una ligadura tubaria durante una cesárea, volvió a quedarse embarazada poco tiempo después. La cirugía figuraba en la historia clínica, pero no se llevó a cabo. El centro médico no pudo acreditar que se hubiera informado a la paciente de dicha omisión.

⁶⁹¹ Estas hipótesis nacen a partir del reconocimiento de los derechos reproductivos, a través de una interpretación de una serie de normas. El punto de partida es el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en el Cairo entre el 5 y 13 de septiembre de 1994 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada entre el 4 y 15 de septiembre de 1995 en Beijing, que profundizan en torno a la libertad a planificar la paternidad y afirman el derecho de la mujer “a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto a estas cuestiones”. También del derecho a la libertad reconocido en los artículos 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos; entre los que se encuentra el derecho a la autonomía reproductiva, cuyo contenido está conformado por la facultad de decidir tener hijos y cuantos. Para más información ver: Cárdenas y Sánchez (2018).

⁶⁹² CA de California, 24/05/1977, Custodio v. Bauer, (Civ. No. 23003. First Dist., Div. One. May 24, 1967).

⁶⁹³ C. Apel. Civ. Com. Lab. y de Min. de Neuquén, 23/06/2021, “C. A. M. V. y otro c./ J.D.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-134914-AR.

Años después, la paciente se sometió a una nueva cesárea y entonces se constató que el procedimiento anterior nunca se había realizado⁶⁹⁴.

En esa ocasión, consideró que la paciente había sido privada de ejercer su derecho a decidir sobre su cuerpo y su fertilidad, ya que no se le había advertido debidamente de que el procedimiento solicitado no se había llevado a cabo. En consecuencia, reconoció el daño moral sufrido, sin necesidad de acreditar una afectación patrimonial ni una expectativa frustrada, ya que bastó con constatar la lesión de un derecho fundamental.

iii) Wrongful life⁶⁹⁵

El llamado *wrongful life* alude a las acciones promovidas por hijos nacidos con discapacidades graves, que alegan haber sido privados de la posibilidad de no existir, a raíz de una omisión médica en el diagnóstico prenatal. A diferencia del *wrongful birth*, aquí no reclaman los progenitores, sino el propio nacido, afirmando que, de haberse informado correctamente a su madre, esta podría haber optado por la interrupción del embarazo dentro del plazo legal⁶⁹⁶.

La doctrina y la jurisprudencia han sido reticentes a reconocer este tipo de demandas. No obstante, algunos precedentes excepcionales han admitido la reparación, pero no por el hecho de haber nacido, sino por las condiciones de vida impuestas como resultado de una omisión médica evitable.

Esta figura no configura una pérdida de oportunidad. El hijo no fue privado de una probabilidad futura de beneficio, sino que se encuentra en una situación fáctica cuya causa se remonta a una omisión ajena. El daño, cuando es reconocido, no se apoya en el azar ni en la incertidumbre, sino en un hecho cierto: haber nacido en condiciones que pudieron ser evitadas si se hubiera cumplido el deber de informar. Por tanto, el concepto de chance resulta aquí impropio y forzado.

⁶⁹⁴ C. Nac. Civ., sala G, 19/12/2017, “P. V.J. y otro c./ I. M. de O.S.A. y otros”, con comentario de Meneghini, Roberto A., 25/04/2018, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-13520-AR.

⁶⁹⁵ En Francia, en el año 2002, se dictó la ley antiperruche, que revocó el controvertido fallo Perruche. En este caso, se reparó el daño sufrido por un niño con una discapacidad congénita cuando su madre no había podido recurrir a una interrupción voluntaria del embarazo tras un diagnóstico erróneo del médico. Gosseries (2002). A raíz del caso Perche, en el año 2012 dictó la llamada ley anti Perche, cuyo artículo primero prescribe “nadie puede prevalerse de un perjuicio por eso sólo lo he hecho de su nacimiento

⁶⁹⁶ De Ángel Yagüez (2001), p. 117.

1.2. Otros casos de falta de información

La pérdida de oportunidad por falta de información no se agota en el ámbito médico. También se manifiesta en escenarios donde la víctima, por falta de información, toma una decisión que le resulta perjudicial, aun cuando tal decisión no dependiera de un tercero, sino de sí misma, en la medida que su incumplimiento altere el proceso decisorio de la víctima.

Se trata, por lo tanto, de una privación de autonomía decisional que tiene relevancia jurídica, cuando dicha autonomía se ve afectada por el incumplimiento de un deber de informar.

Como señala la doctrina, el deber de informar busca precisamente neutralizar los riesgos inherentes a las decisiones que pueden resultar perjudiciales. En este sentido, si el acreedor se enfrenta a una decisión que podría afectarlo negativamente y no recibe la información oportuna y adecuada, se encuentra ante un proceso decisional afectado por la incertidumbre⁶⁹⁷. Sin embargo, la incertidumbre —propia del azar— no reside en la imposibilidad de prever el resultado final, sino en poder saber qué habría decidido la víctima de haber contado con toda la información necesaria.

El derecho comparado ha desarrollado esta línea en diversos contextos. En Francia, el Tribunal de Casación ha reconocido la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de falta de información en procesos financieros como la suscripción de préstamos o avales⁶⁹⁸. En estos escenarios, se ha considerado que el incumplimiento del deber de información por parte de entidades bancarias o financieras puede generar responsabilidad por pérdida de oportunidad, aun cuando el cliente haya suscrito efectivamente el contrato⁶⁹⁹. En realidad, lo que se indemniza no es el contrato celebrado ni sus consecuencias económicas inmediatas, sino “el perjuicio derivado del incumplimiento por una entidad financiera de su obligación de asesoramiento o advertencia se analiza como la pérdida de la oportunidad de no suscribir el préstamo”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Vitale (2020), p. 157.

⁶⁹⁸ Vitale (2020), pp. 161-162.

⁶⁹⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, 07/02/2018, n° 16-12808 y 16-24004.

⁷⁰⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, 07/02/2018, n° 16-12808 y 16-24004.

En este sentido, también se ha condenado a entidades bancarias por no proporcionar la información adecuada a los avalistas sobre los riesgos financieros relacionados con el endeudamiento que respaldan⁷⁰¹.

Asimismo, se ha reconocido la pérdida de oportunidad en contextos más personales, como la elección de un régimen matrimonial⁷⁰² o sucesorio⁷⁰³ más favorable, si dicha elección estuvo condicionada por un asesoramiento incorrecto o incompleto.

En la jurisprudencia argentina también se han reconocido casos de pérdida de chance derivados de la falta de información. Un caso en particular es el de un médico que demandó a una asociación por la publicidad engañosa de un curso que ofrecía un título de Especialista en Salud Pública, sin advertir que dicho título había sido dejado sin efecto por el Ministerio de Salud. El actor, al momento de inscribirse, lo hizo confiando en la legitimidad del título anunciado. Aunque completó la capacitación y obtuvo ciertos beneficios curriculares, estos fueron menores en comparación con los que habría obtenido si la información hubiese sido veraz. El tribunal acogió la demanda, pero limitó la indemnización a la pérdida de la oportunidad cierta de acceder a un título válido, sin incluir el resultado final ni el precio pagado, sino únicamente la chance frustrada por el incumplimiento del deber de información⁷⁰⁴.

En este contexto, es importante destacar que el daño no reside en el curso realizado ni en sus contenidos, sino en el proceso decisional viciado. La afectación no radica en la obtención de un resultado, sino en la negación de una elección informada, lo cual es precisamente lo que el derecho debe resarcir.

A pesar de lo anterior, el reconocimiento de la pérdida de oportunidad no puede conducir a una protección ilimitada de toda expectativa frustrada. No toda decisión adoptada en condiciones imperfectas configura un daño jurídicamente relevante. Para que proceda su reparación debe ser real, seria, concreta y no meramente una conjetura retrospectiva sobre lo que se habría hecho en otras circunstancias.

En este sentido, uno de los desafíos que enfrentan los operadores jurídicos consiste en establecer límites claros a la indemnización por pérdida de oportunidad

⁷⁰¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 12/07/2017, n° 16-10.793, publié au Bulletin.

⁷⁰² Cour de cassation, première chambre civile, 30/04/2014, n° 13-16.380, publié au Bulletin civil I, n° 76.

⁷⁰³ Cour de cassation, première chambre civile, 22/11/2017, n° 16-26.169.

⁷⁰⁴ C. Nac. Civ., sala D, 04/12/2009, “S. D. A., B. G. c./ Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires”, LL online, cita digital: AR/JUR/75553/2009.

cuando esta deriva de la falta de información. Es necesario distinguir entre expectativas razonables que fueron frustradas por un actuar antijurídico y meras decepciones frente a decisiones adoptadas dentro de un margen natural de incertidumbre.

El deber de informar no convierte toda consecuencia desfavorable en un daño indemnizable. Pero cuando la información omitida ha impedido a la víctima ejercer su libertad decisional de forma consciente y autónoma, y dicha elección frustrada representaba una chance concreta de evitar un perjuicio o de obtener un beneficio legítimo, entonces —y solo entonces— es una pérdida de oportunidad que es digna de indemnización.

a. Evolución jurisprudencial sobre la falta de alerta de tsunami y la aplicación de la pérdida de oportunidad

En 2010, tras el terremoto que afectó a Chile, con epicentro en Concepción, diversas autoridades informaron públicamente que no existía riesgo de maremoto. Sin embargo, horas más tarde, un tsunami golpeó distintas comunas de la región, dejando numerosas víctimas fatales. Ante ello, los familiares de algunas de estas personas demandaron al Estado, argumentando que la omisión de una alerta oportuna constituyó una falta de servicio que impidió a las víctimas protegerse a tiempo.

La Corte Suprema ha abordado estos casos en distintos fallos dictados entre 2013 y 2019, evidenciando una evolución en su criterio, distinguiéndose tres momentos⁷⁰⁵. En una primera etapa, el tribunal rechazó las demandas, fundamentando su decisión en la falta de causalidad entre la omisión del aviso y el fallecimiento de las víctimas, al considerar que el desastre natural era un hecho suficiente para explicar el desenlace⁷⁰⁶. Posteriormente, en una segunda fase, la Corte modificó su postura y comenzó a acoger las demandas, al reconocer que la ausencia de alerta sí influyó en la muerte de las personas, pues impidió que tomaran medidas para ponerse a salvo. Es decir, el máximo tribunal chileno consideró que existió una relación de causalidad entre esa falta de

⁷⁰⁵ Barría Díaz (2019), p. 240.

⁷⁰⁶ CS Chile, 23/01/2013, “Soto Morales Juan Bautista con Fisco de Chile”, rol n.º 1250-2012; CS Chile, 29/04/2014, “Eduardo Contreras Rodríguez con Fisco de Chile”, rol n.º 16.920-2013; CS Chile, 29/04/2014, “Marta Adela Fonseca Vásquez con Fisco de Chile”, rol n.º 16.885-2013; CS Chile, 04/10/2016, “Moscoso Larenas Alejandro con Fisco de Chile”, rol n.º 24.306-2016.

servicio y las muertes, por lo que concede indemnización de perjuicios a favor de los actores⁷⁰⁷.

Sin embargo, es evidente que en estos casos falla el nexo de causalidad, pues ni siquiera en la teoría de la equivalencia de las condiciones, resulta posible afirmar que de haber recibido las víctimas del tsunami la información correcta en el momento oportuno, habrían sobrevivido⁷⁰⁸.

En un tercer y último momento, el tribunal optó por conceder una indemnización a las víctimas basado en la pérdida de oportunidad⁷⁰⁹. La Corte Suprema de Chile razona en general, en el siguiente sentido: si bien existe una incertidumbre causal entre la negligencia (ausencia o deficiencia de la información del tsunami) y el resultado final (muerte de las víctimas), es posible establecer un nexo causal entre el hecho culpable y la posibilidad que habrían tenido las víctimas de sobrevivir si es que las autoridades hubieran cumplido diligentemente con su deber. Así, el máximo tribunal chileno ha señalado que:

“En el caso concreto, el vínculo de causalidad, se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues aplicando las ideas expuestas en los considerandos anteriores se concluye que la relación causal se vincula con la circunstancia de privar a las víctimas de una oportunidad de poner a resguardo su vida, cuestión que efectivamente podrían haber realizado si hubiesen recibido la información de riesgo de tsunami oportunamente”⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ CS Chile, 18/12/2013, “Maria del C. Valenzuela Flores con Fisco de Chile”, rol n.º 1629-2013; CS Chile, 07/06/2016, “Oñate Sanhueza Alba Rosa con Fisco de Chile”, rol n.º 32262-2015; CS Chile, 27/07/2017, “Gutierrez Sanzana Silvia y outra con Fisco de Chile”, rol n.º 68818-2016; CS Chile, 31/07/2017, “Green Gómez Robinson Reinaldo con Fisco de Chile”, rol n.º 88986-2016; CS Chile, 28/08/2017, “Cifuentes Sanchez Elias Alfredo con Fisco de Chile”, rol n.º 97661-2016; CS Chile, 21/11/2017, “Obregon Villalobos Sonia con Fisco de Chile”, rol n.º 100695-2016; CS Chile, 12/12/2017, “Sepúlveda Aliste Gabriela con Fisco de Chile”, rol n.º 172-2017; CS Chile, 29/12/2017, anonimizado, rol n.º 97668-2016; CS Chile, 26/03/2018, “Luna Miranda Carolina Fabiola con Fisco de Chile”, rol n.º 10165-2017; CS Chile, 03/10/2018, “Mella Guzman Luis Rodrigo con Fisco de Chile”, rol n.º 42539-2017; CS Chile, 04/12/2018, “Silva Hidalgo Norma Angelica con Fisco de Chile”, rol n.º 45305-2017; CS Chile, 18/03/2019, “Gática Valdebenito Marioly y otros con Fisco de Chile”, rol n.º 4185-2018.

⁷⁰⁸ Barria Díaz (2019), p. 246.

⁷⁰⁹ CS Chile, 09/11/2017, “Escalona Allendes Manuel y otros con Fisco de Chile”, rol n.º 12169-2017; CS Chile, 16/11/2017, “Lefiqueo Pincheira Diodina Ruth con Fisco de Chile”, rol n.º 4658-2017; CS Chile, 17/01/2018, “Pinto Flores Rene Alberto con Fisco de Chile”, rol n.º 5094-2017; CS Chile, 17/04/2018, “Ramón Núñez Luis Alberto con Fisco de Chile”, rol n.º 18225-2017; CS Chile, 08/11/2018, anonimizado, rol n.º 871-2018; CS Chile, 21/01/2019, “Rivera Muñoz Viviana Loreto con Fisco de Chile”, rol n.º 40166-2017.

⁷¹⁰ CS Chile, 09/11/2017, “Escalona Allendes Manuel y otros con Fisco de Chile”, rol n.º 12169-2017, considerando décimo tercero.

Los sentenciadores, a mi juicio, acuden acertadamente a la teoría de la pérdida de la chance. La falta de alerta privó de una oportunidad que significó para las víctimas un daño en sí mismo jurídicamente indemnizable. Tal como lo señala Inostroza:

En el caso que analizamos, efectivamente, de haber operado convenientemente el servicio de la administración pública, a través del SHOA y la ONEMI, las víctimas del maremoto habrían tenido la real oportunidad de salvar sus vidas, una opción altísimamente probable, que supera con largueza el concepto de simple esperanza, y además, se encontraban en situación de hacerlo, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el jurídico⁷¹¹.

En todo caso, respecto de la cuantificación, la falta de metodología es ciertamente criticable, toda vez que no se menciona ni por los jueces de instancia, ni por el máximo tribunal, cuál es el criterio que se ha utilizado para arribar a las sumas otorgadas a las víctimas, pero este es un tema al que tendré ocasión de referirme más adelante.

2. El azar decisional de un tercero

Hay casos en que la concreción del resultado esperado no depende de una elección propia de la víctima, sino de una decisión que corresponde a un tercero. La incertidumbre, en estos supuestos, nace del carácter imprevisible de esa voluntad ajena. El resultado, aunque posible y fundado en antecedentes objetivos, permanece incierto hasta que ese tercero actúe. En otras palabras, lo que vuelve azarosa la oportunidad no es la improbabilidad del beneficio, sino la imposibilidad de prever —y, por tanto, de controlar— la decisión que debe adoptarse.

Así, la pérdida de oportunidad puede estar asociada a contextos en los que el desenlace dependía de una decisión judicial (2.1), de un veredicto emitido por un jurado (2.2), o de la manifestación de voluntad de un tercero en una relación contractual o por no reconocimiento de un deber (2.3).

⁷¹¹ Inostroza (2020), p. 417.

2.1. La pérdida de oportunidad procesal

La incertidumbre es inherente a todo proceso judicial⁷¹². Ningún litigio permite anticipar con certeza el resultado, pues el desenlace depende siempre de la decisión de un tercero que interpreta hechos, aplica normas y ejerce facultades valorativas. Ese escenario —en el que el éxito es solo una posibilidad y nunca una seguridad— es el terreno natural para que el daño sea la pérdida de oportunidad procesal⁷¹³.

Tempranamente, la jurisprudencia argentina se enfrentó al problema de la pérdida de oportunidad en el marco de la responsabilidad profesional del abogado. Un fallo de 1962, comentado por Leonardo Colombo, analizó la responsabilidad de un letrado cuya inactividad provocó la perención de instancia en un juicio iniciado contra el Fisco por repetición de impuesto. La sociedad actora alegó que esa omisión profesional frustró su chance de recuperar una suma considerable, y promovió demanda de daños contra sus abogados y procuradores. Aunque en ese momento la figura no estaba consolidada, el comentario de Colombo ya, en ese tiempo, sostenía que cuando la conducta del letrado impide acceder a una decisión sobre el fondo, la frustración de esa expectativa puede constituir un daño indemnizable. Este antecedente permite advertir que, incluso desde una etapa temprana, la jurisprudencia y la doctrina argentina reconocían que el proceso judicial es un terreno fértil para que la pérdida de chance adquiriera relevancia jurídica⁷¹⁴.

No es casual que el origen histórico de la pérdida de chance se haya desarrollado en Francia a partir de este escenario. En efecto, uno de los ámbitos más paradigmáticos en que se manifiesta esta figura es el de la responsabilidad profesional del abogado. Cuando una actuación negligente del letrado frustra la posibilidad de alcanzar un fallo favorable, el daño no se traduce necesariamente en la pérdida del pleito, sino en la pérdida de una probabilidad razonable de éxito.

Dicho de otro modo, el perjuicio no reside en el resultado final, sino en la frustración de una expectativa jurídicamente protegida. Como ha señalado la doctrina, “de ordinario, el daño producido por la deficiente actuación del abogado o procurador

⁷¹² Vitale (2020), pp. 170-171.

⁷¹³ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 62; Crespo Mora (2009), p. 118.

⁷¹⁴ Colombo (1962). Unos años antes el mismo autor consideraba que no debiera indemnizarse la pérdida de chance, ya que se trataba de un “daño eventual”. Ver: Colombo (1944), p. 645.

habrá de concretarse en una pérdida de probabilidades de éxito en un juicio determinado”⁷¹⁵.

Esa pérdida es precisamente lo que justifica la indemnización. Lo que se resarce no es el beneficio que habría podido obtenerse, sino la chance misma, valorada según su grado de probabilidad⁷¹⁶. Se trata, por tanto, de un daño autónomo, cuya existencia no requiere acreditar que el resultado habría sido distinto, sino que había una chance real y concreta que el profesional tenía el deber de preservar.

En España, esta construcción ha encontrado un campo particularmente fértil en la responsabilidad civil del abogado. Aunque su obligación se define como una obligación de medios, no de resultado, la negligencia puede traducirse en la pérdida de la oportunidad de obtener una resolución favorable. No se sanciona el hecho de haber perdido el juicio, sino el haber perdido la oportunidad de ganarlo⁷¹⁷.

Desde esta perspectiva, el daño aparece, cuando la víctima ya no puede interponer una demanda, recurrir una decisión o seguir adelante con una estrategia procesal viable. Esa interrupción representa un daño objetivo, con independencia del desenlace hipotético del juicio. En todos estos casos, lo perdido no es el resultado final, sino el camino legítimo hacia él⁷¹⁸.

En general, la jurisprudencia admite la responsabilidad civil del abogado ya que, “si bien el profesional asume una obligación de medios en cuanto al resultado final del pleito, también asumo una obligación de resultado en el cumplimiento de los distintos actos procesales hasta llegar a la sentencia – concurrir a las audiencias, ofrecer las pruebas y deducir en término los recursos que su cliente estime conveniente, etc.- los que en el caso se incumplieron en tanto se presentaron sólo cuatro escritos en seis años, lo cual refleja una total negligencia, imprudencia, desidia e impericia en el accionar del profesional demandado”⁷¹⁹. Por eso, lo resarcible no es el resultado no alcanzado, sino la oportunidad perdida que, aunque no asegure el éxito, merece reparación.

⁷¹⁵ Pettis (2001), p. 941.

⁷¹⁶ Oyarzún Vargas (2021), p. 126.

⁷¹⁷ Oyarzún Vargas (2021), pp. 125-126.

⁷¹⁸ Oyarzún Vargas (2021), p. 126.

⁷¹⁹ C. Apel. Civ. y Com. de Jujuy, sala I, 27/02/2015, “Mamani, Juana Paula y otros c./ Ripoll, Jorge Adrián”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/4989/2015.

a. La paradoja

El proceso judicial se desenvuelve inevitablemente en un marco de incertidumbre. Resulta paradójico que, en un sistema en que todos somos formalmente iguales ante la ley, el resultado de una causa con hechos semejantes pueda variar dependiendo del tribunal o del juez que la resuelva⁷²⁰. La realidad es que, incluso cuando se actúa con la mayor diligencia profesional, persiste un margen de imprevisibilidad que escapa al control del abogado.

Esta incertidumbre no necesariamente se explica por un incumplimiento profesional, sino por múltiples factores que inciden en la decisión jurisdiccional⁷²¹: la valoración de los hechos, la apreciación de la prueba, el ejercicio de facultades discrecionales, entre otros. Por eso, existen márgenes de decisión “ajenos al incumplimiento o al cumplimiento de las obligaciones que incumben al profesional abogado”⁷²², lo que confirma que la incertidumbre no siempre puede atribuirse a una conducta reprochable.

Carbonnier lo expresó con una ironía lúcida al afirmar que, aunque hemos abandonado la idea del juez que decide “por la paja corta”, seguimos aceptando que el grado de indemnización que recibe una víctima dependa, muchas veces, del capricho de la jurisdicción⁷²³. En efecto, el resultado final de un proceso no es una certeza: se construye sobre apreciaciones humanas, y eso lo hace inherentemente incierto.

Frente a este panorama, la pérdida de una chance adquiere sentido como respuesta jurídica. El daño no radica en el resultado que no se obtuvo, sino en la expectativa razonable que fue frustrada. Ello porque, al final del día, el resultado depende “de múltiples factores. En primer lugar de como el juez o el tribunal aprecien los hechos, las pruebas aportadas al proceso, etc.”⁷²⁴. Por lo mismo, el perjuicio no es el contenido del fallo, sino la oportunidad perdida de obtener un pronunciamiento favorable, cuya existencia puede y debe ser apreciada jurídicamente.

⁷²⁰ Vitale (2020), pp. 170-171.

⁷²¹ Vitale (2020), pp. 171-171.

⁷²² Serra Rodríguez (2001), p. 209.

⁷²³ Bénabent (2014), p. XV.

⁷²⁴ Nisnevich (s. f.), p. 12.

Así lo han entendido los tribunales cuando reconocen que “la frustración de un negocio jurídico por defecto del asesoramiento legal o por la pérdida de un juicio en razón de omisiones atribuibles a la negligencia profesional —como la perención o caducidad de instancia— configura la pérdida de una chance”⁷²⁵. Esta oportunidad se entiende como una expectativa frustrada, cuya indemnización procede siempre que se acredite que ella era real y susceptible de apreciación pecuniaria, aunque no se pueda acreditar de manera absoluta que se habría obtenido un resultado favorable.

Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones este aleas, que hace impredecible la justicia, ha sido utilizada como excusa para rechazar la indemnización. Por ejemplo, se ha señalado en Chile que el daño:

“Al ser hipotético y eventual el perjuicio alegado por el actor, solo denota una circunstancia incierta o la probabilidad de haber obtenido un resultado beneficioso, resultando imposible para esta magistratura determinar fehacientemente la existencia real de un perjuicio, ya que incluso si se hubieran adoptado todas y cada una de las providencias adecuadas por la parte demandada, el resultado final del juicio podría haber sido igualmente desfavorable al demandante o haberse acogido parcialmente sus pretensiones.

Que así, no podrá determinarse el valor económico de la probabilidad o beneficio perdido”⁷²⁶.

Lo cierto es que la indemnización no busca reparar lo que no se puede acreditar, sino lo que se ha perdido con probabilidad suficiente. Por eso, la evaluación de la chance requiere ponderar objetivamente el grado de probabilidad de éxito que se habría tenido si el profesional hubiera actuado con la diligencia exigida. Como ha señalado también la jurisprudencia, no basta con acreditar la omisión del abogado; debe demostrarse, además, que la expectativa frustrada era jurídicamente relevante.

Si esa expectativa aparece como vaga, difusa o puramente hipotética, no hay daño indemnizable. En cambio, cuando se acredita que el obrar diligente habría permitido al cliente conservar una oportunidad seria y fundada de satisfacción de su derecho, ello merece tutela jurídica. La paradoja, entonces, se resuelve: no se repara el fallo desfavorable, sino la oportunidad legítima que se perdió por una conducta negligente.

⁷²⁵ C. Nac. Civ., sala G, 16/08/2001, “Zuffo, Magdalena B. c./ M. P., D. H.”, RCyS, 2001, p. 895.

⁷²⁶ 23.º JC de Stgo, 09/09/2014, “Moreno con Fuentealba”, rol n.º C-19017-2012.

b. La probabilidad suficiente en la negligencia procesal

La pérdida de chance es indemnizable cuando existe una probabilidad suficientemente seria de que la demanda del cliente hubiera prosperado, de no mediar la negligencia del abogado. No se requiere certeza absoluta sobre el resultado, pero su posible obtención debe ser fundada, evaluada a partir de la solidez de los antecedentes del caso: la existencia del hecho dañoso, la responsabilidad del demandado y la viabilidad jurídica de la acción.

En esta línea, se ha sostenido por la jurisprudencia que la indemnización por chance procede cuando la posibilidad de éxito del cliente era real, seria y apreciable, y la frustración de esa oportunidad se debe exclusivamente a la omisión del abogado. En tales casos, el foco del análisis no está puesto en el resultado hipotético del juicio, sino en el valor objetivo de la oportunidad perdida, cuya existencia puede ser razonablemente estimada conforme a los antecedentes del caso.

Esta construcción fue acogida en un caso en que el cliente demandó a su abogada por la pérdida de chance derivada de la caducidad de un proceso por daños sufridos en un accidente de tránsito. Aunque no era posible asegurar que el resultado del juicio hubiera sido exitoso, el tribunal reconoció que la omisión de la profesional privó al actor de una posibilidad real de obtener una reparación. Lo relevante no era el resultado final, sino la existencia de una probabilidad apreciable, frustrada por la negligencia. El tribunal destacó que:

“Corresponde acoger la indemnización por pérdida de chance, ya que, contrariamente a lo afirmado por la letrada de que no se ha acreditado ‘que el actor hubiera tenido chance alguna de salir victorioso en su reclamo’, no es dable pensar que la abogada iniciara una causa que no tuviera ninguna chance de progresar. Sería tanto como atribuirle lanzar a su asistido a una aventura judicial con nula posibilidad de éxito”⁷²⁷.

Este criterio es aplicable, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la acción prescribe únicamente por inactividad del profesional, sin que existan otras causas que

⁷²⁷ C. Nac. Civ., sala G, 31/07/2024, “Krastev Bozhidar Evgeniev c./ L. E. d. I. Á.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153189-AR.

expliquen la extinción del derecho⁷²⁸. Cuando concurren tales circunstancias, y además el reclamo del cliente se sustentaba en hechos claramente demostrables y jurídicamente fundados, la indemnización por chance se justifica plenamente.

Este mismo razonamiento se ha aplicado en casos en los que el juicio prescribió por inactividad procesal del abogado, pero la existencia del hecho dañoso y la responsabilidad del demandado eran manifiestas. En consecuencia, se ha considerado que la oportunidad perdida es verosímil cuando, adicionalmente, uno de los participantes en el evento que generó la acción judicial ha recibido una sentencia penal condenatoria firme⁷²⁹. Esta circunstancia objetiva refuerza la probabilidad de éxito de la acción frustrada, incrementando el valor resarcible de la chance perdida.

Ahora bien, existen casos en los que el grado de certeza de éxito era tan elevado que el daño ya no puede considerarse una simple pérdida de chance, sino un verdadero lucro cesante⁷³⁰ o un auténtico daño emergente y la indemnización “habrá de coincidir con el valor de la prestación frustrada, en el caso de que esta tenga un contenido económico”⁷³¹. Así ocurre, por ejemplo, cuando un juicio ejecutivo con un bien embargado se pierde por caducidad: lo frustrado no es una expectativa, sino un beneficio prácticamente asegurado, cuya pérdida debe ser indemnizada en su totalidad.

En ese mismo grupo se ubican también las llamadas “pretensiones mellizas”⁷³²: situaciones en las que la acción frustrada por negligencia del abogado es idéntica a otras que se tramitan por separado y terminan siendo acogidas por los tribunales. Se trata de un fuerte indicio objetivo de que la pretensión frustrada tenía altísimas probabilidades de éxito. Por ejemplo, en un proceso de expropiación que afecta a varias personas, todas impugnan el justiprecio y sus acciones prosperan, salvo una que no se presenta a tiempo por culpa del abogado. En tales casos, la frustración del resultado no puede considerarse mera pérdida de chance, sino perjuicio con un grado de certeza cercano al total.

Incluso puede haber casos de daño completamente cierto⁷³³, como cuando el abogado no deposita en el expediente el dinero entregado por el cliente para pagar una

⁷²⁸ C. Nac. Civ., sala A, 22/09/2008, “Padrón., L. J. c./ V., C. A. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/34006/2008.

⁷²⁹ C. Nac. Civ., sala E, 26/12/1991, “Pinheiro de Malerba, L. Ester c./ Nostro, Alicia N.”, JA, 1992-IV, p. 611.

⁷³⁰ Vergara (1995), p. 79.

⁷³¹ Crespo Mora (2009), p. 117.

⁷³² Crespo Mora (2009), p. 117.

⁷³³ Pettis (2001), p. 940.

condena, o cuando percibe sumas que luego no le transfiere⁷³⁴. Allí no hay pérdida de oportunidad ni probabilidad frustrada.

Asimismo, puede alcanzarse un grado de certeza casi absoluto cuando la cuestión litigiosa ya ha sido resuelta por jurisprudencia pacífica o fallos plenarios, o cuando el deudor es solvente. En tales hipótesis, el perjuicio ya no puede tratarse como una pérdida de chance, sino como un lucro cesante⁷³⁵.

En el extremo opuesto, existen supuestos en los que la indemnización por chance debe rechazarse. Así ocurre cuando la negligencia del abogado genera una demora, pero no una verdadera pérdida. Por ejemplo, si el letrado no gestiona oportunamente la obtención de una concesión definitiva, pero el cliente aún puede obtenerla, no se ha producido una pérdida de chance, sino un mero retraso⁷³⁶; y la demora en el otorgamiento de un beneficio incierto no configura daño jurídicamente indemnizable.

Todo depende, en definitiva, del umbral de la probabilidad objetiva. Cuanto más alta sea la chance frustrada, mayor será el valor resarcible. Como ha expresado la doctrina, “en la pérdida de chance todo depende del umbral de la chance o de la mayor o menor probabilidad de que el daño aconteciera, tanto a los fines de considerarla indemnizable como a efectos de calcular el monto resarcitorio”⁷³⁷. Por eso se ha dicho también que “la chance indemnizable es aquella que se funda en probabilidades objetivas de éxito, y no en meras creencias subjetivas”⁷³⁸.

Este criterio ha sido acogido por la jurisprudencia argentina. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁷³⁹ rechazó una demanda contra un abogado cuya negligencia provocó la caducidad del proceso. El tribunal razonó que, como la acción no estaba prescrita, el cliente podía iniciar un nuevo juicio. Por tanto, no hubo pérdida indemnizable: la posibilidad de éxito subsistía, y la chance, jurídicamente, había dejado de tener virtualidad. En otro sentido, también ha rechazado las chances cuando se admitió que aunque estaba probada la negligencia profesional por la caducidad del proceso, no procedía reparar una pérdida de oportunidad, por cuanto la parte actora no aportó prueba

⁷³⁴ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 723.

⁷³⁵ Vergara (1995), p. 79.

⁷³⁶ C. Nac. Civ., sala M, 06/05/2009, “Ranieri, Agustín Alberto c./ De Tezanos Pinto, Manuel y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR/9902/2009

⁷³⁷ C. Nac. Civ., sala M, 30/03/2005, “Ariza, Beatriz A. c./ Moricz de Tecso, Pedro N. y otro”, Lexis, n°1/1006131. Citado en Tanzi (2005).

⁷³⁸ Calderón (2011), p. 171.

⁷³⁹ C. Nac. Civ., sala B, 24/11/2010, “O., C.A. c./ L., J. M.”, autos n.° 551.134.

alguna que permitiese afirmar que contaba con posibilidades reales de obtener un resultado favorable⁷⁴⁰.

Asimismo, cuando lo perdido es solo una vía más rápida —por ejemplo, si el abogado extravía un título ejecutivo o deja vencer un plazo legal que lo torna inejecutable—, el daño resarcible es solo la pérdida de ese camino procesal expedito, no el valor total del crédito⁷⁴¹.

Es decir, lo que se indemniza no es el éxito hipotético, sino el valor objetivo de esa chance concreta, cuya existencia y entidad debe ser evaluada judicialmente. Un fallo reciente ha reforzado esta línea argumental al acoger una demanda por pérdida de oportunidad derivada de la caducidad de instancia en un proceso por accidente de tránsito. A pesar de que no se había producido toda la prueba ofrecida por el actor, el tribunal consideró que existían elementos suficientes para inferir una oportunidad seria de éxito. La negligencia del abogado, al no impulsar el expediente, impidió que se llevara a cabo la valoración judicial del conflicto. El tribunal sostuvo que el perjuicio no residía en el resultado no alcanzado, sino en la frustración de una chance razonable de obtenerlo. En consecuencia, ordenó la indemnización, calculada sobre la base del valor económico de la pretensión frustrada, al que se aplicó un porcentaje de probabilidad. En ese caso, se estimó que la chance de éxito del actor ascendía al 50%⁷⁴².

En la misma línea, se resolvió un caso en que los herederos de un actor promovieron una acción de responsabilidad civil contra el abogado que había dejado caducar un proceso iniciado para reclamar daños por la compra de un automóvil con fallas mecánicas. El tribunal sostuvo que, tratándose de responsabilidad profesional, la indemnización no puede abarcar el monto total pretendido en la demanda frustrada, ya que su obtención dependía de elementos contingentes ajenos al letrado. Lo que procede, en cambio, es reparar la pérdida de una chance seria de obtener un resultado favorable. La omisión del abogado impidió el pronunciamiento sobre el fondo, privando a su cliente de la chance de ejercer su derecho en condiciones de igualdad procesal. Esa frustración constituye el verdadero daño, cuya cuantía debe ser estimada conforme a la probabilidad

⁷⁴⁰ C. Nac. Civ., sala E, 20/09/2024, “Clemente Claudio Eduardo c./ F. S. M. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153587-AR.

⁷⁴¹ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 723.

⁷⁴² C. Nac. Civ., sala A, 05/07/2024, “Miniño Vilte, Jorge Alberto c./ Adaro, Mariel Eliana”, autos n.º 046382/2019.

de éxito que razonablemente podía proyectarse en función de las circunstancias del caso⁷⁴³.

Una solución similar se adoptó en un fallo donde se analizó la responsabilidad de un abogado patrocinante cuya inactividad procesal provocó la caducidad de una demanda por daños derivados de un accidente de tránsito. Las actoras, transportadas en un vehículo que tenía prioridad de paso, se encontraban en una posición favorable⁷⁴⁴, lo que confería alta probabilidad de éxito al proceso fenecido. El tribunal confirmó la condena al abogado por omitir diligencias mínimas para mantener el curso del proceso, al no justificar su inactividad ni renunciar al patrocinio. Destacó que, al frustrarse una chance jurídicamente fundada sin pronunciamiento sobre el fondo, el daño no radicaba en el resultado no alcanzado, sino en la pérdida misma de la oportunidad, cuya entidad debía valorarse con base en las circunstancias del caso⁷⁴⁵.

c. La pérdida del juicio, como indicio de responsabilidad

La sola circunstancia de haber perdido un juicio no constituye, por sí misma, indicio suficiente de responsabilidad civil del abogado. Sostener lo contrario implicaría invertir el orden lógico del sistema de imputación: la responsabilidad no se presume por el fracaso procesal, sino que debe fundarse en la concurrencia de tres elementos: una conducta profesional reprochable, un daño cierto y una relación causal adecuada entre ambos⁷⁴⁶.

La actividad del abogado se desarrolla en un ámbito marcado por la incertidumbre, en que intervienen múltiples factores ajenos a su control: la interpretación del juez, la conducta de la contraparte, la prueba disponible etc., de modo que el resultado adverso de un litigio no puede equipararse a negligencia profesional. Solo cuando ese resultado puede atribuirse causalmente a una conducta omisiva o culposa del profesional será jurídicamente procedente la atribución de responsabilidad. Serra Rodríguez en este

⁷⁴³ C. Nac. Civ., sala H, 11/06/2018, “Yabes, Marta Estela y otros c./ N., L. M”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-112247-AR.

⁷⁴⁴ Conforme al artículo 1113, segundo párrafo del CCyC argentino.

⁷⁴⁵ C. Nac. Civ., sala I, 10/05/2019, “Oneddu Araceli Mabel y otro c./ C. N. H.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-119595-AR.

⁷⁴⁶ Crespo Mora (2009), p. 107. Serra Rodríguez (1999). Ya lo había dicho una década antes: Andorno (1989), p. 486.

sentido afirma que no caben presunciones automáticas derivadas únicamente del resultado final adverso⁷⁴⁷.

El análisis de la imputación causal debe hacerse mediante una pregunta concreta: ¿habría existido una probabilidad apreciable de éxito si el abogado hubiese actuado diligentemente?⁷⁴⁸. La respuesta no exige certeza absoluta, sino una probabilidad seria y razonable.

Este criterio ha sido recogido expresamente por la jurisprudencia. En un caso en que se demandó a una abogada por la caducidad de instancia en un proceso por mala praxis médica, el tribunal rechazó la demanda por pérdida de chance. Destacó que la demanda inicial carecía de los elementos básicos para evaluar una expectativa razonable de éxito: no se había identificado a los médicos demandados, ni se describieron sus conductas, ni se acompañó siquiera la historia clínica. En tales condiciones, la oportunidad alegada era meramente conjetural. Más aún, la actora conservaba la posibilidad de iniciar una nueva acción, lo que excluía la existencia de un daño cierto vinculado a la pérdida procesal. No obstante, el tribunal consideró pertinente examinar otros perjuicios, como el daño moral derivado del incumplimiento contractual, cuya evaluación debía realizarse por separado⁷⁴⁹.

Aceptar que la pérdida del juicio constituye por sí sola un indicio suficiente de culpa llevaría al absurdo de presumir negligencia en todos los abogados que no logran un fallo favorable. Tal tesis no solo sería injusta, sino también conceptualmente insostenible, pues en toda contienda judicial hay, por definición, una parte que gana y otra que pierde⁷⁵⁰.

La oportunidad perdida solo adquiere relevancia indemnizatoria cuando se trata de una chance real y seria, no de probabilidades marginales o meramente hipotéticas. El carácter resarcible de la chance exige una valoración fundada de su prosperabilidad, es decir, del grado objetivo de viabilidad de la pretensión frustrada por el actuar negligente del abogado, más allá de haberse perdido el juicio⁷⁵¹.

La jurisprudencia ha sido clara al respecto:

⁷⁴⁷ Serra Rodríguez (2001), p. 259.

⁷⁴⁸ Calderón (2011), p. 171.

⁷⁴⁹ C. Nac. Civ., sala B, 18/05/2023, “B., M. E. c./ G., L. E.”, Autos n.º 30.922/2014, en Rubinzal Online, cita digital: RC J 2777/23.

⁷⁵⁰ Crespo Mora (2009), p. 107.

⁷⁵¹ Vitale (2020), p. 127; Hess y Zárate (2018), p. 7.

“En el análisis de la existencia de pérdida de chance, aun contemplando el hecho de que el abogado no haya actuado con la diligencia debida, se debe plantear el interrogante si realmente existió la chance que el presunto damnificado considera haber perdido, dado que para responsabilizar al profesional no se puede tener solo en cuenta la omisión del abogado, sino también la posibilidad más o menos fundada de poder obtener el actor la satisfacción de su acreencia en el caso de su obrar diligente. Si en la especie, ello se presenta realmente como una hipótesis vaga y casi inexistente, queda excluida la responsabilidad del profesional”⁷⁵².

Así, el fracaso de una causa no equivale, por sí solo, a mala praxis, ni toda conducta negligente del abogado habilita automáticamente una indemnización por pérdida de chance. La responsabilidad civil exige siempre la verificación conjunta de tres elementos: una conducta reprochable, un daño cierto y una relación causal adecuada entre ambos. Solo cuando concurren esas condiciones puede hablarse de una oportunidad jurídicamente relevante, cuya frustración sea susceptible de reparación⁷⁵³.

Esta postura ha sido reiterada también en un caso en que se demandó al abogado por no haber informado adecuadamente a su cliente. Aunque el tribunal reconoció que esa omisión constituía un incumplimiento contractual —y por tanto justificaba una reparación por daño moral—, rechazó la existencia de una pérdida de chance. La razón fue clara: no se había acreditado una privación concreta de oportunidades de ganancia ni su relación causal con el defecto de información imputado. En palabras del fallo: “el demandante no demostró con pruebas confiables la concreta privación de la posibilidad de obtener ganancias futuras [...] y mucho menos que ello guarde relación de causalidad adecuada con el defecto de información achacable al abogado”⁷⁵⁴.

Otro pronunciamiento abordó la supuesta negligencia de un abogado en la verificación de un crédito en sede concursal. El cliente alegó que, al no promover el incidente de revisión, el profesional frustró su derecho. No obstante, el tribunal desestimó la demanda: consideró que el cliente carecía de respaldo probatorio suficiente para acreditar la legitimidad del crédito, y que, aun si se hubiera promovido el incidente, lo

⁷⁵² Cuarta C. Civ., Primera Circunscripción Mendoza, 16/03/2009, “Martínez, Mario Héctor c./ Carelli, Miguel Ángel P/ D. y P.”, autos n.º 31729.

⁷⁵³ Crespo Mora (2009), p. 370.

⁷⁵⁴ C. Nac. Civ., sala D, 06/04/2021, “H. A. J. c/ P. G. A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-131535-AR.

más probable era que hubiera sido rechazado. En consecuencia, no había pérdida de una chance real, sino frustración de una expectativa sin base sólida⁷⁵⁵.

En línea con lo anterior, la jurisprudencia también ha advertido que la valoración de la chance no se agota en la expectativa de obtener una sentencia favorable, sino que incluye, además, la posibilidad de ejecutarla. De lo contrario, se llegaría al absurdo de suponer que la negligencia del abogado genera un mejor escenario económico para el cliente que una sentencia favorable pero inejecutable. Así lo expresó un fallo:

“A efectos de determinar el monto del resarcimiento por pérdida de la chance reclamado a un letrado que dejó caducar la instancia en un juicio encomendado por el actor, no sólo debe tenerse en cuenta la probabilidad de obtener una sentencia favorable, sino también la de cumplimentarla, pues, de lo contrario, se llegaría al caso absurdo de que fuera más conveniente para el cliente que su abogado incurriera en una situación que pudiera comprometer su responsabilidad, para así asegurarse una mejor expectativa de cobro de su crédito, ante la insolvencia del demandado”⁷⁵⁶.

Todos estos pronunciamientos convergen en una misma idea: no todo perjuicio procesal puede ser indemnizado bajo el ropaje conceptual de una chance frustrada: es indispensable que la expectativa invocada sea real, seria y suficientemente acreditada en sus elementos de hecho y de derecho. Queda excluida la responsabilidad cuando se demuestra que el resultado desfavorable era inevitable, aun cuando el abogado hubiese actuado con la diligencia exigible⁷⁵⁷.

En esta línea, la doctrina ha discutido si el abogado podría liberarse de responsabilidad demostrando que la causa estaba desde el inicio destinada al fracaso. La objeción que suele oponerse a esta defensa radica en la supuesta contradicción con los propios actos procesales previos⁷⁵⁸. Sin embargo, esta crítica no resulta convincente. El abogado puede y debe exonerarse si demuestra que, aun en presencia de su omisión, el resultado final habría sido el mismo por causas ajenas a su actuación. Esto incluye supuestos como la insolvencia manifiesta del deudor o la absoluta falta de sustento

⁷⁵⁵ C. Civ. y Com., Mar del Plata, sala II, 05/11/2013, “Cintioni, Norma Nelida c./ S., M. A.”, RCyS, 2014-1, p. 75.

⁷⁵⁶ C. 4ª de Apel. en lo Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 15/02/2010, “Ramírez de Correa, Natalia c./ Osorio de Bonetto, Mabel”, LL online, TR LALEY AR/JUR/6414/2010.

⁷⁵⁷ Trigo Represas (2008a), p. 212. En el mismo sentido: Ordoqui (2010), p. 10.

⁷⁵⁸ Mosset Iturraspe (2009), p. 600.

jurídico de la pretensión. En definitiva, lo que debe probarse no es que el juicio se perdió, sino que se perdió *por su culpa*.

Cuestión distinta es aquella en que el abogado, a sabiendas de la falta de viabilidad de la causa, alimenta expectativas infundadas en su cliente. Esa conducta, reprochable desde el punto de vista ético y jurídico, puede generar un daño moral autónomo. Pero ese perjuicio, derivado del engaño y la frustración subjetiva, no se identifica con la pérdida de una chance, pues no hubo, en estricto sentido, una expectativa real de éxito que pueda considerarse frustrada.

Finalmente, vale recordar que el abogado conserva, desde el inicio, la facultad de aceptar o rechazar el encargo profesional⁷⁵⁹. Como ha señalado Mosset Iturraspe, al aceptar una causa, el abogado asume implícitamente que la pretensión de su cliente tiene una viabilidad jurídica razonable, y que su actuación se basará en la realidad fáctica y normativa disponible. Ese juicio inicial de viabilidad no transforma su obligación en una promesa de éxito, pero sí lo compromete a actuar con fidelidad, competencia y responsabilidad⁷⁶⁰.

d. La pérdida de chance: daño patrimonial y moral

La pérdida de una oportunidad procesal provocada por la negligencia de un abogado no se reduce a la simple imposibilidad de obtener una sentencia favorable. Lo que se desvanece es la oportunidad misma de someter un conflicto al juicio del derecho. Esa pérdida, lejos de agotarse en lo económico, puede proyectarse también sobre la esfera extrapatrimonial del cliente⁷⁶¹, dependiendo de lo que estuviera verdaderamente en juego en ese proceso. En otras palabras, el daño es la pérdida de esa oportunidad de obtener un pronunciamiento judicial fundado, mientras que el daño moral constituye una de sus posibles consecuencias, indemnizable cuando dicha frustración alcanza también la integridad espiritual de quien ha litigado.

El proceso judicial no es un ejercicio retórico ni una mera formalidad. Para quien acude a tribunales, suele representar más que una pretensión jurídica: es, muchas veces,

⁷⁵⁹ Mosset Iturraspe (2009), p. 597.

⁷⁶⁰ Mosset Iturraspe (2009), p. 598.

⁷⁶¹ Oyarzún Vargas (2021), p. 128.

la única vía disponible para defender lo que considera justo, para resistir una injusticia, para recomponer un agravio. Por eso, cuando el juicio termina antes de tiempo por un actuar profesional deficiente, no solo se pierde un resultado incierto. Se pierde una oportunidad concreta, fundada, que daba sentido a la expectativa de reparación o defensa.

La jurisprudencia chilena ha reconocido el daño moral en estos casos. Así ocurrió a propósito de un juicio civil cuando fue declarado el abandono del procedimiento por inactividad del abogado. El tribunal destacó que el cliente había sido privado de toda posibilidad de litigar, de ofrecer prueba y de obtener una decisión sobre el fondo, cualquiera fuese su resultado. Lo indemnizable no era el éxito perdido, sino la chance frustrada de obtener justicia; y esa pérdida no fue indiferente: le generó un sufrimiento legítimo, derivado de la confianza traicionada y de la expectativa cercenada⁷⁶².

La sentencia identificó dos aspectos relevantes: primero, la relación de confianza entre cliente y abogado, reforzada, además, por la errónea información que el profesional entregaba para mantenerlo engañado; segundo, el valor que para el cliente tenía ser escuchado por un tribunal y obtener una resolución, incluso adversa, sobre su pretensión. Ese valor de tener acceso real a la justicia, justifica, en ciertos casos, una reparación que excede el plano económico. El sufrimiento moral, en este contexto, no es un daño paralelo, sino una consecuencia resarcible del daño principal: la pérdida de una oportunidad procesal seria y fundada⁷⁶³.

Ahora bien, no siempre esa frustración genera consecuencias en el plano extrapatrimonial. No todo juicio involucra un interés personal profundo. Si el proceso frustrado tenía por objeto un crédito o un interés estrictamente pecuniario, lo que se pierde, por regla general, es una ventaja económica, y el perjuicio será de naturaleza patrimonial.

⁷⁶² CA de Valparaíso, 10/07/2015, “Cristian Rodrigo Valladares Farías con Alfredo Alejandro Chaparro Uribe”, rol n.º 274-2015. En similar sentido: CS Chile, 11/04/2007, “Aros González Luisa del C. con Zoffoli Guerra Cristian M.”, rol n.º 3291-2005. El abogado, si bien apeló en tiempo y forma, no se hizo parte ante el tribunal de alzada, y el recurso fue declarado desierto. La CS Chile condenó por concepto de “daño moral”.

⁷⁶³ CA de Valparaíso, 10/07/2015, “Cristian Rodrigo Valladares Farías con Alfredo Alejandro Chaparro Uribe”, rol n.º 274-2015. Se señaló: “Lo que corresponde indemnizar a título de daño moral es el perjuicio provocado por la inactividad del demandado en el negocio que le fuera encomendado, que terminó con el abandono del procedimiento, privando al actor de toda posibilidad de litigar, probar y obtener una decisión judicial, independientemente de su resultado. Es decir, la pérdida de oportunidad o chance y no el costo del resultado final del juicio sobre el cual no puede haber certeza, lo que necesariamente conduce a una indemnización parcial y no total, razón por la cual se rebajará el monto en la suma que se señalará en lo resolutivo”.

Esta precaución hay que tenerla presente. El reproche profesional no puede traducirse en una indemnización que sirva como castigo, sino únicamente en la reparación del perjuicio concreto, cierto y jurídicamente atribuible. En ese sentido, el daño moral debe ser reservado para aquellos casos en que la frustración del proceso afecta intereses extrapatrimoniales genuinos, como la libertad, el honor, la identidad o la integridad personal del cliente. Fuera de esas hipótesis, el perjuicio derivado de una mala praxis profesional en sede judicial debe analizarse, y cuantificarse, en su estricta dimensión patrimonial.

Por lo tanto, una adecuada delimitación conceptual aconseja distinguir claramente ambos rubros indemnizatorios, a fin de evitar una instrumentalización de la indemnización de perjuicios. Primero, reconocer la pérdida de la chance como daño autónomo de carácter patrimonial, valorado según una estimación razonable de la probabilidad frustrada. Segundo, admitir un daño moral autónomo solo cuando exista una afectación extrapatrimonial acreditada, seria y suficientemente diferenciada de la mera pérdida económica. Esta distinción evita el riesgo de indemnizaciones duplicadas y garantiza una reparación integral, pero ajustada rigurosamente a la realidad probatoria y al contenido específico del interés litigioso frustrado.

Esta distinción ha sido reconocida también por la doctrina extranjera, que ha evolucionado hacia una comprensión cada vez más patrimonial del daño derivado de la pérdida de chance⁷⁶⁴. Si bien en un principio se enfatizaba el carácter no pecuniario del perjuicio sufrido por el cliente, hoy se admite que, cuando el proceso frustrado estaba dirigido a obtener un beneficio económico, la pérdida de esa expectativa genera un daño de naturaleza patrimonial. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo español, al reconocer que la oportunidad perdida puede constituir una pérdida económica reparable, en la medida en que se frustra la obtención de una ventaja patrimonial razonablemente alcanzable⁷⁶⁵.

e. La obligación que asume el abogado

⁷⁶⁴ Martín-Casals y Papayannis (2015).

⁷⁶⁵ Martín-Casals y Papayannis (2015), p. 28.

En el marco de la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad, resulta indispensable determinar, en primer lugar, el tipo de obligación que asume el abogado al celebrar el contrato con su cliente. La respuesta tradicional, recogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ha sido que el abogado contrae, por regla general, una obligación de medios. Esta calificación encuentra sustento normativo en el artículo 1768 del CCyC argentino⁷⁶⁶, que establece que, salvo estipulación expresa en contrario, las obligaciones asumidas por los profesionales liberales se entienden como obligaciones de medios. Así, el abogado no garantiza el éxito del litigio⁷⁶⁷, sino que se obliga a desarrollar su labor conforme a los estándares de diligencia, prudencia y competencia técnica exigibles por la *lex artis*⁷⁶⁸.

Esta obligación de medios se manifiesta, esencialmente, en la conducción del litigio como un todo. En efecto, el abogado no compromete un resultado favorable, porque el juicio no depende solo de su actuar: intervienen factores imprevisibles, decisiones judiciales inciertas, prueba que puede ser valorada de modo diverso. En este contexto, su deber consiste en procurar con lealtad y pericia el objetivo del cliente, dentro de lo jurídicamente posible, pero sin comprometer el desenlace. No se reprocha al profesional el fracaso del pleito, sino la omisión de una conducta diligente que hubiera permitido sostener con razonabilidad la pretensión⁷⁶⁹. Mazeaud, subraya que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no depende del grado de diligencia, sino de la naturaleza del compromiso adquirido. La incertidumbre estructural propia de las obligaciones de medios, como es la actuación profesional del abogado, no desaparece aunque la exigencia de diligencia sea máxima⁷⁷⁰.

No debe resultar raro que las obligaciones del abogado sean de medios y que, además, estas obligaciones tengan una relación con la pérdida de chance. Respecto a la clasificación entre obligaciones de medio y resultado, la doctrina señala que “el criterio que más se ajusta a la naturaleza de las cosas para determinar el carácter de la obligación

⁷⁶⁶ El artículo 1768 señala que: “la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto”. Por su parte, el artículo 774 del código, establece que “la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito (...) b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz comprometido (...)”.

⁷⁶⁷ Hersalis (2010), p. 107.

⁷⁶⁸ Hersalis (2010), pp. 106-108.

⁷⁶⁹ Crespo Mora (2009), p. 107.

⁷⁷⁰ Mazeaud et al. (1962), pp. 129-131.

es el que apunta a la existencia o no de alea en la prestación del deudor”⁷⁷¹. En este sentido, Díez-Picazo, a propósito de las obligaciones de medio ha señalado que “cuando dicho resultado es demasiado aleatorio las partes consideran como objeto de la obligación tan solo la actividad que medió para la obtención de dicho resultado”⁷⁷².

La jurisprudencia reafirma consistentemente esta posición. Así, ha sostenido que una acción de daños contra el abogado no puede prosperar sin probarse un error culpable en la estrategia procesal o en el asesoramiento brindado⁷⁷³. En palabras de los tribunales: “el abogado no compromete un resultado, sino que está obligado a emplear su saber y diligencia para alcanzar, dentro de lo posible, el objetivo del cliente”⁷⁷⁴.

Ahora bien, no toda la actividad del abogado queda subsumida bajo la noción general de obligación de medios. Junto a esta obligación principal, coexisten otras de carácter más específico que se traducen en el cumplimiento de hitos procesales determinados. Me refiero, por ejemplo, a la presentación en tiempo y forma de un recurso, al ofrecimiento de prueba en la etapa correspondiente, a la comparecencia a una audiencia fijada judicialmente o a la interposición de una demanda dentro del plazo de prescripción. Estas obligaciones no dependen de la evaluación discrecional del juez ni de factores contingentes; se trata de actuaciones precisas, identificables, sujetas a plazos, cuya omisión no solo puede afectar el curso del juicio, sino también frustrar por completo el derecho del cliente a obtener una decisión de fondo.

Estas prestaciones se tratan de obligaciones de resultado concreto y se encuentran recogidas en el artículo 774⁷⁷⁵: no basta con que el abogado haya actuado con dedicación, debe haber cumplido el acto procesal comprometido. El solo hecho de no realizarlo implica incumplimiento, sin necesidad de probar su culpa. En otras palabras, el factor de atribución es objetivo⁷⁷⁶.

Esta distinción resulta decisiva para comprender cómo puede configurarse la pérdida de chance en la relación profesional entre abogado y cliente. Cuando lo que se omite es un hito procesal de resultado concreto, por ejemplo, interponer un recurso

⁷⁷¹ Trigo Represas (2015), p. 229.

⁷⁷² Díez-Picazo Giménez (2007), p. 443.

⁷⁷³ C. Nac. Civ., sala G, 16/10/2012, “S., S. M. c./ A., J. C., y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR16837312012.

⁷⁷⁴ C. Civ. Com. y Min. de San Juan, sala tercera, 26/08/1996, “Velásquez de López, Beatriz c./ M. A. G. y otro”, autos n.º 5493.

⁷⁷⁵ Art 774: “la prestación de un servicio puede consistir: b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia”.

⁷⁷⁶ Ossola (2019), p. 118.

extraordinario dentro del plazo legal, el incumplimiento no se mide por la falta de éxito final, sino por la frustración de la oportunidad misma de continuar el litigio. La cuestión no radica en saber si, de haberse presentado el recurso, el cliente habría ganado el juicio, sino en reconocer que ha sido privado de una probabilidad jurídicamente protegida de obtener una sentencia favorable⁷⁷⁷, lo que constituye, en sí misma, una forma de daño indemnizable.

Este razonamiento también permite delimitar con mayor precisión el tipo de daño involucrado. Aun cuando la obligación incumplida sea de resultado concreto, el perjuicio que se produce no puede identificarse con la pérdida del litigio, sino con la pérdida de la chance razonable y fundada de obtener una resolución favorable. El resultado final continúa siendo incierto, como lo es siempre en materia judicial, pero lo que se ha perdido es la posibilidad, real y objetivamente valorable, de alcanzarlo. En este sentido, el daño no es el resultado adverso, sino la expectativa legítima frustrada por el actuar negligente del abogado.

Distinta sería, en cambio, la hipótesis de una obligación de resultado eficaz, en la que el profesional compromete no solo la realización de un acto determinado, sino la obtención efectiva de un efecto útil para el cliente. Este tipo de obligaciones es excepcional en el ámbito de los servicios jurídicos y requiere un pacto expreso que así lo establezca. En ausencia de tal estipulación, no puede exigirse al abogado que garantice el resultado del juicio ni que indemnice automáticamente al cliente por el solo hecho de haber perdido la causa. En otras palabras, “se fija como norma de clausura, para cuando se omitió establecer expresamente que la obligación asumida por el profesional es de resultado, que las obligaciones del especialista son de medios”⁷⁷⁸.

Finalmente, hay quienes han descartado la responsabilidad profesional bajo el argumento de que todo litigio es inherentemente aleatorio, y que, por tanto, la pérdida de chance sería un daño meramente conjetural⁷⁷⁹. Esta posición omite considerar que el reproche no se dirige al desenlace incierto del juicio, sino al incumplimiento de deberes concretos y exigibles, cuya omisión ha privado al cliente de una oportunidad valorable conforme a criterios jurídicos. La incertidumbre estructural del proceso no exonera al

⁷⁷⁷ Trigo Represas (2008a), p. 211. Ello se diferencia de otros deberes específicos cuyo incumplimiento puede generar daños distintos a la pérdida de chance, como asesorar simultáneamente a partes con intereses contrapuestos o comprometer contractualmente un resultado.

⁷⁷⁸ Alferillo (2020), p. 48.

⁷⁷⁹ Vergara (2009), pp. 33-34.

abogado de responder cuando, por su conducta negligente, impide que el juez siquiera examine el fondo del asunto.

f. Hipótesis de aplicación

Son muchos los supuestos en los que puede existir responsabilidad por parte de los profesionales del derecho⁷⁸⁰. A continuación analizaré distintas situaciones, advirtiendo en todo caso que la actividad del abogado puede desarrollarse en el ámbito judicial y extrajudicial, pero en esta exposición solo me voy a centrar en solo algunos casos, por tratarse de la actividad típicamente encomendada a los abogados.

i) No presentación de la demanda o su contestación

Uno de sus supuestos de responsabilidad profesional del abogado lo constituye la omisión en la presentación de una demanda o en la contestación oportuna de la misma⁷⁸¹. Se trata, sin lugar a dudas, de una de las conductas más evidentes de negligencia jurídica, especialmente cuando el cliente ha entregado oportunamente todos los antecedentes necesarios, ha proporcionado las instrucciones pertinentes y ha asumido los costos del litigio⁷⁸². La inacción del profesional, en estos casos, puede provocar un perjuicio de magnitud considerable, cuya indemnización debe analizarse desde la pérdida de oportunidad.

La falta de promoción de una demanda no es un incumplimiento menor: puede generar responsabilidad incluso cuando la acción principal aún no ha prescrito, pues el simple retardo puede colocar al cliente en una posición sustancialmente más desventajosa. El perjuicio no se limita al agotamiento del plazo legal; la demora misma puede dificultar la prueba, deteriorar la posición procesal o entorpecer las posibilidades de cobro. Por ello, se ha señalado con razón que, si bien la acción puede todavía ejercerse, su tardía presentación por parte del abogado configura una falta de diligencia que puede agravar la

⁷⁸⁰ Pettis (2001), p. 940.

⁷⁸¹ Mosset Iturraspe (2009), p.605.

⁷⁸² Nisnevich (2020), p. 236.

situación del cliente⁷⁸³ y dar lugar a una pérdida de oportunidad jurídicamente indemnizable. Por lo mismo, se ha señalado que:

“La no iniciación de la demanda por negligencia del abogado puede que sea remediable si la acción sustantiva no ha prescripto dado que permitirá un nuevo intento para iniciar el proceso en tiempo válido jurídicamente. En caso contrario, la negligencia profesional tendrá consecuencias mayores por la frustración definitiva del derecho de su cliente”⁷⁸⁴.

La responsabilidad se torna aún más evidente cuando, como consecuencia directa del retardo, se produce la prescripción de la acción. En ese supuesto, ya no se trata solo de una estrategia deficiente o de una dilación innecesaria, sino de la pérdida definitiva del derecho sustancial del cliente⁷⁸⁵. La jurisprudencia ha sido clara al respecto: “Es procedente la demanda de daños y perjuicios entablada contra el abogado que contando con un poder para la promoción de un juicio —en el caso, cobro de arrendamientos adeudados al mandante—, nada hizo al respecto durante varios años, sin que la falta de dinero para abonar los gastos del juicio sea óbice para ello en tanto podía iniciar la demanda y con el decreto del tribunal notificar a su cliente la necesidad de pagar los aportes para proseguir con el trámite encomendado”⁷⁸⁶.

Sin embargo, incluso en estos casos de omisión manifiesta, la procedencia de la indemnización por pérdida de chance exige la acreditación de la viabilidad de la pretensión frustrada. No basta la negligencia del profesional. El cliente debe acreditar que existía una probabilidad razonable de éxito⁷⁸⁷: que el derecho era ejercitable, que el título habilitante era suficiente y que el eventual deudor contaba con capacidad de responder. En palabras de la doctrina, “deben analizarse las posibilidades de que la acción procediera o no, mediante un juicio de predictibilidad no siempre fácil de formular”⁷⁸⁸.

La omisión en contestar la demanda reviste una gravedad semejante. Dicha conducta implica, en términos procesales, la admisión tácita de los hechos alegados por la contraparte⁷⁸⁹. Con ello, el abogado coloca a su cliente en una situación de

⁷⁸³ Mosset Iturraspe (2009), p.605.

⁷⁸⁴ Alferillo (2020), p. 161.

⁷⁸⁵ Mosset Iturraspe (2009), pp. 605-606.

⁷⁸⁶ C. Nac. Civ., sala F, 24/06/2008, “Z. L., A. M. c./ P., S. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/5238/2008.

⁷⁸⁷ C. Civ. y Com. de Formosa, 20/08/2009, “Ortiz, Jorge L. c./ Cáceres, Augusto M., y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/30308/2009.

⁷⁸⁸ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 724.

⁷⁸⁹ Mosset Iturraspe (2009), p. 606.

desprotección sustancial, que puede frustrar su defensa incluso en presencia de razones jurídicas atendibles. Este incumplimiento es particularmente reprochable cuando el abogado contaba con todos los elementos necesarios para oponer la defensa y fue debidamente instruido por su representado.

Desde la perspectiva del régimen obligacional, es importante recordar que, si bien el resultado del proceso no está garantizado, y por tanto, la obligación del abogado es de medios, ciertos actos procesales fundamentales configuran verdaderas obligaciones de resultado concreto⁷⁹⁰. La presentación de una demanda dentro del plazo legal, la contestación oportuna, la interposición de recursos en término, constituyen actos cuya omisión no requiere probar la culpa del profesional, pues ella se presume por el solo incumplimiento⁷⁹¹.

Así, la responsabilidad surge no por el fracaso en la sentencia final, sino por la omisión de actos jurídicamente exigibles que eran indispensables para mantener viva la instancia o resguardar la posición del cliente. Lo que se pierde, en estos casos, no es un éxito asegurado, sino una chance real y jurídicamente valorable de lograrlo. La omisión profesional debe ser indemnizada integralmente, en tanto constituye un daño autónomo, distinto del resultado que se habría obtenido.

El abogado no puede reducir su función a la elaboración y firma de escritos. Su tarea es más amplia e implica asumir plenamente la dirección jurídica del proceso, actuando con responsabilidad y celo profesional⁷⁹². La inercia profesional, la desidia o la reiterada inactividad procesal no solo pueden privar al cliente de su pretensión jurídica, sino también prolongar injustificadamente la duración del proceso, generando perjuicios adicionales⁷⁹³. Como ha sostenido Kemelmajer de Carlucci, “no puede afirmarse seriamente que el tiempo no tiene ninguna incidencia en el patrimonio de las personas”⁷⁹⁴. La indemnización de la pérdida de la chance busca, entonces, colocar al cliente en la situación más próxima posible a la que se hubiese encontrado de haber actuado su abogado con la debida diligencia.

⁷⁹⁰ Nisnevich (2020), p. 236.

⁷⁹¹ Nisnevich (2020), p. 236.

⁷⁹² C. Nac. Civ. sala F, 23/10/2008, “Gauna, Ruminisildo c./ Bohl, Erica Fernanda”, LL online, cita digital: TR LALEY 70050319.

⁷⁹³ Nisnevich (2020), p. 236.

⁷⁹⁴ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 725.

ii) Caducidad de la instancia o abandono del procedimiento

La caducidad de instancia, o abandono del procedimiento, es una sanción procesal objetiva por inactividad de las partes, cuyo transcurso extingue de manera anormal el proceso. Adquiere especial relevancia cuando la inacción es imputable al abogado, generando responsabilidad civil profesional.

En efecto, incurre en negligencia el abogado cuya omisión de impulsar el procedimiento genera la caducidad, especialmente cuando esta coincide con la prescripción del derecho sustancial del cliente⁷⁹⁵. Esta responsabilidad adquiere mayor gravedad cuando la perención del proceso coincide con la prescripción extintiva del derecho sustancial del cliente⁷⁹⁶, pues en este supuesto, el daño ocasionado trasciende las costas y gastos procesales, dando lugar a un daño autónomo: la pérdida definitiva de la oportunidad de obtener una sentencia favorable.

Desde esta perspectiva, es posible distinguir dos hipótesis diferentes: (i) En primer lugar, cuando la caducidad no implica la extinción definitiva del derecho sustancial del cliente —ya que no ha operado la prescripción—, el daño indemnizable queda circunscrito únicamente a los gastos procesales, costas, honorarios profesionales e intereses derivados del proceso perimido. (ii) En segundo lugar, cuando a la caducidad se suma la prescripción extintiva del derecho sustancial, surge adicionalmente la pérdida autónoma y definitiva de la chance procesal⁷⁹⁷. Como ha señalado Kemelmajer de Carlucci, “el daño proveniente de la caducidad de instancia debe estimarse no solo en función de la procedencia o improcedencia de la acción interpuesta, sino además considerando si aquella perención produjo o no la pérdida definitiva del derecho sustancial por prescripción”⁷⁹⁸.

En este último supuesto, resulta esencial acreditar no solo la negligencia profesional del abogado, sino también que dicha negligencia privó al cliente de una probabilidad real y seria de éxito en el juicio perimido⁷⁹⁹. Esta exigencia no implica certeza absoluta del resultado favorable, algo imposible dada la naturaleza misma del

⁷⁹⁵ Mosset Iturraspe (2009), pp. 606-607.

⁷⁹⁶ Trigo Represas y López Mesa (2004), p. 544.

⁷⁹⁷ Mosset Iturraspe (2009), p. 607.

⁷⁹⁸ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 724.

⁷⁹⁹ Mosset Iturraspe (2009), p. 607.

proceso judicial, siempre condicionado por la incertidumbre inherente a toda decisión humana.

La jurisprudencia ha ilustrado con claridad este aspecto en diversas oportunidades. Por ejemplo, en un caso se condenó a un abogado cuya negligencia generó la caducidad de un procedimiento, donde sus propios escritos daban cuenta de sólidos fundamentos para esperar una sentencia favorable. El tribunal expresó que, “más allá de la incertidumbre propia de todo litigio, la omisión del letrado destruyó una probabilidad seria de éxito, configurando así un daño actual e independiente del resultado hipotético”⁸⁰⁰.

Lo anterior, significa que también, respecto de la negligencia del abogado, no existe responsabilidad ilimitada. Como bien ha señalado la jurisprudencia:

La indemnización por pérdida de la chance que le corresponde quien demandó a un abogado por haber dejado perimir la instancia en un juicio que tenía contra un tercero, no puede confundirse con lo que se reclamó en la demanda perimida, toda vez que, más allá de la mala práctica profesional implicada, no puede saberse a ciencia cierta si la sentencia hubiera prosperado, como tampoco si habría o no prosperado en toda su extensión los reclamos, por lo cual el resarcimiento ha de consistir en la pérdida de la frustración de una probabilidad, en la que conviven elementos de certeza e incertidumbre⁸⁰¹.

Este razonamiento jurisprudencial distingue entre la chance perdida y el resultado eventualmente alcanzable. En otras palabras, el daño indemnizable no consiste en el monto reclamado originalmente en el juicio perimido, sino exclusivamente en la frustración injusta de la oportunidad razonable de obtenerlo. La relación causal que debe probarse es, por lo tanto, entre el acto negligente y la pérdida efectiva de una oportunidad real, no hipotética⁸⁰².

⁸⁰⁰ C. Civ. y Com. de San Salvador de Jujuy, sala I, 27/02/2015, “Mamani, Juana Paula y otros c./ Ripoll, Jorge Adrián”, LL online, cita digital: AR/JUR/4989/2015. En el mismo sentido, se ha señalado en C. Nac. Civ., sala L, 02/06/2009, “P. L. J. c./ V. L. J.”, LL online, cita digital: AR/ JUR/21236/2009: “resulta procedente el reclamo por pérdida de chance incoado por el cliente de un abogado debido a que dicho profesional dejó caducar una causa judicial por cobro de diferencias salariales, pues no se trata de un daño hipotético, sino que con su actitud negligente el letrado quebrantó una esperanza, una probabilidad hacia un futuro por la conclusión anormal de un proceso de conocimiento, frustrándose toda posibilidad de acogimiento de la demanda”.

⁸⁰¹ C. Nac. Civ., sala M, 12/09/2005, “Vimo, Jorge A. c./ P., G. A.”, LL online, cita digital: AR/JUR/3457/2005.

⁸⁰² C. Nac. Civ., sala M, 11/03/2010, “Forziati, Claudio Néstor c./ F., A. M. y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR/3724/2010.

Es necesario aclarar que la valoración de la chance perdida exige evitar banalizar la noción mediante probabilidades excesivamente bajas. A este respecto, un fallo relevante de la Cámara Nacional Civil en 2014 fijó una indemnización significativamente inferior al monto original reclamado, argumentando que aunque existía certeza sobre la existencia de la chance, esta tenía escasas probabilidades reales de éxito⁸⁰³. Tal aproximación suscita el riesgo de trivializar la noción misma de oportunidad, diluyendo el daño autónomo que se pretende proteger.

En este contexto, corresponde insistir en que la pérdida de oportunidad, para ser indemnizable, requiere demostrar una probabilidad real y seria de éxito. De no existir esta probabilidad, debe rechazarse la indemnización, aun cuando la negligencia del abogado sea manifiesta, pues el profesional no puede ser considerado garante del resultado del litigio. Así se resolvió en un caso en que el cliente demandó a su abogado por la caducidad de un proceso anterior, en el cual pretendía obtener una reparación por enriquecimiento sin causa. Aunque se reconoció que el profesional incurrió en mala praxis al dejar vencer el plazo sin justificación, se concluyó que no existía una chance jurídicamente relevante. La acción originaria —alegando un empobrecimiento injustificado— ya había sido rechazada previamente por falta de buena fe, y carecía de conexión causal con un enriquecimiento atribuible al demandado. En definitiva, se afirmó que la conducta antijurídica del abogado no basta por sí sola para configurar el daño: sin una expectativa seria y fundada de éxito, no hay pérdida de oportunidad indemnizable⁸⁰⁴.

En definitiva, la caducidad de instancia por negligencia del abogado configura un escenario claro para la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo. Esta doctrina, demanda un análisis de tres elementos fundamentales: (a) la culpa profesional, expresada en la inacción injustificada del letrado; (b) la existencia de una chance real y seria, traducida en la probabilidad concreta de éxito procesal frustrada; y (c) el vínculo causal adecuado entre ambos factores.

⁸⁰³ C. Nac. Civ., sala H, 07/04/2014, “V., A. c./ R., J. y outro”, LL online, cita digital: AR/ JUR/43845/2014. En dicho fallo se señaló que: “La indemnización por pérdida de chance que debe abonar un letrado por haber dejado perimir la instancia de una acción de daños derivada de un accidente de tránsito del cual su mandante resultó víctima, debe disminuirse —en el caso, a un 10% del valor del daño final, ello teniendo en cuenta que, si bien no cabe duda respecto de la certeza de la chance invocada, las posibilidades de éxito en aquel proceso eran escasas”.

⁸⁰⁴ C. Apel. Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, sala II, 16/09/2013, “Jorge, Roberto Mario c./ B., A. E.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-81663-AR.

En definitiva, la caducidad de instancia por negligencia del abogado consolida un sistema de responsabilidad civil que, sin desconocer las incertidumbres propias del proceso judicial, protege al cliente contra la privación injusta de una expectativa razonable. Como enseña la jurisprudencia citada, este equilibrio solo se logra cuando los tribunales, lejos de especular sobre resultados inciertos, centran su análisis en la pérdida de la chance como daño en sí mismo, autónomo y valorable económicamente.

iii) Falta de interposición de recursos

Otra hipótesis relevante en materia de responsabilidad civil del abogado se presenta cuando este omite interponer oportunamente recursos contra sentencias adversas a su cliente. La jurisprudencia es consistente al señalar que el abogado, en su rol de mandatario judicial, tiene la obligación de resultado respecto a la realización efectiva y oportuna de los actos procesales previstos por la ley. Sin embargo, para configurar su responsabilidad civil, no basta con acreditar dicha negligencia; es imprescindible demostrar, además, que la omisión privó efectivamente al cliente de una oportunidad real y seria de obtener un resultado favorable en la instancia revisora⁸⁰⁵.

En efecto, doctrina y la jurisprudencia han señalado que el abogado incurre en negligencia cuando, sin consultar previamente al cliente ni obtener su consentimiento, decide unilateralmente no apelar una sentencia desfavorable⁸⁰⁶. Tal conducta constituye una negligencia profesional, vulnerando un deber básico de diligencia y lealtad hacia el cliente, quien deposita confianza precisamente en la experticia y diligencia del profesional.

Sin embargo, resulta fundamental precisar que la responsabilidad civil derivada de la falta de interposición de recursos no opera automáticamente. La jurisprudencia ha enfatizado, de manera consistente, que para admitir el reclamo indemnizatorio por pérdida de oportunidad es necesario acreditar la existencia de posibilidades concretas y

⁸⁰⁵ C. Nac. Civ., sala B, 15/03/1966, “D. de S. c./ P.A. y otro”, ED, 1966-16, p. 579. Señala la sentencia que: “Es cierto que como mandatario judicial y en lo que concierne específicamente a los actos procesales que debe cumplir en representación de su mandante, el abogado o procurador está obligado a una prestación de resultado, es decir, a llevarlos a cabo con los recaudos, en la forma y en los plazos establecidos en la ley ritual; más esto no basta, pues hay que analizar las chances que se tenía de revocar la sentencia”.

⁸⁰⁶ C. Nac. Civ., sala D, 16/04/2018, “C., J. R. c./ G., A. C.”, LL online, cita digital: AR/JUR/19465/2018.

fundadas de revocar la sentencia adversa mediante el recurso omitido⁸⁰⁷. De lo contrario, es improcedente la indemnización, puesto que el daño por pérdida de chance debe basarse siempre en una probabilidad real, seria y objetivamente apreciable. Así se ha resuelto, por ejemplo, que:

El daño invocado por el demandante contra el mandatario que no cumplió con su deber de interponer los recursos legales debe resultar indudable de la probabilidad que la ahora actora habría tenido de resultar vencedora en aquel juicio de no mediar incumplimiento aludido⁸⁰⁸.

En esta línea, diversos precedentes judiciales han advertido explícitamente que la indemnización por pérdida de oportunidad no puede confundirse con el monto total reclamado en el juicio original. Por ejemplo, en casos laborales, se ha sostenido que el abogado que no apeló oportunamente una sentencia adversa no responde por la totalidad del monto reclamado por la contraparte, sino únicamente por la chance concreta frustrada de revertir esa decisión adversa⁸⁰⁹. Este criterio impide trasladar abusivamente al profesional responsabilidades económicas que no son imputables a su negligencia, sino derivadas de las propias circunstancias del cliente.

Resulta particularmente ilustrativo el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 2020⁸¹⁰, que analizó la responsabilidad de un abogado que presentó tardíamente una apelación contra una orden de extradición a Estados Unidos dictada en una causa penal. La negligencia en la presentación del recurso provocó que su representado fuera extraditado, situación que motivó la posterior acción de daños contra el abogado. En ese contexto, el tribunal destacó que la falta de apelación oportunamente interpuesta cercenó efectivamente la chance del actor de evitar la extradición mediante una instancia revisora superior, configurando así un daño autónomo indemnizable. Se

⁸⁰⁷ C. Nac. Civ., sala D, 18/05/2007, “Gari, Osvaldo Víctor c./ P., V. R”, LL online, cita digital: AR/JUR/2378/2006.

⁸⁰⁸ C. Nac. Civil, sala C, 21/11/1974, “Administración Marblanc c./ Pésimo, Jacobo”, ED, 1976-64, p. 123.

⁸⁰⁹ C. Nac. Civ., sala K, 17/04/2006, “M., E. E. c./ S., J. A.”, LL online, cita digital: AR/JUR/1994/2006: “El perjuicio que debe indemnizar el abogado apoderado de quien revestía el carácter de demandado en una demanda por despido, en virtud de haber omitido recurrir oportunamente una decisión adversa a su parte, no está dado por la suma reclamada en el juicio, sino por la pérdida de la chance de obtener éxito en dicho proceso, desde que resultaría abusivo trasladar al letrado la deuda de su cliente cuando ésta se produjo por hechos propios de su actividad comercial, y no en razón del negligente desempeño del apoderado en el trámite del reclamo”.

⁸¹⁰ C. Nac. Civil, sala G, 10/02/2020, “E., P. M. c./ B., F. A. y otro”, LL, 2020-A, pp. 385-394; RCyS 2020-4, p. 125.

concedió, por ende, una indemnización correspondiente a la frustración injusta de dicha oportunidad.

Por ello, el daño indemnizable en estos casos debe limitarse estrictamente a la frustración injusta de la oportunidad procesal concreta y razonable de éxito, cuya valoración económica requiere siempre un análisis riguroso, objetivo y específico del caso concreto.

Excepcionalmente, la jurisprudencia ha decidido indemnizar íntegramente el daño final cuando, mediante un juicio de ponderabilidad, se considera que el éxito del recurso omitido por el abogado era prácticamente seguro. Un ejemplo es el caso en que se acogió una acción de daños deducida por quien fue condenado civilmente por mala praxis médica, debido a la negligencia del abogado patrocinante al no presentar oportunamente el memorial de agravios ante la Cámara de Apelaciones. En ese caso, se sostuvo que de haberse presentado oportunamente dicho memorial, la sentencia desfavorable habría sido revertida con alta probabilidad, pues el juez había fundamentado su pronunciamiento en criterios médicos propios, excediendo claramente su rol jurisdiccional. Consecuentemente, se condenó al abogado al pago íntegro del monto que el cliente debió abonar como consecuencia directa del fallo adverso⁸¹¹.

Sin embargo, encuadrar estos supuestos en la categoría de pérdida de oportunidad es cuestionable, pues esta figura jurídica implica, necesariamente, incertidumbre o aleas respecto del resultado final. Al otorgar la totalidad del perjuicio reclamado, el tribunal implícitamente asume una certeza absoluta sobre el resultado favorable del recurso omitido, lo que resulta conceptualmente erróneo. La decisión de un tercero siempre implica incertidumbre inherente, salvo situaciones muy excepcionales como las denominadas “pretensiones mellizas” o aquellas en las que la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente y de manera uniforme, en las que aun existiendo aleas, es

⁸¹¹ C. Nac. Civ., sala F, 30/03/2005, “A., C. H. c./ M., E. L.”, LL online, cita digital: AR/JUR/357/2005: “Es procedente la acción de daños y perjuicios deducida por quien fue condenado civilmente por mala praxis médica, en razón de una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada en virtud del mal desempeño en la labor profesional del letrado patrocinante que omitió presentar oportunamente el memorial de agravios en la Cámara de Apelaciones, toda vez que la oportuna presentación de tal escrito habría revertido con éxito las consecuencias adversas de aquel fallo, porque el magistrado no fundó en derecho su pronunciamiento, sino que sostuvo criterios y dio razones en base a los propios conocimientos de medicina, erigiéndose él mismo en perito.

El abogado que se desempeñaba como letrado patrocinante e incurrió en mal desempeño profesional porque la sentencia adversa a su cliente no pudo ser revisada en la alzada -en el caso, omitió presentar oportunamente el memorial de agravios-, debe indemnizar a su cliente el daño cierto representado por el monto que éste debió pagar al ser condenado por mala praxis médica.”

posible al menos reconocer una certidumbre relativa. En ausencia de tales circunstancias claramente acreditadas, atribuir certeza al resultado omitido excede la lógica intrínseca de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

iv) Omisión de trabar un embargo

Otro supuesto importante de responsabilidad civil profesional del abogado es aquel derivado de la omisión en trabar oportunamente un embargo, acto procesal clave para asegurar el cobro del crédito reclamado en juicio. En estos casos, si el abogado, por negligencia o imprudencia, no impulsa adecuadamente la inscripción de un embargo, incurre en responsabilidad por los daños ocasionados a sus clientes.

En efecto, cuando el profesional omite diligentemente impulsar una subasta judicial o inscribir oportunamente un embargo, impide a su representado asegurar el cumplimiento efectivo del crédito reconocido judicialmente. Tal negligencia genera un perjuicio concreto y autónomo, consistente en la pérdida de la chance real y seria de percibir el crédito adeudado, especialmente si el deudor aprovecha dicha inacción para enajenar el bien afectado al embargo, frustrando de esta manera la ejecución del crédito.

Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia, al señalar que el abogado incurre en responsabilidad cuando, debido a su conducta negligente y desidiosa, permite al deudor disponer libremente del bien sobre el que debía recaer el embargo. En tales circunstancias, la chance frustrada es la posibilidad efectiva y concreta de satisfacer el crédito mediante la ejecución del bien embargado⁸¹².

En similar sentido, se ha resuelto que una sociedad encargada específicamente de gestionar la inscripción oportuna de un embargo incurre en responsabilidad civil si incumple dicha tarea dentro de un plazo razonable, perjudicando a quien encomendó dicha gestión. El daño indemnizable radica en la pérdida de la oportunidad concreta de haber asegurado el cobro mediante la anotación preventiva del embargo antes de que el

⁸¹² C. Civ. y Com. de Mercedes, sala II, 26/05/2011, “Oyarbide, Elsa María y otro c./ C., J. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/19762/2011: “Es responsable el letrado accionado por los perjuicios sufridos por sus clientes a raíz de su omisión en el impulso de una subasta y la falta de inscripción de un embargo, en tanto se desempeñó con un obrar negligente e imprudente, que generó una pérdida de derechos a sus representados al impedirles la chance de percibir su crédito, puesto que, debido a su actuar desidioso, el deudor y titular dominial del inmueble pudo enajenarlo”.

bien fuera transferido gratuitamente o, incluso, de haber accionado oportunamente por simulación antes de que el inmueble sufriera una segunda transferencia⁸¹³.

En definitiva, la omisión de trabar oportunamente un embargo configura un supuesto claro de responsabilidad civil profesional del abogado, pues su negligencia priva injustamente al cliente de una chance concreta y valiosa de recuperar su crédito, generando así un daño autónomo que debe ser resarcido integralmente.

v) Omisión de ofrecer y producir pruebas

La omisión negligente en el ofrecimiento o producción de pruebas es otro supuesto en materia de responsabilidad civil del abogado. La adecuada demostración de los hechos alegados es un presupuesto básico para cualquier proceso judicial; contar con pruebas pertinentes y oportunas es condición indispensable para promover con diligencia y prudencia una acción judicial⁸¹⁴.

En este contexto, la responsabilidad profesional del abogado puede surgir en diferentes etapas del proceso probatorio: desde la presentación inicial de las pruebas, pasando por su oportuna reiteración cuando así se requiera, hasta su efectiva producción en juicio⁸¹⁵. Cada una de estas etapas exige del profesional un comportamiento diligente, cuya omisión puede ocasionar perjuicios concretos a su cliente.

Para evaluar la responsabilidad derivada de la negligencia en materia probatoria, resulta importante distinguir dos escenarios diferentes: (i) El primero configura un daño cierto cuando la prueba omitida habría sido decisiva para asegurar un resultado favorable en el juicio. En estos casos, la negligencia del abogado genera directamente la frustración de un resultado que se presenta como prácticamente seguro⁸¹⁶. (ii) El segundo supuesto corresponde estrictamente a la pérdida de una chance. Este se presenta cuando la prueba omitida, si bien no garantizaba por sí misma el éxito judicial, sí tenía capacidad real y

⁸¹³ C. Nac. Civ., sala C, 28/04/2008, “Rebasti, Aldo Augusto c./ Cardigonte Gestiones Integrales de Federico Andalo”, LL online, cita digital: AR/JUR/4231/2008: “La sociedad que asumió el compromiso de efectuar el trámite de anotación de un embargo y no lo cumplió en tiempo útil y razonable, debe indemnizar la pérdida de la chance sufrida porque quien la encomendó la gestión, si por tal motivo vio frustrada la posibilidad de anotar la medida con anterioridad a la transmisión del dominio del inmueble a título gratuito o de accionar por simulación cuando aún no se había transferido el bien por segunda vez.”

⁸¹⁴ Mosset Iturraspe (2009), p. 608.

⁸¹⁵ Mosset Iturraspe (2009), p. 608.

⁸¹⁶ Mosset Iturraspe (2009), p. 608.

sería para influir positivamente en la decisión. Así, “cuando la culpa consiste en no haber ofrecido o rendido prueba; es imprescindible acreditar que los medios omitidos hubiesen cambiado el sentido final del fallo perdido”⁸¹⁷.

Por ejemplo, en materia laboral, la jurisprudencia ha señalado que los abogados que representando al trabajador despedido por pérdida de confianza decidida en una asamblea extraordinaria, incurrieron en negligencia al no confeccionar adecuadamente el pliego de posiciones, privaron al trabajador de la oportunidad concreta de acreditar la causal invocada, y así, obtener una sentencia favorable⁸¹⁸.

En otro caso, la Corte destacó expresamente la posibilidad de indemnizar la pérdida de oportunidad cuando el abogado, por negligencia, no hizo comparecer oportunamente a un testigo esencial, omitió ofrecer pruebas relevantes provenientes de un proceso penal conexo, o no formuló adecuadamente los agravios. Aunque en esa oportunidad específica no se acogió la indemnización, la Corte afirmó claramente que tales conductas son susceptibles de generar una pérdida de chance procesal autónoma y reparable⁸¹⁹.

Finalmente, la jurisprudencia ha fijado claramente un estándar probatorio exigente para la configuración de la responsabilidad en estos casos: resulta indispensable acreditar que la prueba omitida tenía aptitud efectiva para alterar el resultado final del juicio perdido. En otros términos, no basta demostrar la negligencia; se debe probar fehacientemente que dicha negligencia fue determinante para frustrar una oportunidad concreta y razonable de obtener una sentencia favorable⁸²⁰. Solo bajo estas circunstancias puede justificarse la responsabilidad profesional del abogado por pérdida de la oportunidad procesal frustrada.

⁸¹⁷ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 724.

⁸¹⁸ C. Nac. Civ., sala C, 16/02/2006, “Consorcio de Prop. José Hernández 1901/18 c./ F. M., F. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/1469/2006: “Los abogados que representaron al actor en un juicio laboral — en el caso, en virtud del despido por pérdida de confianza decidido en asamblea extraordinaria—, deben resarcir la chance o posibilidad de haber obtenido, actuando con la debida diligencia, un resultado beneficioso para su cliente, el cual se vio frustrado por la falta de diligencia evidenciada en la confección del pliego de posiciones, que impidió probar la causal de despido invocada”. (Del voto en disidencia de la doctora Cortelezzi).

⁸¹⁹ C. Nac. Civ., sala E, 14/10/1996, “Nedich, Horacio Juan y otro c./ Gomar Eker F. y otro”, autos n.º E198097.

⁸²⁰ C. Nac. Civ., sala G, 13/02/2006, “Suárez, Guido N. c./ L., J. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/249/2006: “La pérdida de una posibilidad o expectativa de un determinado resultado de un proceso — en el caso, el abogado de la demandada omitió producir una prueba que frustró la probabilidad de progreso de la defensa - debe considerarse cierta si tiene un grado de verosimilitud tal como para reputarlo prolongación de un daño actual ya producido, cuando representa una “probabilidad” y no una simple posibilidad”.

vi) Otras negligencias

Finalmente, existen otras hipótesis relevantes en materia de responsabilidad civil profesional del abogado que merecen atención especial.

Una de ellas se refiere a la pérdida de chance derivada del planteo incorrecto de la demanda o la indebida elección del sujeto pasivo de la acción. En estos casos, la jurisprudencia ha resuelto que corresponde indemnizar al cliente cuando la negligencia profesional impide dirigir correctamente la demanda contra el verdadero obligado, frustrando así una posibilidad real y concreta de percibir el monto reclamado. Esta indemnización, no obstante, debe limitarse estrictamente al valor económico correspondiente a la oportunidad perdida y no al monto íntegro originalmente demandado⁸²¹.

Otro supuesto se relaciona con los intereses moratorios en casos de pérdida de chance motivada por negligencia profesional. Aquí, los tribunales han establecido que los intereses moratorios correspondientes a la indemnización deben computarse desde la notificación de la demanda, ya que en virtud del carácter contractual de la obligación del abogado, la mora se produce desde el momento en que el acreedor interpela fehacientemente al profesional respecto de los perjuicios derivados de su actuar negligente⁸²².

Por otro lado, la pérdida de oportunidad procesal no es exclusiva del abogado, sino que también puede involucrar la responsabilidad de otros actores del proceso, como los jueces o funcionarios judiciales. En un caso, por ejemplo, se admitió la responsabilidad del Estado por la pérdida del testamento ológrafo acompañado a un juicio sucesorio testamentario. Si bien inicialmente la demanda fue rechazada, la Cámara revocó dicha decisión, reconociendo la pérdida de la chance autónoma del actor de ser declarado

⁸²¹ C. 4ª Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 16/09/2008, “B.H.E. c./ M.R.A.”, LL Gran Cuyo, 2008 (diciembre), p. 1089 y LL Gran Cuyo 2009 (junio), p. 448, con nota de Pascual E. Alferillo.

⁸²² C. de Apel. de Concordia, sala civil y comercial, 07/10/2008, “González, Lucía Juana c./ de la M., P. S.”, LL online, cita digital: AR/JUR/18198/2008.

heredero debido a la negligente actuación de los funcionarios judiciales al extraviar el documento esencial⁸²³.

Otro caso en el que se ha aludido a la pérdida de una chance, aunque bajo parámetros distintos a los tradicionalmente analizados, tuvo lugar en Chile, en el contexto de una acción de indemnización de perjuicios interpuesta contra el Ministerio Público y la Policía de Investigaciones⁸²⁴. El demandante, padre de una joven asesinada, fundó su pretensión en la grave alteración de la escena del crimen por parte de estos órganos estatales, lo que impidió recoger evidencia útil para el juicio penal y terminó con la absolución del único imputado. Alegó, en consecuencia, un daño moral vinculado con la imposibilidad de identificar al autor del homicidio de su hija.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda, reconociendo la existencia de responsabilidad del Fisco y condenándolo al pago de cien millones de pesos por concepto de daño moral. Si bien en los fundamentos de la sentencia se hace mención a que no era posible asegurar “éxito total” en la identificación de los responsables, el razonamiento no se articula propiamente sobre la base de la teoría de la pérdida de oportunidad. Por el contrario, de la lectura integral de la sentencia se desprende que el tribunal atribuyó a la negligencia estatal la producción íntegra del daño moral sufrido por el progenitor.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia, pero esta vez introduciendo explícitamente el concepto de pérdida de una oportunidad⁸²⁵. A juicio del tribunal, la deficiente actuación del Ministerio Público y la Policía provocó la pérdida de una posibilidad concreta para el actor de conocer la verdad y obtener justicia penal, especialmente considerando que la causa penal respectiva se encontraba completamente paralizada. Según la Corte, existía un nexo causal directo entre la conducta negligente de los órganos estatales y el padecimiento del padre de la víctima.

No obstante, el daño cuya reparación se persigue no se deriva, en estricto rigor, de la ausencia de una condena penal, ni de la incertidumbre sobre la identidad del homicida, sino del hecho trágico e irreversible del asesinato de la hija del actor. El sufrimiento moral del demandante se origina en la muerte violenta de su hija, lo que constituye un daño que se identifica con el resultado final y no una expectativa frustrada

⁸²³ C. Nac. de Apelaciones Contencioso-Administrativo Federal, sala II, 02/05/2006, “Weigandt, Laura V. c./ Poder Judicial de la Nación”, ED digital, cita online: EDXXXII-590.

⁸²⁴ 3º JC de Temuco, 29/12/2017, “Hagen con Consejo Defensa del Estado”, rol, n.º C-4458-2016.

⁸²⁵ CA de Temuco, 07/05/2019, “Hagen con Consejo de Defensa del Estado”, rol n.º 112-2018.

cuya realización dependiera del azar. El impacto de la actuación negligente del Estado agrava ese dolor —al imposibilitar un cierre judicial o una respuesta institucional satisfactoria—, pero no configura una chance perdida en el sentido técnico del concepto, pues no se trata de una probabilidad frustrada de alcanzar un resultado favorable futuro, sino de una intensificación del daño ya causado por el crimen.

Por tanto, este caso presenta un obstáculo estructural para la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance: la inexistencia de un componente azaroso. No hay aquí un resultado cuyo logro dependiera de factores inciertos, decisiones de terceros o contextos aleatorios. La frustración de una eventual condena no se inscribe en una estructura de probabilidad contingente, sino que es consecuencia directa de la omisión investigativa. Lo que se indemniza, en consecuencia, no es la pérdida de una chance, sino el menoscabo moral agravado por la falta de servicio estatal.

Además, otro aspecto llamativo del fallo de segunda instancia fue su decisión de duplicar la indemnización concedida por el tribunal inferior, elevándola a doscientos millones de pesos. La fundamentación de este aumento se basó en las singulares circunstancias del caso: la gravedad del delito, el desamparo institucional, la condición de extranjero del demandante, las barreras idiomáticas y el sufrimiento adicional derivado de enfrentar el proceso judicial en un entorno adverso. Aunque se alude a la pérdida de chance como figura aplicable, no se evalúa en ningún momento el valor autónomo de la oportunidad frustrada, ni se estima su magnitud o grado de probabilidad, ni mucho menos se distingue entre el resultado final (el no conocimiento del autor) y el daño específico imputable a la chance perdida.

Finalmente, la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación deducidos, añadiendo que el daño reconocido por los tribunales de instancia era asimilable al concepto de pérdida de la chance⁸²⁶.

Este caso, como Cárdenas señala⁸²⁷, demuestra un uso equívoco e instrumentalizado de la teoría de la chance, no como un mecanismo de delimitación del daño indemnizable, que es su función principal, sino como una herramienta para justificar una condena más severa frente a una conducta estatal reprochable. Así, se produce una paradoja: una figura jurídica pensada para moderar la indemnización, en virtud de la

⁸²⁶ CS Chile, 09/03/2020, “Hagen con Consejo de Defensa del Estado”, rol n.º 17045-2019.

⁸²⁷ Cárdenas Villarroel (2024), p. 934.

incertidumbre sobre el resultado final, termina siendo utilizada como fundamento para incrementarla, sin análisis alguno sobre la entidad real de la oportunidad frustrada. La punición de la negligencia parece haber prevalecido sobre los criterios técnicos que justifican el resarcimiento por pérdida de oportunidad.

La evolución jurisprudencial en España también refleja una ampliación en los supuestos de responsabilidad profesional. Si bien originalmente la responsabilidad profesional del abogado se limitaba principalmente al incumplimiento de plazos procesales, en la actualidad esta responsabilidad se extiende a la omisión de informar adecuadamente al cliente, la violación del secreto profesional, o la pérdida negligente de documentación confiada por el cliente al inicio de la relación contractual⁸²⁸.

Finalmente, cabe señalar que también la carencia evidente de conocimiento jurídico puede generar responsabilidad profesional. Así lo señaló la jurisprudencia en un caso donde se atribuyó responsabilidad a los abogados que desistieron negligentemente de una prueba esencial y no mantuvieron ante la instancia superior la apelación contra una sentencia adversa, bajo la errónea consideración de que una absolución penal fundada en el beneficio de la duda producía automáticamente efectos de cosa juzgada en sede civil⁸²⁹. En este contexto, los tribunales enfatizaron que la responsabilidad profesional debe evaluarse considerando si efectivamente existía una oportunidad real de obtener un resultado favorable y que ella no sea simplemente teórica⁸³⁰.

2.2. La decisión de un jurado

a. Incertidumbre derivada de juicios de valor

La pérdida de oportunidad puede presentarse también en contextos en los que el resultado depende de una decisión adoptada por un jurado o tribunal evaluador. A diferencia de otras formas de aleas —como el azar objetivo de un sorteo o el azar contextual vinculado a condiciones externas imprevisibles—, en estos casos el elemento incierto es subjetivo,

⁸²⁸ Crespo Mora (2009), pp. 105-106.

⁸²⁹ C. Civ. y Com. Mercedes, sala I, 27/09/2001, “N.N”, LL Buenos Aires, 2002, p. 102.

⁸³⁰ Alferillo (2020), p. 183.

ya que depende de la valoración que un tercero hará sobre ciertos méritos, antecedentes o desempeños.

Se trata de un tipo de azar especialmente relevante en situaciones de concursos, procesos de selección, evaluaciones de mérito o certámenes, en los que la decisión final depende de criterios evaluativos, muchas veces discrecionales, de quienes tienen la facultad de adjudicar un beneficio o seleccionar un ganador. Lo que está en juego no es un derecho adquirido, sino una expectativa fundada cuyo cumplimiento depende del juicio subjetivo de otros.

Este tipo de incertidumbre ha sido reconocido tempranamente por los tribunales extranjeros como jurídicamente relevante. El ejemplo más citado es el célebre fallo inglés *Chaplin v. Hicks*, que marcó un hito en la construcción del concepto de *loss of chance*. En esa oportunidad, se acogió la demanda interpuesta por una concursante finalista que fue impedida de presentarse ante el jurado por causa imputable a la organización. El tribunal sostuvo que el daño no consistía en la pérdida del premio, sino en la privación de una posibilidad real de obtenerlo, aun cuando su éxito final dependía de una decisión discrecional, pues “evidentemente, era imposible para ella demostrar que habría sido una de las ganadoras del concurso”⁸³¹.

La dificultad en este tipo de casos no reside en establecer la relación causal entre la conducta y la pérdida de oportunidad —que suele estar suficientemente acreditada—, sino en cuantificar el valor de la chance frustrada⁸³². Como el hecho dañoso impidió que el concurso se desarrollara normalmente, nunca se podrá afirmar con certeza si la víctima habría sido premiada⁸³³. Sin embargo, ello no excluye la indemnización: “aunque el éxito en el concurso no era seguro, es posible indemnizar al candidato que no pudo intentar su oportunidad”⁸³⁴.

b. La recepción de la chance y el criterio de probabilidad suficiente

⁸³¹ Kadner Graziano (2007), p. 232.

⁸³² Lentz (2017), p. 5

⁸³³ Lentz (2017), pp. 5-6.

⁸³⁴ Sintez (2009), p. 3.

En la práctica comparada, se han acogido demandas por pérdida de oportunidad en situaciones similares. En Irlanda, se concedió reparación a un político impedido de postular en elecciones por una norma que luego fue declarada inconstitucional, al estimarse que había sido privado de una posibilidad real de resultar electo⁸³⁵. En Grecia, se reconoció la indemnización a un propietario de caballos con altas probabilidades de ganar una carrera, de la cual fue excluido sin justificación⁸³⁶.

También en el derecho argentino se ha acogido esta figura. En un concurso literario, se condenó a la editorial organizadora por alterar las bases en favor de una obra que ya había sido contratada previamente. El tribunal reconoció que el autor, preseleccionado entre los diez finalistas, había perdido una oportunidad valiosa de obtener el premio. Se sostuvo expresamente que “la probabilidad suficiente encuentra sustento en el hecho que el actor resultó preseleccionado entre diez concursantes”⁸³⁷.

Ahora bien, esta hipótesis debe distinguirse claramente de aquellas en que el resultado del concurso depende del juego de un azar objetivo o contextual —por ejemplo, una lotería— donde el mérito o aptitudes de los participantes no tienen relevancia. En los casos aquí analizados, la decisión final depende de la apreciación subjetiva del jurado. Eso es lo que vuelve aleatorio el resultado en términos jurídicos y lo diferencia del daño puramente conjetural.

Por otro lado, no toda expectativa frustrada constituye una oportunidad jurídicamente relevante. Un ejemplo lo ofrece un fallo argentino en que se rechazó una demanda contra la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA) por la supuesta pérdida de la oportunidad de imprimir una segunda edición de un libro premiado. La prueba demostró que los ejemplares fueron incautados por autoridades militares que prohibieron su circulación. En este contexto, el tribunal razonó correctamente que no existía una oportunidad cierta de reedición. La sola existencia de una primera edición no basta, por sí sola, para sostener la existencia de una expectativa razonable de nuevas publicaciones⁸³⁸.

⁸³⁵ High Court of Ireland, 13/02/2004, “Thomas Redmond and The Minister for the Environment, Ireland and the Attorney General”, 1997 n.º 4318P.

⁸³⁶ Kadner Graziano (2007), p. 222.

⁸³⁷ C. Nac. Civ., sala G, 21/02/2005, “Nielsen, Gustavo E. c./ Editorial Planeta Argentina S.A.I.C. y otros”, RCyS, 2005, n.º 5, p. 103.

⁸³⁸ C. Nac. Apel. Com., sala B, 07/02/1989, “Muraro, Heriberto c./ Eudeba”, LL 1989- D, p. 288, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

c. La proyección profesional como chance indemnizable

Un fallo relevante de la jurisprudencia argentina permite avanzar un paso más en la delimitación del daño. Una modelo profesional ganó un concurso de belleza organizado por una empresa cosmética, cuyo premio consistía en un viaje a Italia para posar como rostro de la marca. Al designar como acompañante a su representante —vinculada a la agencia que organizaba el certamen— la empresa se negó a entregarle el premio, alegando conflictos de interés. Frente a su negativa a modificar la designación, la organización declaró ganadora a la segunda finalista. La modelo demandó por daños y perjuicios⁸³⁹.

El quid del caso radicaba en determinar si la negativa a reconocer el premio por la elección del acompañante constituía una negligencia y si, en ese marco, correspondía indemnizar por pérdida de una chance profesional. El tribunal reconoció la legitimidad de la elección realizada por la actora, al considerar que resultaba lógica, razonable y contractualmente coherente. Así, el incumplimiento fue imputable a la empresa organizadora, que de forma infundada se negó a reconocer el premio.

En lo que respecta a la chance, el fallo recoge con claridad los criterios fundamentales: la chance indemnizable no es una posibilidad con base conjetural, sino una probabilidad fundada, suficientemente intensa como para generar un perjuicio actual por su pérdida. El tribunal concluyó que, en este caso, la ganadora frustró una posibilidad real y profesionalmente significativa de proyectar su carrera en el ámbito internacional como imagen de una marca reconocida. No se trataba de indemnizar la ganancia futura que pudo haber obtenido, sino la pérdida de la oportunidad real de haberla alcanzado. Esa pérdida, suficientemente acreditada, fue en sí misma un daño.

Se acogió, por tanto, la indemnización por pérdida de chance. La reparación se calculó considerando la razonabilidad de la oportunidad truncada, sin equipararla al eventual provecho económico, en coherencia con la jurisprudencia consolidada. Como expresó el tribunal: “No puede soslayarse la profunda desilusión de una joven modelo que, luego de ganar un concurso de gran difusión, no pudo disfrutar del premio que le

⁸³⁹ C. Nac. Civ., sala B, 27/12/2016, “Koser, Alejandra c./ Prodicos S.A. Casa Alfaparf y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102458-AR.

permitiría posar para una empresa internacional en cuatro ciudades de la península itálica; con todas las expectativas frustradas y aflicciones que tal incumplimiento conlleva”⁸⁴⁰.

En este caso, la indemnización por pérdida de chance no solo se tradujo en un daño patrimonial, sino que también una dimensión extrapatrimonial. La oportunidad frustrada no se reducía a un posible contrato futuro o a un ingreso económico hipotético, sino que involucraba el reconocimiento público, el posicionamiento profesional y el despliegue de una proyección personal. La frustración de esa expectativa legítima, reconocida socialmente y vivida con intensidad por quien la había conquistado con mérito, revela cómo la pérdida de una chance puede ser también, y al mismo tiempo, una pérdida de sentido, de validación y de horizonte. La reparación no se limitó a indemnizar lo que pudo ganarse, sino que buscó restaurar, al menos en parte, el daño que deja un futuro prometedor cuando es cancelado sin justificación.

2.3. Voluntad de la otra parte de celebrar un contrato

También puede configurarse una pérdida indemnizable cuando una persona es injustamente privada de la oportunidad de celebrar un contrato con otra, aun cuando esta última conservase plena libertad para decidir si contratar o no. El daño no radica en la no celebración del contrato —resultado que, por definición, no era seguro—, sino en la privación de una chance seria y razonable de alcanzarlo, de haber seguido su curso normal el proceso precontractual.

Lo que se lesiona en estos casos es una expectativa fundada, construida a partir de actos previos, señales de interés o negociaciones en curso, cuya interrupción o distorsión antijurídica impide que la oportunidad de contratar se consolide. Diversos fallos han reconocido la existencia de responsabilidad cuando el hecho dañoso interfiere de manera ilegítima en ese tránsito hacia un posible acuerdo, frustrando una oportunidad que, sin ser certeza, reunía condiciones suficientes para ser jurídicamente valorada.

⁸⁴⁰ C. Nac. Civ., sala B, 27/12/2016, “Koser, Alejandra c./ Prodicos S.A. Casa Alfaparf y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102458-AR.

a. El caso de la pérdida de la chance por exclusión en un proceso de adjudicación

Quien participa en una licitación pública sabe que adjudicarse el contrato no es un derecho adquirido, sino una expectativa. Pero aunque esa posibilidad no debe con una certeza, tampoco es una ilusión carente de valor jurídico. Se trata de una expectativa legítima, protegida siempre que existan condiciones objetivas que permitan afirmar que, de no mediar una conducta ilegítima, la oportunidad de ser adjudicatario era real y fundadamente esperable⁸⁴¹.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que lo que se lesiona en estos casos no es el contrato en sí mismo, sino la chance frustrada de celebrarlo. Así, lo que se reclama no es la utilidad plena del contrato que no se firmó, sino el valor económico de la oportunidad cierta —aunque no definitiva— de haberlo obtenido. Como ha dicho la jurisprudencia, no se trata de reparar el contrato frustrado, sino de reconocer

“Un daño autónomo e independiente del resultado final —la adjudicación de la licitación—, que se configura por aquello que la doctrina ha denominado la pérdida de la chance, la que en este caso se traduce en la pérdida de la oportunidad de la demandante de encontrarse entre las oferentes con mayor puntaje que tenían la posibilidad de adjudicarse la respectiva licitación”⁸⁴².

La jurisprudencia argentina ha reconocido con frecuencia esta hipótesis. En un caso, una entidad fue excluida injustamente de una licitación, a pesar de que había demostrado contar con posibilidades ciertas de ser seleccionada. Los tribunales admitieron la existencia de un daño, precisando que su cuantía no debía equivaler a los beneficios íntegros del contrato, sino que debía estimarse conforme a las probabilidades efectivas de éxito⁸⁴³. Asimismo, se ha reconocido la chance de ganar una licitación, que, a pesar de haber efectuado la propuesta más conveniente, no ganó la licitación — que

⁸⁴¹ Bustamante Alsina (1989), p. 61.

⁸⁴² CS Chile, 06/01/2025, “Alpes Chemie S.A. con Central Nacional del Sistema de Abastecimiento Nacional de Servicios de Salud”, rol n.º 242342-2023.

⁸⁴³ C. Apel. Civ. Com. Min.de San Juan, sala I, 19/06/2008, “Fundación Universidad Nacional de San Juan c./ E.P.R.E.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/7907/2008.

correspondía a la remodelación del Casino de Mendoza, por el actuar irregular de los funcionarios públicos⁸⁴⁴.

A pesar de lo anterior, también se ha sostenido erróneamente que la indemnización cumplía una función sancionatoria⁸⁴⁵. Esta postura resulta criticable: la oportunidad perdida no es un castigo, sino un daño reparable, en cuanto priva a la víctima de un bien económico real, valorable y frustrado ilegítimamente.

También en Chile esta discusión ha sido objeto de análisis. Algunas decisiones han negado la indemnización, sosteniendo que el oferente solo tenía una expectativa sin protección jurídica, ya que nadie tiene derecho a obtener necesariamente un contrato⁸⁴⁶. Sin embargo, otras sentencias —con mayor acierto— han reconocido que, cuando la administración actúa con error o arbitrariedad, puede causar un daño indemnizable al impedir que un participante compita en condiciones equitativas.

Un ejemplo es el caso en que un oferente fue postergado debido a errores en la forma de evaluar su oferta, lo que condujo a adjudicar el contrato a quien había obtenido la segunda mejor evaluación. En esa ocasión, la Corte Suprema sostuvo que “es razonable concluir que este actuar indebido de la Administración le ha significado a la actora la pérdida de una chance, de una oportunidad legítima de ganancia eventual”⁸⁴⁷.

La Corte estableció una indemnización prudencial equivalente al 5% del valor del contrato⁸⁴⁸. Esta cifra, aunque debatible, refleja el principio que subyace a la reparación: no se trata de indemnizar lo que con certeza se habría ganado, sino lo que ilícitamente se dejó de intentar.

El derecho comparado también respalda esta forma de entender el problema. Los Principios de UNIDROIT (art. 7.4.3, párr. 2º) establecen expresamente que “la pérdida de una chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización”⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ C. Civ. y Com. de Mendoza, sala I, 17/10/2011, “Tam S.A. c./ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, LL online, cita digital: AR/JUR/63061/2011.

⁸⁴⁵ C. Apel. Civ. Com. Min. de San Juan, sala I, 26/06/1997, “Pescarmona S. A. c./ Provincia de San Juan”, LL Gran Cuyo, 1999, p. 921.

⁸⁴⁶ Así se ha reconocido en los fallos de la CS Chile, 25/08/2014, “Sociedad Mansilla y Asencio con Municipalidad de Punta Arenas”, rol n.º 2555-2014; CS Chile, 09/09/2014, “Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada con Municipalidad de Temuco”, rol n.º 16582-2014. También ver: Cisternas (2019), p. 60.

⁸⁴⁷ CS Chile, 30/09/2015, “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes”, rol n.º 2795-2015. Ver: Cisternas (2019), p. 60.

⁸⁴⁸ CS Chile, 30/09/2015, “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes”, rol n.º 2795-2015. Ver: Cisternas (2019), p. 60.

⁸⁴⁹ UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 2016, art. 7.4.3.

El comentario oficial a esta norma ofrece un ejemplo: si “A” encarga a “B” la entrega de un expediente para participar en una licitación y “B” lo entrega fuera de plazo, impidiendo su admisión, la indemnización dependerá de la probabilidad real que tenía “A” de resultar seleccionado, lo que exige evaluar comparativamente las otras candidaturas. La reparación no equivale, entonces, al beneficio completo que se habría obtenido, sino a un monto inferior de dicha utilidad esperada⁸⁵⁰.

Esta concepción de la pérdida de oportunidad como daño autónomo expresa una posición intermedia entre la certeza absoluta y la pura conjetura. No se exige al damnificado que pruebe que habría ganado, sino que demuestre que contaba con una posibilidad real y fundada de hacerlo. Cuando esta ha sido suprimida de manera ilegítima, el derecho no puede permanecer indiferente: debe reconocer que también allí hay un perjuicio concreto y que corresponde repararlo.

3. Algunas reflexiones finales en torno al azar decisional

1. En las hipótesis estructuradas sobre un azar decisional, lo que se ha perdido es la oportunidad real de acceder a una decisión legítima que podía ser favorable a la víctima. Desde esta perspectiva, no basta cualquier incertidumbre, sino que lo que caracteriza a estas situaciones es que el desenlace final dependía de una instancia ajena a la víctima –una autoridad, un jurado, un tribunal–, cuya resolución no podía anticiparse, pero sí estimarse como previsible dentro de ciertos márgenes. La víctima había reunido condiciones suficientes para aspirar al beneficio y la intervención negligente de otro la excluyó de participar en ese proceso. Esa exclusión es lo que se indemniza: no el fracaso, sino la privación ilegítima de un trayecto reglado hacia un posible éxito.
2. Este azar es una forma de incertidumbre jurídicamente relevante, porque opera dentro de ámbitos en que las decisiones se adoptan conforme a reglas, criterios técnicos o méritos previamente establecidos. Por eso, no toda decisión incierta da lugar a una chance: sólo aquella que, de haberse seguido su curso regular, ofrecía a la víctima una probabilidad concreta y fundada de ser favorable.

⁸⁵⁰ UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 2016.

3. Ahora bien, este marco conceptual exige trazar una línea firme con aquellas hipótesis en que la decisión omitida no pertenecía a un tercero, sino al propio sujeto. Tal es el caso del consentimiento informado en medicina. No hay azar cuando se ha vulnerado la autodeterminación personal. La elección sobre el propio cuerpo no depende de parámetros objetivos ni de criterios de razonabilidad: es un acto íntimo, discrecional, que no puede medirse según lo que una persona “media” habría hecho. Lo que se ha quebrantado allí no es una probabilidad, sino un derecho esencial. No importa si, de haber conocido los riesgos, el paciente habría optado por otro tratamiento o por el mismo. Lo decisivo es que nunca tuvo la oportunidad de elegir. Y esa privación configura por sí sola un daño cierto, que se configura sin necesidad de imaginar escenarios alternativos ni ponderar beneficios hipotéticos.
4. En definitiva, el azar decisional permite identificar con nitidez aquellos supuestos en que la víctima ha sido apartada de un procedimiento regido por criterios jurídicamente previsibles, en el cual contaba con una expectativa fundada de éxito. Allí hay pérdida de chance. Cuando lo que se ha arrebatado es la posibilidad de decidir por sí mismo, frente a bienes jurídicos esenciales, el daño excede el campo de la oportunidad: se trata, simplemente, de una vulneración directa del derecho a elegir.

II. El azar contextual u objetivo

La pérdida de oportunidad también se presenta con frecuencia en escenarios en los que la incertidumbre deriva de factores externos, totalmente ajenos al control de la víctima. Me refiero al azar contextual u objetivo, categoría que incluye situaciones tan diversas como los juegos de azar y apuestas, azar comercial o la pérdida de ayuda futura de un hijo.

Sin embargo, conviene advertir que estos escenarios no son homogéneos. En algunos casos, la víctima permanece completamente al margen del contexto azaroso que condiciona el resultado final; en otros, en cambio, participa activamente en él. Esta distinción resulta relevante, pues incide en la evaluación jurídica de la chance frustrada, determinando el grado de protección que merece cada expectativa y los criterios que deben aplicarse para su indemnización.

1. El azar no está relacionado con la víctima

Me refiero a aquellos casos en que la víctima no juega un rol activo en el desempeño del azar. Es decir, depende exclusivamente del destino, la suerte o de un tercero. En estos casos se debe incluir la pérdida de oportunidad derivada de juegos de azar (1.1), la pérdida de chance por falta de reconocimiento filial (1.2) y la pérdida de chance por curación y sobrevida (1.3).

1.1. Pérdida de oportunidad derivada de juegos de azar

La pérdida de chance también puede configurarse en contextos donde el resultado depende del azar, en su forma más pura y objetiva. Se trata de supuestos en que el beneficio o ventaja perseguida por la víctima queda supeditado a un mecanismo aleatorio, como sorteos, rifas o concursos promocionales. A diferencia de los casos de azar subjetivo o decisional, aquí el resultado no depende de un juicio de valor, sino de factores externos e impersonales que escapan completamente a la voluntad humana. En estos escenarios, el análisis gira en torno a si se alcanzaba el umbral mínimo de probabilidad requerido para configurar una oportunidad jurídicamente resarcible.

a. El caso Minutta y la imposibilidad de adquirir el billete premiado⁸⁵¹

En un famoso caso de la jurisprudencia argentina, un cliente habitual de un vendedor ambulante de lotería compraba, semana a semana, el mismo número de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, por un error en la distribución imputable a la administración de la lotería, el billete correspondiente a ese número fue remitido a otra agencia, donde no llegó a venderse y fue posteriormente destruido. A consecuencia de lo anterior, el cliente no pudo adquirir el respectivo billete que, justo en esa ocasión, resultó

⁸⁵¹ SCBA, 19/06/1965, “Minutta, José c./ Administración de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires”, en LL, 1965-119, pp. 395-401.

premiado. Demandó entonces a la administración de lotería por la frustración de una oportunidad que consideraba cierta.

El tribunal rechazó el reclamo. Si bien reconoció que el actor compraba regularmente ese número, consideró que la posibilidad de adquirir ese número en concreto, estaba sujeto a múltiples contingencias. No se acreditó que existiera un derecho a la adquisición preferente del billete, ni que hubiese mediado una reserva o pago anticipado. En consecuencia, la chance de obtener el premio fue calificada como vaga, general y puramente hipotética.

b. El azar y la imposibilidad de indemnización

Me refiero a aquellas situaciones en que el resultado depende exclusivamente de un sorteo masivo, sin que el comportamiento negligente del agente tenga injerencia en la probabilidad de éxito. Así lo resolvió la jurisprudencia en el caso de un actor que recibió un mensaje de texto invitándolo a participar en un concurso con un premio de un millón de pesos⁸⁵². Respondió a dicha invitación —lo que implicaba un gasto económico—, pero posteriormente se le negó la posibilidad de participar por no ser titular de la línea telefónica. La Corte reconoció que la empresa había vulnerado el derecho del consumidor a recibir información clara y adecuada, y por ello condenó por daño moral. No obstante, descartó la indemnización por pérdida de oportunidad, pues ni siquiera en el escenario más favorable existía una posibilidad seria de resultar ganador, dada la masividad del concurso. La probabilidad de éxito era tan ínfima que no alcanzaba el umbral mínimo para configurar una chance jurídicamente relevante.

Criterio similar se adoptó en el caso del concurso “Marlboro tiene 10 convertibles rojos”⁸⁵³. Un grupo de consumidores alegó haber sido excluido del sorteo por no haberse retirado la urna correspondiente. Si bien en primera instancia se consideró que existía una oportunidad perdida, la Cámara revocó la indemnización otorgada,

⁸⁵² C. Civ. Com. y Minería de Gral. Roca, sala II, 23/03/2016, “Gajardo Hugo Esteban c./ Telefónica Móviles Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-98524-AR.

⁸⁵³ C. Apel. Civ. Com. San Isidro, sala II, 200/4/2007, “Díaz, Claudio A. y otros c./ Massalin Particulares S.A”, autos n.º 101559.

considerando que la chance concreta de resultar ganador —calculada pericialmente en 0,00000613%— por lo que era puramente conjetural.

En el mismo sentido un caso en que la participación en el concurso mismo fue impedida. Tal fue el caso en que se reclamó por la pérdida de chance de participar en sorteos vinculados a una cuenta bancaria, a raíz de la demora en acreditar un depósito. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial desestimó el rubro, por considerar que la probabilidad de ganar era ínfima (0,0005046%) y, por lo tanto, insuficiente para configurar un daño resarcible⁸⁵⁴.

Por otra parte, en un concurso organizado por Telefónica Móviles, el demandante recibió un mensaje invitándolo a participar por un premio millonario. Aceptó la invitación, incurriendo en un costo económico, pero luego fue excluido por no ser titular de la línea. El tribunal entendió que la empresa violó el deber de informar al consumidor, lo que justificó la indemnización por daño moral. Sin embargo, rechazó el resarcimiento por pérdida de chance: aun en el mejor escenario posible, la probabilidad de resultar ganador era tan baja que no alcanzaba el umbral necesario para configurar un daño jurídicamente relevante⁸⁵⁵.

Es decir, la indemnización por pérdida de oportunidad requiere una probabilidad suficiente de éxito, valorada según el curso ordinario de las cosas. Cuando el azar puro es determinante o la expectativa carece de sustento fáctico, no hay daño indemnizable. Por el contrario, cuando el incumplimiento impide ejercer una oportunidad concreta, fundada y evaluable, aunque incierta, esa pérdida puede —y debe— ser reparada.

c. El uso económico frustrado del premio: azar contextual

Distinta es la solución en aquellos supuestos en los que una vez sorteado el premio, el organizador del concurso incumple su obligación y no lo entrega al ganador. En estas hipótesis, el perjuicio no deriva de la expectativa de obtener el premio —como sucede en los casos anteriores—, sino de la imposibilidad de aprovecharlo con fines económicos. Aquí, el azar ya no podemos entender que es contextual, pues no reside en la asignación

⁸⁵⁴ C. Nac. Apel. Com., sala A, 04/02/2005, “Ramos, Alfredo c./ Banco Río de la Plata”, JA 2005-2, p. 182.

⁸⁵⁵ C. Civ. Com. y Min. Gral. Roca, sala II, 23/03/2016, “Gajardo Hugo Esteban c./ Telefónica Móviles Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-98524-AR.

del bien, ya sorteado, sino en el uso que se esperaba darle, frustrado por la conducta antijurídica del organizador.

Hay algunos casos en la jurisprudencia, como aquel en que los actores ganaron un vehículo en una rifa organizada, pero no se les entregó el premio. En este contexto, alegaron haber perdido la posibilidad de explotarlo como taxi, frustrando así una oportunidad de beneficio económico.

El tribunal acogió la demanda, ya que considero que mediante las pruebas testimoniales, se había demostrado que el demandante tenía la expectativa de utilizar el premio como taxi, entregándoselo a su hijo o a un tercero para trabajar; sin embargo el incumplimiento de los accionados frustró esa chance mediante la probabilidad más o menos cierta y fundada de explotar el automotor como taxímetro. No se sabe si el actor hubiera podido habilitar el vehículo como taxi o cuál hubiera sido la ganancia por su explotación, pero sí se advierte que perdió la oportunidad de encarar una actividad.

La jurisprudencia destacó que la chance no es la ganancia futura, sino la facultad actual de intentar obtenerla. Si bien no podía asegurarse que el vehículo hubiese sido habilitado como taxi ni cuál habría sido la rentabilidad, lo cierto es que el incumplimiento doloso frustró una posibilidad que era lo suficientemente justificada, que se traduce en un daño actual⁸⁵⁶.

1.2. Pérdida de chance por falta de reconocimiento filial

a. Introducción

Entre las muchas hipótesis en las que la pérdida de oportunidad puede presentarse como daño resarcible, se encuentra aquella que deriva de la omisión de reconocimiento de filiación por parte de uno de los progenitores. En estos supuestos, el azar que frustra la oportunidad, claro está, no nace de una decisión de la propia víctima, sino que del progenitor que se niega injustificadamente a reconocer a su hijo.

⁸⁵⁶ C. Apel. Civ. Com. San Isidro, sala I, 16/06/1993, “Juara, José c./ Club Atlético Tigre y otros”, LL 1993-D, p. 208.

La falta de reconocimiento en la infancia, especialmente en los primeros años de vida, impide que el menor tenga acceso a los recursos con los cuales es vitalmente necesario contar para su desarrollo —materiales, educativos y de relaciones— que de otro modo se pondrían a su alcance. Es decir, nadie elige existir, pero cuando lo hace, debería involucrar a los dos seres humanos más importantes en la vida de un niño: sus padres, que buscarán colaborar para que el hijo se desarrolle plenamente, alcanzando su máximo potencial material y espiritual posible.

Por lo mismo, el daño no se agota en la esfera emocional, sino que, además, se pierden chances de desarrollo, de acceso a mejores condiciones de vida y de inserción social. Se produce, una ruptura del curso ordinario de las cosas, afectándose la identidad, la estabilidad afectiva, la formación cultural, e incluso las expectativas patrimoniales del hijo o hija no reconocidos.

La indemnización por pérdida de chance originada en la falta de reconocimiento filial parece haber tenido su punto de partida en el derecho argentino. El primer antecedente encontrado es el *leading case* “F., A. c/ C., S.” resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en 2004. En dicho caso, se reconoce que, frente a la negativa del reconocimiento de un hijo, la pérdida de chance es un daño autónomo indemnizable, sobre la base del impacto que tal omisión genera en las posibilidades materiales y formativas del niño. En otras palabras, la falta de reconocimiento injustificada de un hijo configura una fuente de daño que debe ser abordada conforme a los principios generales de la responsabilidad civil.

No se trata de imaginar un daño hipotético. Las consecuencias del incumplimiento se proyectan, por ejemplo, en las limitaciones que el hijo sufre en su calidad de vida, en su acceso a una mejor educación, en su posibilidad de capacitación, de participación en actividades culturales o deportivas, o incluso al simple goce de una vida con mayores márgenes de estabilidad. Aunque las necesidades básicas hayan sido razonablemente cubiertas por el otro progenitor o sus familiares, el daño subsiste, precisamente porque no se mide en términos de mera subsistencia, sino en términos de la plenitud que pudo ser y no fue⁸⁵⁷.

Por último, no puede dejar de advertirse que la procedencia de este daño no ha estado exento de controversias, generándose intensos debates, que se reflejan en tres

⁸⁵⁷ Molina de Juan (2022), p 1331.

grandes posiciones: quienes niegan toda posibilidad indemnizatoria, aquellos que la reconocen de manera amplia y, finalmente, quienes adoptan posturas intermedias. Más allá de estas diferencias, creo que la pérdida de chance —al menos cuando la omisión de reconocimiento frustra concretamente oportunidades vitales de desarrollo—, es un daño autónomo, actual y jurídicamente reparable, cuya configuración y alcance serán analizados en los apartados siguientes.

b. Las distintas posiciones doctrinales sobre la procedencia del reclamo

La cuestión sobre si la omisión del reconocimiento filial puede dar lugar a una indemnización ha generado diversas posturas en la doctrina y en la jurisprudencia, que, en líneas generales, pueden sintetizarse en tres grandes posiciones: la negatoria, la permisiva y la ecléctica⁸⁵⁸.

La postura negatoria es, sin dudas, la más restrictiva. Siguiendo una concepción tradicional de reconocimiento, entiende que este acto es voluntario y personalísimo, y, por ende, no existiría un deber jurídico que pueda generar responsabilidad civil. Así, la omisión de reconocimiento no constituye un acto antijurídico. A esta idea se suma, con frecuencia, una preocupación de tipo práctico: la admisión del reclamo podría abrir las puertas a un aumento exponencial de demandas, con el consiguiente riesgo de desnaturalizar el instituto. Sin embargo, este último argumento, más pragmático que jurídico, no parece ser suficiente para excluir, de manera general, el análisis de responsabilidad, puesto que se basa en consideraciones prácticas y no en la aplicación de los principios de la responsabilidad civil⁸⁵⁹.

En el extremo opuesto se ubica la postura permisiva. Quienes siguen esta doctrina consideran que el derecho del niño o niña a una filiación determinada es un derecho esencial del ser humano. Por lo tanto, la negativa infundada de reconocer a un hijo no es una decisión que puede ejercerse de manera antojadiza, sino un deber jurídico, cuyo incumplimiento, puede causar daños a otras personas⁸⁶⁰. Si se configuran los presupuestos

⁸⁵⁸ Martínez (2010), p. 38.

⁸⁵⁹ Martínez (2010), p. 39.

⁸⁶⁰ Martínez (2010), p. 39.

clásicos de la responsabilidad civil —daño, antijuridicidad, nexo causal y factor de atribución—, la reparación no solo es procedente, sino exigible⁸⁶¹.

En una posición intermedia se encuentra la doctrina ecléctica, que admite la reparación del daño causado por la omisión del reconocimiento filial solo en ciertos casos. Para esta corriente doctrinal, no toda negativa genera automáticamente responsabilidad civil. Será necesario, probar que el progenitor conocía o debía conocer la existencia del vínculo biológico y, pese a ello, omitió deliberadamente el reconocimiento⁸⁶². Asimismo, se considera antijurídica la negativa injustificada del progenitor a someterse a pruebas de ADN que permitirían establecer de manera cierta la filiación, además de la presunción favorable al hijo en la eventual acción de filiación⁸⁶³.

Cada una de estas posturas refleja distintas maneras de concebir la función del derecho de daños en el ámbito familiar. No obstante, la doctrina contemporánea parece avanzar hacia una visión más comprometida con la tutela efectiva de los derechos personalísimos de los niños, especialmente frente a omisiones que, como la falta de reconocimiento filial, tienen importantes consecuencias en la vida de la persona afectada. Sin caer en automatismos, esta corriente doctrinal sostiene que cuando se frustra una expectativa razonable —como lo es contar con una filiación cierta, afectiva y jurídicamente reconocida—, el daño producido debe ser reparado. Como acertadamente se ha señalado, la vida familiar no puede convertirse en un “cheque en blanco” para causar daño⁸⁶⁴. Este no es un mero juego de palabras; resulta contradictorio que el derecho, que identifica a la familia como un ámbito natural de cuidado y protección recíproca, admita que quienes incumplen deberes esenciales hacia sus hijos puedan permanecer impunes, particularmente considerando la especial vulnerabilidad de los niños, cuya identidad y dignidad están en juego.

Finalmente, cabe mencionar que existe una corriente que admite indemnizar los daños por la falta de reconocimiento filial, pero excluye la reparación por pérdida de chance. Según esta postura, indemnizar las privaciones vinculadas a la omisión de reconocimiento oportuno (como acceso a educación, salud o mejores condiciones de vida) implicaría entrar en la esfera del daño emergente, cuestión que ha recibido serias

⁸⁶¹ Medina (2008), p. 123.

⁸⁶² Medina (2008), pp. 122-123.

⁸⁶³ Medina (2008), pp. 122-123. En el mismo sentido: Martínez (2010), pp. 40-41.

⁸⁶⁴ Kemelmajer de Carlucci (2000), p. 665.

objeciones doctrinales⁸⁶⁵. En todo caso, a partir del año 2004, se ha reconocido este daño en la jurisprudencia argentina, como expondré a continuación.

c. El *leading case*: “F., A. c/ C., S.”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, el 28 de mayo de 2004⁸⁶⁶

En el *leading case* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 28 de mayo de 2004, se reconoció por primera vez la pérdida de una chance como daño indemnizable derivado de la falta de reconocimiento filial. La sentencia marcó un hito en el derecho de daños argentino, al considerar que, aun cuando el hijo había tenido cubiertas sus necesidades mínimas gracias al esfuerzo de su madre, la ausencia de aporte paterno le había privado de la posibilidad cierta de acceder a una vida con menos restricciones económicas.

No se trataba —como sostuvo la recurrente y compartió la Corte— de reclamar alimentos retroactivos bajo otra denominación, sino de resarcir la frustración de una expectativa razonable. En palabras de la Dra. Kemelmajer: “el daño sufrido consiste en la pérdida de la posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones económicas”⁸⁶⁷. A su juicio, la situación patrimonial del demandado —profesional con varios inmuebles a su nombre— contrastaba visiblemente con las dificultades económicas de la madre, quien era empleada de comercio, había dado a luz en un hospital público, litigaba con beneficio de litigar sin gastos, y enviaba al niño a una escuela estatal. En ese marco, sostuvo: “el aporte paterno le hubiese dado la chance cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos”⁸⁶⁸.

El Tribunal descartó que la reparación supusiera indemnizar alimentos no reclamados oportunamente. Precisó que el resarcimiento obedecía a la pérdida de una posibilidad concreta de desarrollo y que esa chance frustrada debía valorarse con criterios

⁸⁶⁵ Martínez (2010), p. 42.

⁸⁶⁶ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c/ C., S”, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562.

⁸⁶⁷ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c/ C., S”, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562.

⁸⁶⁸ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c/ C., S”, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562.

de prudencia judicial, ponderando el tiempo transcurrido sin reconocimiento y las oportunidades que un aporte económico adecuado habría permitido en la vida de un niño en crecimiento. Así, se fijó la indemnización como un modo de superar “el piso de las necesidades mínimas cubiertas por la madre”⁸⁶⁹, sin generar una duplicación encubierta de la obligación alimentaria.

Desde entonces, este precedente ha sido citado como base para entender que el incumplimiento del deber jurídico de reconocimiento puede configurar una fuente autónoma de responsabilidad civil, no solo por el daño moral, sino también por el daño patrimonial que adopta la forma de pérdida de oportunidad. Una pérdida que aunque invisible en los estados de necesidad extremos, se refleja con claridad en las oportunidades que no fueron posibles: una academia de idiomas, una actividad deportiva, una educación más rica. Como bien lo expresó la Corte, lo que se indemniza no es una privación absoluta, sino la imposibilidad de haber sido socio de algún club, concurrir a una academia para estudiar un idioma o rudimentos de informática, aprehender cómo se toca un instrumento musical, etc., todas actividades que normalmente desarrollan los niños, hijos de profesionales, para favorecer su desarrollo físico y espiritual⁸⁷⁰.

d. Fundamento de la reparación

Los daños que pueden derivar de la falta de reconocimiento de un hijo o hija, se proyecta sobre dimensiones esenciales de la persona, particularmente sobre el derecho a la identidad, entendido como aquel conjunto de atributos que permiten al individuo ser quien es, en su singularidad, dentro del entramado social⁸⁷¹. Esta afectación no solo se justifica, sino que exige que el derecho le dé respuesta, reparando los perjuicios que pueden generarse sobre el hijo.

⁸⁶⁹ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S”, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562

⁸⁷⁰ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S”, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562

⁸⁷¹ Fernández Sessarego (1992), p. 113.

i) El derecho a la identidad como presupuesto de reparación

La identidad, en su acepción más amplia, abarca aspectos estáticos (nombre, filiación, nacionalidad) y dinámicos (proyecto de vida, vínculos, pertenencia familiar)⁸⁷². Se encuentra reconocida como derecho fundamental tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento constitucional argentino. El artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho a conocer a los padres; el artículo 8° compromete a los Estados a preservar la identidad del niño, incluyendo su nombre y relaciones familiares. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, si bien este derecho no está expresamente consagrado en la Convención Americana, debe entenderse incluido por vía del artículo 29 inciso c), que señala que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano⁸⁷³.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el derecho a la identidad con el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo), reconociendo el derecho de toda persona a conocer su origen y conformar su identidad personal. Esta interpretación amplia ha sido recogida también por la Corte Interamericana en precedentes como “Gelman”⁸⁷⁴ y “Contreras”⁸⁷⁵.

La falta de reconocimiento vulnera el derecho a la identidad, pues le impide al niño o niña integrarse plenamente en una estructura familiar, ejercer los derechos que le son inherentes a esa relación filial⁸⁷⁶, acceder a beneficios económicos y de formación, y, en definitiva, sentirse legítimamente parte de una historia. Aunque - como lo dicen

⁸⁷² Fernández Sessarego (1992), p. 114; Biscaro (2009), pp. 93-94.

⁸⁷³ CIDH, 31/08/2011, “Contreras y Otros vs. El Salvador”. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de El Salvador por la desaparición forzada de personas, entre los años 1981 y 1983, en el contexto de un conflicto armado interno. La Corte estimó que el Estado de El Salvador es parcialmente responsable por la infracción de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. En el párrafo 112, el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29 c) señala que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano.

⁸⁷⁴ CIDH, 31/08/2011, “Gelman vs. Uruguay”. El caso trata de la desaparición forzada de una mujer, junto con la supresión y sustitución de identidad de su hija recién nacida, por parte de agentes del Estado de Uruguay en el marco de la “Operación Cóndor”. La Corte declaró parcialmente la responsabilidad internacional de Uruguay. En el párrafo 122 ha caracterizado el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.

⁸⁷⁵ CIDH, 31/08/2011, “Contreras y Otros vs. El Salvador”.

⁸⁷⁶ Biscaro (1999), p. 438.

muchos autores - nadie está obligado jurídicamente a entregar cariño⁸⁷⁷, lo cierto es que el daño no se agota en la dimensión afectiva ni el desamor, sino que se manifiesta como una lesión a derechos personalísimos, con consecuencias concretas y verificables en la vidas de un niño. Todas las personas tienen el derecho a conocer su verdadera paternidad con el objeto de alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad⁸⁷⁸, alzándose así como uno de los derechos fundamentales esenciales⁸⁷⁹.

También es posible afirmar que el derecho a la identidad no se manifiesta de forma aislada, sino que se encuentra íntimamente ligado a otros derechos fundamentales que configuran la personalidad jurídica de todo ser humano. Así, se articula con el derecho a la dignidad, al honor, a la imagen, a la privacidad e intimidad, a la filiación y, en términos más amplios, con todo aquello que permite a una persona ser reconocida como un individuo único en el entramado social⁸⁸⁰. Esta conexión no es meramente abstracta, sino que adquiere contenido concreto a través de distintos atributos jurídicamente reconocidos: el derecho a la identificación, a conocer el origen biológico, a construir una identidad familiar, a desarrollar libre y sanamente una identidad personal, y también, si así lo desea, a transformarla⁸⁸¹.

Además, la falta de reconocimiento espontáneo puede implicar no solo una afectación a la identidad del hijo o hija, sino también una lesión a su derecho al estado familiar⁸⁸². Esto ocurre cuando la omisión impide al niño ubicarse dentro de una familia en sentido jurídico y social, generando una exclusión que no se limita a lo afectivo, sino que repercute también en su estatuto civil y en la construcción de sus vínculos más importantes, especialmente durante la niñez⁸⁸³.

⁸⁷⁷ Pizarro Wilson (2014), p. 296; Arianna y Levy (1999), p. 446. En el mismo sentido: C. de Apel. Civ. y Com., sala I, Mercedes, 30/09/2004, “H.E.N. c./ N.H.V.”: “lo que se indemniza son las aflicciones, sufrimientos o perturbaciones en los sentimientos que se derivan de la falta de conocimiento de la propia identidad y de no ser considerado en el ámbito de las relaciones humanas (v.g. en el colegio) como hijo de padre conocido, y aquello que es consecuencia directa de la conducta omisiva, quedando fuera de su comprensión el desamor o carencia de afecto”.

⁸⁷⁸ Ales Uría Acevedo (2012), p. 410.

⁸⁷⁹ Rivero De Arhancet (2014), p. 240.

⁸⁸⁰ Ales Uría Acevedo (2012), p. 410.

⁸⁸¹ López Rivera (2001), pp. 133-134.

⁸⁸² Biscaro (1999), p. 438.

⁸⁸³ El derecho a la vida familiar se encuentra expresamente protegido en múltiples instrumentos internacionales. Entre ellos, destacan el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y diversas disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas normas reconocen la importancia del entorno familiar en el desarrollo pleno de la personalidad del niño y obligan a los Estados a adoptar medidas positivas para preservar estos lazos.

La jurisprudencia ha acompañado esta comprensión integral del derecho a la identidad, reconociendo que su vulneración constituye un hecho generador de responsabilidad civil. En este contexto, la omisión del reconocimiento ha sido caracterizada como un acto antijurídico, susceptible de generar responsabilidad civil cuando se acreditan los presupuestos exigidos por el ordenamiento: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución⁸⁸⁴.

ii) El reconocimiento de un hijo no es una facultad. Es un deber.

Desde la vigencia del CCyC argentino, ya no quedan dudas: el reconocimiento de un hijo no es una potestad del progenitor, sino un deber jurídico cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad civil. El artículo 587 es claro en este punto: El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, siempre que se acrediten los presupuestos generales de la responsabilidad⁸⁸⁵. El reconocimiento ha dejado de ser un acto librado al arbitrio del padre: se trata de una conducta jurídicamente exigible y su omisión injustificada puede lesionar derechos personalísimos de máxima relevancia.

La disposición mencionada no se encuentra aislada. Se articula con normas de interpretación como el artículo 2 del mismo Código, que obliga a interpretar la legislación interna a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. Y entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño —con jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional— ocupa un lugar central. Sus artículos 7 y 8 consagran el derecho del niño a conocer su filiación, a preservar su identidad, a ser cuidado por sus progenitores. Estos mandatos no son meras formulaciones ideales: tienen fuerza jurídica obligatoria y comprometen tanto al Estado como a los particulares.

En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 18, el derecho de toda persona a llevar el apellido de sus padres. En el plano interno, la Ley 26.061 refuerza estos principios al reconocer como derecho del niño el ser identificado, conocer su origen y mantener vínculos con su familia de origen.

⁸⁸⁴ Jalil (2017b).

⁸⁸⁵ Esta disposición se complementa con otros preceptos del mismo cuerpo normativo, que articulan dichos presupuestos y los principios que rigen los derechos personalísimos. Por ejemplo, los arts. 52, 582, 1716, 1717, 1721, 1726, 1727, 1737, 1738, 1740, 1741, entre otros.

No se trata, por tanto, de una simple manifestación de voluntad. El reconocimiento es, en su forma, un acto unilateral, pero en su contenido, una obligación jurídica. Produce efectos trascendentes⁸⁸⁶: determina la filiación, activa derechos alimentarios, hereditarios, de cuidado y responsabilidad parental. Si un progenitor, sabiendo —o debiendo saber— que lo es, se abstiene sin causa legítima de reconocer al hijo, incurre en una omisión antijurídica. Así lo ha sostenido buena parte de la doctrina nacional, desde ya un tiempo. Como lo ha sostenido el Dr. Zannoni “si el hijo tiene el derecho a obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no lo ha reconocido espontáneamente (...) es obvio que este asume el deber de reconocer al hijo, que, como tal, es un deber jurídico”⁸⁸⁷. Por lo mismo “no puede caber duda que el nexo biológico implica responsabilidad jurídica, no obstante que el reconocimiento como acto jurídico familiar sea voluntario”⁸⁸⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, incluso mucho antes de la reforma de 2015.

Esta interpretación ha sido asumida también por el derecho comparado. En España⁸⁸⁹, por ejemplo, si bien no existe una norma que imponga expresamente el reconocimiento, se ha entendido que el deber surge de una lectura integradora del artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño con los artículos 10.2 y 39.2 de la Constitución española. En virtud de estas normas, se ha concluido que el reconocimiento es jurídicamente exigible cuando están dadas las condiciones para hacerlo.

En Argentina, la jurisprudencia comenzó a admitir este tipo de reclamos a fines de los años ochenta⁸⁹⁰. Primero, en relación con el daño moral sufrido por el hijo cuya filiación fue negada y dilatada injustificadamente. Luego, en 2004, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dio un paso más y reconoció que también puede haber un daño patrimonial derivado de la falta de reconocimiento, cuando se frustra la posibilidad de haber accedido a una vida con menos restricciones económicas. En ese precedente se sostuvo que el daño no consistía en alimentos retroactivos, sino en la pérdida de una oportunidad cierta: la de haber contado, desde los primeros años, con un padre que podía

⁸⁸⁶ Simón (2010).

⁸⁸⁷ Zannoni (1990), p. 3.

⁸⁸⁸ Zannoni (1990), p. 3.

⁸⁸⁹ Rodríguez Guitián (2009), pp.180-181.

⁸⁹⁰ A modo de reseña histórica, es a fines de la década del 80 que la sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, reconoce por primera vez en Argentina que un padre debe indemnizar los perjuicios por el daño moral respecto de su hijo que no reconoció y que luego negó y resistió la realización de pruebas biológicas. Esta reparación de daños por negativa injusta de filiación fue ratificada con posterioridad por los tribunales de Capital Federal, en un fallo del año 1988. Ver: 9º Juzgado Civ. y Com. San Isidro, 25/03/1988, “E., N. c./ G., F. C. N”, ED-128, p. 333.

y debía contribuir a su desarrollo. Se trataba, en suma, de una chance perdida y no de un pasivo alimentario encubierto⁸⁹¹.

Este criterio, ha sido sostenido en el tiempo. En tal sentido, se ha afirmado que “reconocer a un hijo no es un acto discrecional, sino un deber jurídico, por lo que la negativa a hacerlo constituye una omisión antijurídica”⁸⁹²; es decir, en la medida que la falta de reconocimiento sea dolosa o culpable, se deberán indemnizar los perjuicios que se causan al niño, niña o adolescente.

Así planteado, el incumplimiento del deber de reconocimiento no solo vulnera normas de derecho interno. También lesiona derechos fundamentales reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Afecta, en particular, la dignidad del niño, su identidad, su posibilidad de construir una biografía con raíces. Y por eso, cuando se dan los presupuestos, debe repararse. Porque si el niño tiene el derecho a ser reconocido, el progenitor tiene, indefectiblemente, el deber de reconocer.

e. Dos dimensiones de un mismo daño

La falta de reconocimiento paterno puede generar simultáneamente, dos proyecciones distintas del menoscabo causado que el derecho de daños debe distinguir. De un lado, el daño moral en su sentido más puro: el sufrimiento anímico que provoca sentirse rechazado, la angustia ante la propia identidad vacilante o la herida de saberse excluido de la historia familiar. De otro, la pérdida de chance, entendida como la frustración de un proyecto de vida razonablemente posible —un horizonte de estudios, vínculos y oportunidades— que se cierra cuando el padre incumple su deber de reconocer a un hijo o hija. Ambas figuras son autónomas y responden a lógicas distintas, aunque puedan presentarse de manera concurrente.

En el plano patrimonial, esta chance se traduce en lo que la víctima dejó de alcanzar: acceso a mejores centros educativos, redes sociales o culturales que pudieron allanar un desarrollo profesional más sólido. No se indemniza lo que otros familiares ya

⁸⁹¹ SCJM, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S”, LL Gran Cuyo, 2004 (septiembre), p. 797; JA 2004-III, p. 720 y ED 211, p. 562

⁸⁹² C. de Fmla de 1era. Nominación de Córdoba, 04/07/2017, “G., R.D. c./ G., I. J.”, sentencia n.º 21.

cubrieron, sino aquello que, con una probabilidad seria, habría sucedido si el progenitor hubiera estado presente de manera regular y responsable⁸⁹³.

Pero la pérdida de oportunidad no se agota necesariamente en el renglón económico. Existe también una chance extrapatrimonial que se pierde cuando la ausencia paterna priva al niño de experiencias fundantes para su identidad y su autoestima, que se traduce en pérdida de oportunidades, esencialmente en el desarrollo de su proyecto de vida. La pertenencia a una familia ampliada, los referentes afectivos y el apoyo emocional cotidiano son pilares en el desarrollo de oportunidades que aunque no genere sufrimiento emocional consciente, puede constituir, en sí mismo, un daño indemnizable cuando impide al hijo acceder a mejores condiciones materiales, educativas o sociales⁸⁹⁴. Aun sin un sufrimiento subjetivo expreso, la frustración de ese proyecto de vida alternativo es resarcible porque cercena el derecho a una existencia plena y digna. No hay que olvidar, que finalmente, los padres son un motor que impulsa a los niños y niñas a lograr su máximo desarrollo material y espiritual posible.

Conviene, entonces, distinguir con nitidez el dolor psíquico verificable que brota, por ejemplo, del rechazo abierto del padre, que afecta la dignidad y el derecho a la identidad del niño o niña, de la pérdida de chance extrapatrimonial, que se traduce en la privación de un itinerario de vida más rico en afectos y estímulos, aun cuando la víctima no experimente una pena manifiesta. El reproche jurídico no radica en lo que la víctima sintió, sino en lo que dejó objetivamente de vivir, por eso, lo que se indemniza no es la certeza del resultado, sino una probabilidad concreta de que si el padre hubiese cumplido con su deber de reconocimiento, hubiera contribuido a una mejor calidad de vida del hijo o hija⁸⁹⁵.

Un ejemplo permite clarificar esta cuestión. En el primer caso, Ana conoció desde su infancia la identidad de su padre y tras realizar repetidos intentos de acercamiento, experimentó un continuo rechazo. Esta situación derivó en sentimientos de angustia, baja autoestima y tristeza. Como consecuencia, no pudo establecer vínculos con su progenitor ni con su familia paterna, quedando excluida de una historia familiar compartida. En este contexto, el núcleo indemnizable corresponde al daño emocional sufrido.

⁸⁹³ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B. A. N. y otra c./ S. A. S”. Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132750-AR.

⁸⁹⁴ Jalil (2017b).

⁸⁹⁵ C. Apel. Civ. y Com. Mercedes, sala III, 05/03/2009, “G., J. c./ H. O. J.”, LL online, cita digital: AR/JUR/22100/2009.

Muy distinto es el caso de Carolina, criada en un entorno estable, pero sin uno de sus padres y nunca tuvo conocimiento de la identidad de su progenitor. Al descubrir la verdad en la adolescencia, no manifiesta un sufrimiento como en el caso de Ana; sin embargo, los antecedentes revelan que, de haber sido reconocida, habría accedido a un sistema educativo de mayor calidad y a redes sociales que habrían potenciado su desarrollo. Lo que debe repararse no es el sufrimiento, que no existe, sino la chance frustrada de un proyecto de vida material y relacional más amplio.

Ambos supuestos son indemnizables, aunque por vías distintas. No todo daño extrapatrimonial se manifiesta como sufrimiento emocional; asimismo, no toda omisión paterna puede limitarse únicamente a la afectación del derecho a la identidad. La figura de la pérdida de chance permite identificar un nivel intermedio: no el dolor experimentado, sino el menoscabo derivado de aquello que razonablemente pudo haber mejorado la vida del hijo o hija. Es comprensible que la activa participación de ambos progenitores sea fundamental para el desarrollo emocional y social de los hijos⁸⁹⁶; en consecuencia, la indemnización no pretende sancionar al progenitor ni suplir carencias afectivas, sino reconocer que existió una oportunidad real de desarrollo negada sin una justificación suficiente⁸⁹⁷.

Algunos jueces han identificado correctamente esta diferencia. En un caso, una niña no fue reconocida por su padre, lo que le privó de apoyo material y emocional durante sus primeros diez años. El tribunal concluyó que esta omisión limitó sus oportunidades concretas de crecimiento, destacando que la conducta del progenitor había privado a la menor no solo del aporte económico, sino de la posibilidad real de una infancia más plena y con mejores condiciones para el desarrollo de su potencial personal y social⁸⁹⁸.

En consecuencia, al evaluar el daño, el juez debe considerar no solo la existencia de sufrimiento, sino también la presencia de una expectativa razonable que haya sido frustrada respecto a una vida más plena. En todo caso, es fundamental distinguir la chance de una simple conjetura. No se trata de lo que hipotéticamente podría haber ocurrido en

⁸⁹⁶ C. Apel. Civ., Com. y Lab. de Goya, sala I, 21/11/2017, “M., N. en nombre y representación de su hijo y otro c./ R. M. G.”, sentencia n.º 85.

⁸⁹⁷ C. Apel. Civ., Com. y Lab. de Goya, sala I, 21/11/2017, “M., N. en nombre y representación de su hijo y otro c./ R. M. G.”, sentencia n.º 85.

⁸⁹⁸ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B., A. N. y otro c./ S., A. S.”, LL online, con nota de Verónica Castro, cita digital: TR LALEY AR/JUR/74188/2021.

abstracto, sino de aquello que con un grado razonable de probabilidad, habría sucedido si se hubiese cumplido con el deber jurídico omitido. Si bien la prueba no siempre es fácil, no resulta imposible. Por ejemplo, si el padre ausente tenía un historial de participación activa en la vida de otros hijos, esto podría demostrar una expectativa razonable de una vida más plena para el hijo afectado. También puede surgir de las condiciones de vida del padre ausente, como su estabilidad económica y emocional, su relación con otros miembros de la familia y su historial educativo o incluso por los proyectos de vida que quedaron sin concluir.

Desde esta perspectiva, la indemnización por pérdida de chance extrapatrimonial se vincula con el principio de reparación integral. No basta con asegurar la subsistencia material del hijo. También corresponde reconocer que la ausencia de uno de los padres, cuando es injustificada, priva al niño o niña de más que solo recursos económicos: les arrebató la posibilidad de una vida más rica en afectos, vínculos, experiencias y proyectos, elementos indispensables para una vida equilibrada y plenamente desarrollada. Esa frustración no debe ser invisible a los ojos del derecho.

f. La pérdida de la oportunidad es distinta al derecho de alimentos

Una objeción frecuente frente al reconocimiento de una indemnización por pérdida de chance derivada de la omisión de reconocimiento filial, es la supuesta identidad con los alimentos que el progenitor omitió aportar y que no se reclamaron oportunamente. Sin embargo, esta equiparación resulta desacertada desde todo punto de vista. Los alimentos solo se deben desde que son reclamados judicialmente⁸⁹⁹, mientras que la pérdida de chance responde a un daño independiente, que no coincide con lo dejado de pagar por alimentos, sino con la privación de una vida con mayores oportunidades, más opciones educativas, culturales, sociales y afectivas, que el hijo habría tenido si el progenitor hubiese asumido sus deberes desde un comienzo⁹⁰⁰.

Distinguir entre ambas figuras supone captar la esencia del daño por pérdida de oportunidad: lo que se frustra no es un crédito alimentario retroactivo, sino una expectativa legítima, un camino de desarrollo que fue obstaculizado por la conducta

⁸⁹⁹ Así lo establece el art. 669 del CCyC en la Argentina y art. 331 Código Civil en Chile.

⁹⁰⁰ Herrera (2015), p. 646.

antijurídica del progenitor que no reconoció en tiempo y forma al hijo. El daño no se traduce en un monto de alimentos no percibido, sino en lo que se dejó de alcanzar: una vida con más opciones formativas, más espacios de contención, más herramientas para construir la identidad⁹⁰¹.

Se ha sostenido que no correspondería indemnización alguna por pérdida de oportunidad en estos casos, al menos en lo que respecta al daño patrimonial. Esta postura está basada en la idea de que, en el fondo, lo que se estaría reclamando no es una expectativa frustrada, sino alimentos que no se solicitaron a tiempo. Desde esta perspectiva, si el progenitor que tenía al hijo bajo su cuidado (habitualmente la madre) no solicitó judicialmente la pensión de alimentos, ello demostraría que podía atender por sí misma a las necesidades básicas del hijo. Por tanto, se concluye que no habría existido carencia material alguna y, por ende, ningún perjuicio susceptible de ser reparado⁹⁰².

Pero esta postura es inadmisibles. Esta posición, además de injusta, consagra una lógica perversa: termina por premiar al progenitor negligente, liberándolo tácitamente del cumplimiento de sus obligaciones, simplemente porque otro las asumió en su lugar⁹⁰³. Así, se ignora la carga desproporcionada soportada por la madre o por el progenitor cumplidor y se debilitan principios básicos del derecho de familia como la igualdad parental y la solidaridad.

De modo coherente con esta línea argumental, la jurisprudencia ha sido firme al rechazar los intentos de asimilar ambos conceptos. Así se ha señalado con claridad que “se confunde así la pérdida de chance con un lucro cesante por falta de pago de alimentos, que obedece a otros principios y requiere prueba del monto dejado de percibir a causa del ilícito”⁹⁰⁴. Tampoco se admite que la indemnización cubra lo que se habría debido en concepto alimentario al hijo, pues la lógica del resarcimiento por pérdida de chance no

⁹⁰¹ C. Apel. Comodoro Rivadavia, sala A, 28/03/2008, “S., M. G. c./ C., H”, LL online, cita digital: AR/JUR/3898/2008.

⁹⁰² Solari (2006b), p. 931-932, comentando el fallo de la C. Apel. Civ. Com. y Minería de San Juan, sala II, 25/10/2005, “N. H. E. c./ P. R. M., P. M. S.”. También Pacia (2006), p. 924, afirma que “no surge ningún problema con relación al daño patrimonial, ya que el incumplimiento de la obligación de alimentos, que tiene contenido económico y que empieza desde el nacimiento, es causa de responsabilidad contractual y por consiguiente legítima al hijo —si es menor, representado por el otro progenitor y en defecto por un curador especial— a pedir la condena, no sólo a los alimentos para el futuro, sino también al resarcimiento de los daños; por la menor comodidad a la cual haya gozado en el pasado”.

⁹⁰³ Solari (2006a), p. 760

⁹⁰⁴ C. de Apel. Civ. Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, 19/08/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez, cita digital: TR LALEY AR/JUR/33431/2024.

responde a la temporalidad alimentaria, sino a la frustración de un proyecto vital que no llegó a concretarse.

Por lo mismo la indemnización por pérdida de chance no puede limitarse al periodo alimentario hasta los 21 años. La expectativa de vida del hijo trasciende esa barrera temporal, pues la chance frustrada no equivale a alimentos periódicos, sino a una oportunidad integral y permanente. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido expresamente que, al no haber sido oportunamente reconocida, la persona pierde la posibilidad de acceder a condiciones que le habrían permitido un desarrollo pleno y sostenido⁹⁰⁵, sin que ello se confunda con una reclamación de alimentos retroactivos hasta una determinada edad.

Ciertamente, en algunos fallos puede verse que la jurisprudencia toma en consideración la noción de alimentos en sentido amplio, como un parámetro orientador a la hora de cuantificar la indemnización por pérdida de chance. Sin embargo, ello no implica que ambas figuras se confundan o se superpongan. Por el contrario, se trata simplemente de utilizar los alimentos como una referencia más, entre muchas otras, para evaluar lo que el hijo dejó de recibir integralmente, es decir, el daño real y específico generado por la ausencia injustificada del padre desde el comienzo mismo de su vida⁹⁰⁶.

Finalmente, resulta necesario aclarar que si ambas figuras se confundieran o equipararan, perdería sentido la noción misma de pérdida de chance. Esta figura jurídica reposa precisamente en la incertidumbre de una ventaja futura que se frustró por una conducta ilícita. Si la pérdida de chance se identificara plenamente con los alimentos no percibidos, no estaríamos frente a una oportunidad perdida, sino ante un simple cálculo retroactivo que el derecho positivo explícitamente prohíbe. La esencia misma de la chance reside en lo que pudo haber sido, no en lo que efectivamente debió percibirse.

g. Requisitos de procedencia de la pérdida de la chance

⁹⁰⁵ C. Apel. Civ. y Com. de Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL, 19/08/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez, cita digital: TR LALEY AR/JUR/33431/2024.

⁹⁰⁶ SCBA, 03/12/2014, “D., M. S. c./ M., O. W.”, autos n.º 115.995. LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/80581/2014.

Más allá de los presupuestos generales de la responsabilidad civil —una conducta antijurídica, un daño y una relación de causalidad entre ambos—, cuando lo que se pretende indemnizar es la pérdida de una oportunidad, resulta indispensable examinar requisitos vinculados a su configuración específica.

i) La pérdida de oportunidad debe ser concreta, no conjetural

La indemnización por pérdida de chance no puede fundarse en afirmaciones genéricas o especulativas sobre un desarrollo potencialmente más favorable. El derecho no repara meras conjeturas. El perjuicio debe consistir en la frustración cierta, con un grado suficiente de probabilidad de haberse materializado. La sola mención de un “mayor desarrollo en todos los aspectos” o de una “vida con menos restricciones económicas”, sin precisar cuáles eran esas restricciones ni los beneficios concretos que se frustraron, no basta⁹⁰⁷. En tales casos, lo que se pretende indemnizar es una eventualidad, un daño hipotético, no una verdadera oportunidad.

El estándar de prueba, en este tipo de daños, exige acreditar con seriedad que, de no haber mediado la conducta antijurídica, el hijo o hija habría tenido acceso a una alternativa cierta y probable de mejora en su calidad de vida. No se exige la certeza del resultado frustrado, sino la seriedad de la posibilidad perdida, conforme al curso ordinario de los acontecimientos⁹⁰⁸.

En todo caso, por su propia naturaleza, la pérdida de una chance se proyecta siempre en el terreno de lo probable. No puede saberse con certeza cómo habría evolucionado la vida del hijo si el reconocimiento se hubiera producido de manera oportuna. En este sentido, “el alea propia de este tipo de daño está dada, justamente, por cuanto nunca podrá saberse con certeza cuáles habrían sido, en definitiva, las mejoras efectivas con que habría contado el menor, dado que no contó con el aporte en el momento oportuno”⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ C. Fmla. 1º Nom. de Córdoba, 04/07/2017, “G., R. D. C. c./ G., I. J.”, sentencia n.º 21.

⁹⁰⁸ C. Fmla. 1º Nom. de Córdoba, 04/07/2017, “G., R. D. C. c./ G., I. J.”, sentencia n.º 21.

⁹⁰⁹ Sáenz (2015), p. 84.

Pero el hecho de que exista un alea no impide su reparación. Al contrario, la esencia misma de la chance es esa posibilidad frustrada que no llegó a concretarse por la conducta antijurídica de quien omitió el reconocimiento.

ii) Se requiere prueba objetiva del contexto del hijo y del progenitor omisivo

Que el niño o la niña hayan contado con lo indispensable para subsistir —alimento, abrigo, escolarización básica— no impide, por sí solo, el reconocimiento de un daño (más allá del moral), derivado de la falta de reconocimiento. La pérdida de oportunidad no se mide por la mera subsistencia, sino por la posibilidad razonable de haber contado con más y mejores herramientas para desplegar el propio proyecto de vida. No se trata de saber si el hijo comió o estudió, sino de si, de haber contado con los aportes del progenitor desde el inicio, habría vivido con menos restricciones, en mejores condiciones materiales y espirituales⁹¹⁰.

Desde esta perspectiva, la existencia de la chance frustrada no puede presumirse automáticamente por el solo hecho de la falta de reconocimiento. Por el contrario, requiere prueba suficiente sobre las condiciones del hijo y sobre el entorno socioeconómico del progenitor que omitió reconocerlo. En efecto, si el padre era una persona de ingresos estables, con educación superior y cierta holgura patrimonial y el hijo fue criado por una madre sola, de bajos recursos, resulta verosímil que existiera una expectativa legítima de haber contado con mayores medios para desarrollarse integralmente. En este sentido, se ha señalado:

“si por hipótesis el progenitor que no reconoció al hijo, es una persona de regular fortuna, y el otro progenitor de escasos recursos, el hijo pudo haber sufrido perjuicios que un emplazamiento espontáneo pudo haber evitado. Pensemos en la carencia de una formación educativa, en una intervención quirúrgica o un tratamiento médico que no pudo llevarse a cabo y como consecuencia de ello, el hijo sufra una minusvalía, etcétera.

⁹¹⁰ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B. A. N. y otra c./ S. A. S.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132750-AR.

El supuesto encuadra, a nuestro juicio, en el que se ha denominado pérdida de una chance, conceptualizada por la doctrina como la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o el hecho ilícito”⁹¹¹.

En este sentido, muy bien ha señalado la jurisprudencia mendocina que el perjuicio derivado de la falta de reconocimiento filial no puede analizarse en abstracto, sino a la luz de las condiciones concretas del caso. La madre, persona de escasos recursos, trabajaba en un comercio, dio a luz en un hospital público, litigó con beneficio de pobreza y su hijo asistía a una escuela estatal. El padre, en cambio, era odontólogo y propietario de varios inmuebles alquilados. Si bien el esfuerzo materno permitió cubrir las necesidades mínimas del niño, el tribunal advirtió que el aporte paterno le habría permitido acceder a una vida con menos restricciones, a mejores condiciones de desarrollo y a mayores oportunidades. A ello se suma que, aunque jurídicamente pudo solicitar alimentos provisorios, la conducta del demandado hacía improbable que fueran concedidos o satisfechos con prontitud. Esa demora generó, al menos, un daño moratorio cierto: los intereses por las sumas que debieron pagarse oportunamente y no lo fueron. Finalmente, al momento de dictarse la sentencia de filiación, el niño tenía trece años, una etapa vital en que las exigencias económicas aumentan y difícilmente puedan ser afrontadas solo con el ingreso de una madre asalariada. Frente a este cuadro, el tribunal reconoció un daño real y jurídicamente resarcible, basado no en hipótesis, sino en hechos objetivos y verificables⁹¹².

Este criterio ha sido sostenido en el tiempo:

“es procedente la indemnización por pérdida de chance en tanto que se advierte que, conforme a la posición social del demandado, hubiera podido brindarle a su hijo L.F. una instrucción secundaria, una vida cómoda, satisfacciones en recreación, innecesariedad de trabajar desde pequeño, y chances ciertas de, incluso, continuar un estudio superior que le permitiera posicionarse mejor en la vida tanto laboral como socialmente”⁹¹³.

⁹¹¹ Arianna y Levy (1999), p. 447-448.

⁹¹² SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

⁹¹³ C. Apel. Fmla. Mendoza, 11/07/2019, “B. L. F. c./ M. J. L”, autos n.º 741/17.

Lo anterior, también permite concluir que el análisis de la existencia de la chance, debe ser en concreto por el juez. Esto implica que si se alega que la falta de reconocimiento impidió, por ejemplo, el acceso a una mejor educación o a determinadas prestaciones de salud, se exige acreditar —aunque sea indiciariamente— que el progenitor tenía capacidad económica para haber hecho ese aporte, y que su omisión fue dolosa o culposa. En otros términos, no basta con afirmar que el padre no reconoció; debe demostrarse que, de haberlo hecho, existía una probabilidad razonable de que el hijo hubiera vivido mejor⁹¹⁴.

Esta exigencia también permite explicar por qué, en ciertos casos, los tribunales han rechazado la procedencia del reclamo, no obstante existir una falta de reconocimiento voluntario y consecuentemente, falta de aporte económico. Por ejemplo, se ha resuelto que si el progenitor tenía un nivel económico equivalente al de la madre, no procede acoger el rubro:

Es improcedente el pedido de resarcimiento motivado en la pérdida de la chance que habría sufrido la actora de acceder a una mejor y mayor educación como consecuencia de la falta de reconocimiento paterno, en tanto no se advierte que éste, dentro del modesto nivel socioeconómico que evidencia, hubiera sido capaz de brindarle una mejor instrucción que se tradujera para ella, de forma eventual pero cierta, en un acrecimiento económico⁹¹⁵.

Pero esta no es la única razón por la cual podría rechazarse la pérdida de la chance. También es posible que, no obstante la buena condición socioeconómica del padre, se rechace el rubro por ausencia de nexo causal.

iii) Nexos causal entre la falta de reconocimiento y la chance perdida

En toda hipótesis de responsabilidad civil y particularmente en los casos de pérdida de chance, la acreditación del nexo causal adquiere una singular relevancia. No es suficiente comprobar que el padre no reconoció al hijo, ni tampoco que la vida del niño o

⁹¹⁴ C. de Apel. En lo Civ., Com y Lab. de Goya, sala I, 21/11/2017, “M., N. en nombre y representación de su hijo y otro c./ R.M.G.”, sentencia n.º 85.

⁹¹⁵ C. de Apel. en lo Civ., Com, Lab. y Minería de Neuquén sala I, 03/12/2009, “F. G. I. c./ D. D. R.”, LL online, cita digital: AR/JUR/57798/2009.

adolescente haya sido económicamente restringida. Es necesario acreditar, también, que la omisión de ese reconocimiento truncó una expectativa real y verosímil de haber contado con mejores recursos materiales, culturales o educativos.

Esta exigencia de un nexo causal es una garantía que permite evitar reparaciones indiscriminadas. Así lo ha recogido la jurisprudencia reciente, al señalar que la falta injustificada de reconocimiento puede efectivamente privar al niño de una vida más plena, no solo desde lo material, sino también desde lo afectivo y simbólico. En estos casos, la causalidad se expresa en la constatación de que la omisión del progenitor, quien disponía de medios económicos suficientes, fue determinante en la pérdida de una oportunidad razonable para el hijo de haber vivido con mayores comodidades y también por “los goces de infancia y juventud que le fueron negados, propiciando una estimación que refleje un nivel de vida de clase media/alta, en comparación con su realidad vivida”⁹¹⁶.

En el otro extremo, algunos tribunales han negado reclamos indemnizatorios precisamente por no encontrar suficientemente probado ese vínculo necesario entre la falta de reconocimiento filial y el daño específico alegado. Por ejemplo, se ha sostenido que no basta con afirmar abstractamente que el progenitor omitió reconocer al hijo, sino que es preciso probar cómo esa conducta específica impactó directamente en la frustración del proyecto vital invocado. En la causa que analizó este tribunal, el progenitor había cumplido con su obligación alimentaria en la medida solicitada y no se había discutido oportunamente su suficiencia. Por lo tanto, la frustración del proyecto educativo alegado por la actora no encontró respaldo suficiente para atribuirlo causalmente a la omisión del reconocimiento paterno⁹¹⁷.

La necesidad de probar la causalidad implica entonces un delicado equilibrio: por un lado, la justicia debe estar atenta para proteger eficazmente los derechos fundamentales del hijo, cuya identidad y cuyo desarrollo pleno fueron lesionados; por otro lado, no debe permitir que cualquier situación de carencia económica o educativa sea atribuida automáticamente al progenitor que no reconoció, sin demostrar con claridad cómo incidió efectivamente su conducta en la frustración concreta y razonable de una chance.

⁹¹⁶ C. Apel. Civ. Com. de Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, con nota de Jorgelina L. Rodríguez, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/33431/2024.

⁹¹⁷ C. Apel. Civ. Com. Lab. y Minería de General Pico, sala A, 16/04/2021, “B., I. M. c./ C., S. D.”, con nota de Gabriela J. Kaufman, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/12583/2021.

h. Síntesis del párrafo

La pérdida de chance derivada de la falta de reconocimiento filial constituye un daño autónomo, cuya reparación se fundamenta en la protección integral del derecho a la identidad y en el reconocimiento del deber jurídico del progenitor de asumir activamente su rol parental desde el inicio. Su procedencia exige acreditar de manera concreta y suficiente la oportunidad perdida, las circunstancias socioeconómicas tanto del progenitor como del hijo, y el vínculo causal específico entre la omisión y la privación sufrida.

En definitiva, la indemnización no responde a un reclamo alimentario retroactivo, sino a la necesidad de asegurar que ningún niño vea truncada su chance de acceder a una vida con mejores herramientas afectivas, materiales y sociales, en virtud de la conducta irresponsable de quien debió, y no quiso, reconocerlo a tiempo.

1.3. Pérdida de la chance de curación y sobrevida

La pérdida de chance de curación y sobrevida constituye una de las expresiones más complejas, y a la vez más debatidas, de la responsabilidad civil médica. Desde hace décadas, la doctrina y la jurisprudencia han discutido sobre las condiciones que permiten reconocerla como daño autónomo indemnizable. El interrogante central gira en torno a la conducta médica que ha privado al paciente de una probabilidad de recuperación o de prolongación de la vida. Si bien el desarrollo integral de esta materia excede los márgenes de este trabajo, en el presente apartado expondré una síntesis ordenada de las hipótesis más relevantes identificadas por la jurisprudencia argentina y chilena.

Conviene, desde el inicio, advertir una distinción conceptual para una adecuada comprensión del problema. No es lo mismo hablar de una chance de curación que de una oportunidad de sobrevida. En el primer supuesto, lo que está en juego es la posibilidad de recuperar la salud o revertir el cuadro clínico de una enfermedad tratable. En el segundo, el paciente enfrenta un cuadro incurable o irreversible, y la pérdida recae sobre la posibilidad de prolongar su vida o mejorar su calidad si se hubieran adoptado oportunamente los tratamientos adecuados. Aunque ambas suponen una expectativa de mejora, sus contenidos no son idénticos y, por lo tanto, sus exigencias probatorias

tampoco lo son, razón por la cual deben analizarse por separado. Además es posible distinguir también la chance de integridad física. En este caso, la pérdida de chance en este contexto no se agota en los casos de fallecimiento. También puede manifestarse como frustración de la oportunidad de evitar una secuela permanente o una degradación relevante de la salud. La Corte de Apelaciones de Versailles, por ejemplo, acogió una demanda fundada en la pérdida de chance de preservar la integridad física, al haberse amputado una pierna como consecuencia de una vigilancia postoperatoria deficiente⁹¹⁸. A pesar de lo anterior, muchas veces usaré indistintamente estos términos, porque pueden tener aplicación en más de una dimensión.

El fundamento de la reparación no reside en el resultado final, muchas veces atribuible a la enfermedad de base, sino en la frustración de una oportunidad terapéutica concreta que el paciente tenía derecho a que se le ofreciera. Lo que se indemniza es la pérdida de una probabilidad de alcanzar un resultado clínico mejor, cuya frustración resulta directamente imputable al profesional que incumplió un deber jurídico específico de manera culpable. No se exige certeza sobre la curación ni sobre la prolongación de la vida, sino una valoración contextual de las circunstancias del caso, atendiendo a los conocimientos médicos disponibles al momento del hecho. Así se evita caer tanto en una sobrecompensación como en una negación de este daño que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como autónomo y jurídicamente relevante. En este sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Mendoza:

“En estos casos, cuando el paciente se encuentra en una situación en que el ejército de los malos(...) tiene posibilidades de ganar la guerra, pero las fuerzas de la salud también tienen altas probabilidades de prolongar la vida útil del paciente, posibilidades que se pierden por la culpa médica, no reconocer este daño puede conducir a una solución injusta, cualesquiera sean las alternativas por las que se opte: Si no se indemniza, el ordenamiento no da respuesta a un verdadero daño, culposamente causado (...); Si se condena al médico a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues lo cierto es que esas fuerzas del mal también tienen su propia capacidad de reacción; por esta vía, la de la indemnización integral de la muerte o la invalidez,

⁹¹⁸ Cour d'appel de Versailles, première chambre, 21/07/1993, Recueil Dalloz, t. 1993, sec. informations rapides, p. 235.

se camina decididamente a la teoría de la indiferencia de la concausa, o a la teoría de la *condicio sine qua non*, ambas de resultado injusto.

Ahora bien, ese daño “intermedio” exige los mismos presupuestos que el daño que provoca la muerte, la invalidez, etc. Por eso, debe quedar claro que la teoría de las chances de curación no puede constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada. O sea, en principio, la víctima debe probar la culpa del galeno y la relación de causalidad entre esa culpa y la privación de las chances, sin perjuicio de que el demandado, por estar normalmente en mejores situaciones de probar, no debe cruzarse de brazos, sino que debe aportar al expediente toda la prueba que permita convencer al tribunal de que este daño intermedio, no obstante su culpa, no debe serle atribuido”⁹¹⁹.

A diferencia de otras manifestaciones de pérdida de chance, en la medicina, el azar es objetivo. El resultado no depende de decisiones de la víctima, sino de factores externos, principalmente del accionar del profesional o del establecimiento de salud. Algunos autores, como Vitale⁹²⁰, han sostenido que se trataría de un azar mixto, al depender el desenlace tanto del tratamiento como de la respuesta biológica del cuerpo. Sin embargo, no comparto esa caracterización. El componente azaroso relevante no reside en la biología misma, sino en determinar si existía una decisión médica que debió ser tomada y no lo fue, o si hubo una conducta que alteró sustancialmente las probabilidades del paciente de alcanzar un mejor pronóstico. En otras palabras, no es la fisiología del paciente lo que define la naturaleza del azar, sino el incumplimiento profesional frente a un deber de conducta. Si la chance se pierde, es porque el médico o la institución sanitaria han generado una situación anómala, por fuera de los riesgos típicos e inevitables de la medicina.

En lo que respecta al debate doctrinario sobre si esta figura se vincula con un problema de causalidad o de daño, ya me he pronunciado en los capítulos anteriores. Aquí interesa retomar ese marco conceptual para mostrar cómo la pérdida de oportunidad se configura, de modo concreto, en el ámbito sanitario.

⁹¹⁹ SC Mendoza, sala I, 23/06/2003, “Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros”, JA, 2004-I, p. 494. En el mismo sentido: C. Nac. Civ., sala G, 20/11/2007, “Wade, Sandra Daniela c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR/8955/2007.

⁹²⁰ Vitale (2020), p. 196.

A continuación, presentaré una sistematización de los fallos más relevantes —especialmente del último tiempo—, dictados por tribunales argentinos y chilenos, distinguiendo entre los diversos supuestos en que se ha reconocido o rechazado la procedencia de la pérdida de una chance de curación y sobrevida como daño jurídicamente indemnizable. Para organizar estos casos, he optado por agruparlos desde la perspectiva de la negligencia médica. Sin ánimo de agotar el tema, esta exposición busca ofrecer una guía clara sobre las líneas jurisprudenciales que permiten determinar cuándo, cómo y por qué esta figura merece tutela legal.

1.3.1. Cuestiones generales

Los casos de pérdida de oportunidad relacionados con la salud requieren un análisis especialmente cuidadoso, debido a la complejidad inherente a los procesos médicos. La incertidumbre propia del acto médico no puede ser invocada como excusa para eximir de responsabilidad, pero tampoco justifica una reparación plena si el desenlace ha estado influido por condiciones preexistentes o por la gravedad del cuadro clínico. Por lo tanto, la doctrina de la pérdida de chance opera como un delicado punto de equilibrio, reconociendo un daño cierto sin exigir la acreditación del nexo causal respecto del resultado final.

Esta perspectiva es especialmente relevante porque, como bien se ha indicado,

“mediante la doctrina de la pérdida de la chance la justicia está en condiciones de ejercitar un contralor sobre toda la actividad médica, tutelando de mejor manera bienes que gozan de protección constitucional y son tan valiosos como la salud, vida e integridad física de los enfermos”⁹²¹.

En consonancia con esta postura, la Corte de Casación italiana, según indica Zeno, ha señalado que “ninguna enfermedad, a la luz de la moderna ciencia médica, está sujeta a las características de tener un curso preciso, inmodificable o ineluctable, sin poder ser influida por eficaz y oportunas terapias”⁹²². Si bien la medicina no puede garantizar resultados específicos, impone, sin embargo, claros deberes de conducta. Cuando estos

⁹²¹ Gamarra (2001), p. 302.

⁹²² Zeno-Zencovich (1994), p. 49.

deberes se incumplen y ello priva al paciente de una oportunidad real de mejora, dicha pérdida adquiere relevancia jurídica y merece protección indemnizatoria.

Pero para efectos de evitar que la pérdida de chance se utilice como un subterfugio para suplir nexo causal, para su procedencia es indispensable el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales desarrollaré a continuación.

1.3.2. Elementos comunes de configuración

La pérdida de chance en materia médica exige la concurrencia de ciertos elementos que, aunque pueden variar en su formulación doctrinaria, convergen en lo esencial. A continuación, desarrollaré los elementos que la doctrina y jurisprudencia generalmente han identificado como necesarios para configurar responsabilidad por pérdida de chance: conducta negligente del profesional o del establecimiento asistencial; predisposiciones del paciente; ausencia de nexo causal directo con el resultado final; nexo causal entre la negligencia y la chance; probabilidad real y suficiente de un curso alternativo; la imposibilidad de verificar el curso alternativo y el rol del azar en la pérdida de chance médica; valoración ex ante del grado de probabilidad, y prueba técnica suficiente.

a. Conducta negligente del profesional o del establecimiento asistencial

El primer presupuesto para configurar la pérdida de una oportunidad en el ámbito médico radica en la existencia de una conducta negligente, imputable al profesional de la salud o al establecimiento asistencial. En este contexto, no se exige obtener un resultado exitoso, pues la medicina opera inherentemente en condiciones de incertidumbre. Lo esencial es determinar si la actuación médica se ajustó a los estándares de diligencia que, razonablemente, cabía esperar en cada circunstancia concreta⁹²³.

La negligencia médica puede manifestarse bajo diversas formas: desde la omisión o demora injustificada en el diagnóstico, pasando por la indicación incorrecta del tratamiento, hasta una ejecución defectuosa o incumplimiento del deber de seguimiento

⁹²³ Gamarra (2001), p. 318.

y control del paciente. No es necesario que dicha negligencia sea la causa única o directa del resultado adverso final, sino que es suficiente con que haya privado al paciente de una probabilidad médica de curarse, mejorar o sobrevivir. En otras palabras, lo que jurídicamente importa es la pérdida de una chance concreta y no la certeza absoluta sobre el resultado que podría haberse alcanzado⁹²⁴.

Desde esta perspectiva, el eje de la responsabilidad se desplaza de la relación entre la negligencia y el resultado final hacia la frustración de una expectativa terapéutica valiosa. Así, para configurar la responsabilidad médica, no se requiere demostrar que, de haber actuado diligentemente, el paciente habría obtenido con certeza un resultado favorable. Basta con acreditar que existía una probabilidad razonable, objetiva y médicamente fundada de mejorar la condición clínica, la cual fue suprimida precisamente por la omisión culposa

Dicho de otro modo: la medicina es una obligación de medios, no de resultados. Sin embargo, cuando el medio requerido es omitido y, como consecuencia, se pierde una oportunidad terapéutica concreta, hay culpa; y si hay culpa que ha hecho perder una oportunidad, debe indemnizarse. Esta dimensión resulta delicada, puesto que implica reconstruir de manera prudente el curso hipotético que no tuvo lugar, justamente por la conducta negligente, ofreciendo así una tutela efectiva frente a daños reales en su causa— haber sido injustamente privado de una oportunidad real y valiosa—, aunque inciertos en su desenlace final.

Para ilustrar de manera concreta lo señalado, es esclarecedor revisar el siguiente caso jurisprudencial chileno: tras un accidente automovilístico con cuatro personas involucradas, un paciente de 58 años fue trasladado a un centro de atención médica en una camioneta particular. En la atención inicial se cometieron errores, que luego se intentaron subsanar mediante un segundo formulario de atención. El paciente recibió una atención deficiente y tardía, y la solicitud de traslado por vía institucional se efectuó con retraso, circunstancia que, según la demandante, restó al paciente una probabilidad de sobrevivir. En la derivación a un centro de mayor complejidad, el paciente sufrió un paro cardiorrespiratorio del cual fue inicialmente reanimado, pero posteriormente falleció.

La negligencia consistió en que la evaluación médica inicial no fue realizada por el médico de turno, sino que por un técnico en enfermería y en que no se efectuó el

⁹²⁴ Calvo Costa (2011), pp. 91-92.

electrocardiograma indicado por el protocolo médico vigente. También se reprochó la tardanza en disponer el traslado inmediato hacia un centro asistencial de mayor complejidad. No obstante, la falta de prueba pericial sobre la probabilidad concreta de sobrevivida llevó a los jueces a descartar la responsabilidad médica. En efecto, los magistrados determinaron que el centro hospitalario actuó conforme a su protocolo y capacidad resolutoria, y señalaron que la demora en la atención y el traslado no constituyeron una falta de servicio relevante. Adicionalmente, destacaron que el informe de autopsia calificó la muerte como natural, considerando la oclusión total de una arteria. De este modo, aunque existiera una pérdida de oportunidad de sobrevivir, ella no es resultado del actuar negligente de los demandados⁹²⁵.

Lo anterior permite reflejar que no basta con que exista un resultado final adverso ni con que se haya perdido una probabilidad médicamente relevante. Para que la pérdida de chance sea indemnizable, es imprescindible que dicha pérdida sea consecuencia directa de una conducta negligente, atribuible al profesional de la salud o al establecimiento asistencial. La omisión de una conducta debida, evaluada conforme a los estándares de *la lex artis*, constituye el presupuesto inicial que transforma una oportunidad frustrada en un daño indemnizable.

b. Predisposiciones del paciente

La configuración de la pérdida de chance en materia médica exige considerar no solo la conducta del profesional o del establecimiento asistencial, sino también las condiciones de salud preexistentes del paciente. En la mayoría de los casos en que se discute esta figura, la persona ya se encuentra afectada por una patología grave o irreversible al momento de recibir atención médica⁹²⁶. Esta circunstancia no exime de responsabilidad al profesional, pero impone límites al alcance del resarcimiento. No se trata de valorar la pérdida de la vida o de la salud como si el médico hubiese sido su causa directa, sino de identificar si, pese a la enfermedad de base, existía una expectativa real de mejoría, prolongación de la vida o de conservación de la integridad física, que fue frustrada por una conducta culpable.

⁹²⁵ CS Chile, 23/04/2024, “Quezada con Municipalidad de Cholchol”, rol n.º 218056-2023.

⁹²⁶ Calvo Costa (2011), p. 94.

La doctrina ha sido clara al advertir que el riesgo médico no es creado por el actuar del profesional, sino que preexiste en el cuadro clínico del paciente. El médico no crea la enfermedad, actúa sobre ella; y muchas veces lo hace en condiciones adversas, intentando sortear el riesgo⁹²⁷. Ahora bien, que el riesgo preexista no significa que no pueda agravarse por una conducta negligente. Por eso, la responsabilidad no deriva de haber causado la patología, sino de haber suprimido una probabilidad terapéutica valiosa que el paciente tenía derecho a conservar.

Como ha sostenido con agudeza la jurisprudencia argentina, no se puede reconstruir el daño ignorando la situación clínica con la que el paciente ingresó a la atención. En este sentido, se ha resuelto que la evaluación del perjuicio debe deducir la incapacidad preexistente, pues la responsabilidad no podía apoyarse en una ficción que desconociera la realidad médica del caso⁹²⁸. Del mismo modo, si se repara como si la negligencia hubiese causado directamente la muerte o la discapacidad, se corre el riesgo de incurrir en una sobre indemnización, colocando a la víctima o a sus herederos en una situación patrimonial más favorable que la que habrían tenido si el tratamiento se hubiese ajustado plenamente a la *lex artis*.

Ese exceso, que puede disfrazarse de reparación, en verdad constituye un enriquecimiento sin causa, jurídicamente inadmisibles. La indemnización debe medirse en relación con la chance concreta y objetivamente identificable que se perdió, y no con respecto a un resultado hipotético que posiblemente no habría podido evitarse, aun en presencia de una atención diligente. Esta es una cuestión de justicia conmutativa: el deber de reparar no puede transformarse en una forma indirecta de garantizar resultados imposibles⁹²⁹.

Así también ha sido comprendido en Chile. Al respecto, se ha señalado que, pese al mal pronóstico de la enfermedad de base, el establecimiento hospitalario tiene el deber jurídico de actuar con diligencia y de poner todos los medios a su alcance para intentar una atención oportuna y adecuada. La omisión de esa conducta, en un contexto en que aún existía una expectativa de prolongar la vida o al menos intentarlo, constituye un incumplimiento del deber de cuidado. Rechazar la responsabilidad solo porque el paciente

⁹²⁷ Zavala De González (1991), p. 63.

⁹²⁸ C. Nac. Civ., sala C, 09/05/2000, "Parisi, Roberto c./ Girado, Juan", JA, 2001-II, p. 571.

⁹²⁹ Dorsner Dolivet (1986), p. 1226.

estaba en fase terminal implicaría excluir de toda tutela precisamente a quienes más la requieren, negándoles su legítima expectativa de mejorar o de vivir un poco más⁹³⁰.

En pocas palabras, la salud precaria del paciente no exime de responsabilidad, pero delimita su extensión. Solo si la conducta médica negligente suprime una posibilidad concreta de mejoría, prolongación de la vida o conservación de la integridad física, se configura un daño indemnizable. Lo demás excede los márgenes del derecho de daños y entra en el terreno, tan humano como inabarcable, de la compasión.

c. Ausencia de nexo causal directo con el resultado final

Como ya he señalado a lo largo de este trabajo, uno de los rasgos distintivos de la pérdida de chance es que se configura precisamente en los casos en que no puede establecerse un vínculo causal entre la conducta negligente y el resultado final. La pérdida de chance en el ámbito médico no es la excepción. Si la relación de causalidad puede ser acreditada en relación con el daño final, entonces no hay espacio para la teoría de la chance.

Pero cuando la causalidad no puede acreditarse, y, sin embargo, se demuestra que la conducta del profesional suprimió una probabilidad médica concreta, entonces se abre la vía para la reparación de la oportunidad perdida⁹³¹. Es en esa zona intermedia, marcada por la incertidumbre y por la imposibilidad de reconstruir con certeza el curso alternativo de los hechos, donde la pérdida de oportunidad se erige como categoría autónoma del derecho de daños. Por lo mismo, en los casos en que se acredita la culpa médica, no puede inferirse automáticamente la responsabilidad por el resultado final⁹³².

La jurisprudencia ha sido clara al respecto. En un caso, por ejemplo⁹³³, la acción de responsabilidad fue acogida, pero no sobre la base de una chance frustrada, sino de un daño cierto y actual. La paciente, tras una cesárea programada, sufrió una infección mal atendida que derivó en una histerectomía de urgencia. La deficiente gestión médica, la falta de documentación adecuada y la ausencia de consentimiento informado llevaron a

⁹³⁰ CS Chile, 06/02/2024, “Torres con Servicio de Salud Atacama Hospital de Copiapó”, rol n.º 233436-2023.

⁹³¹ Gamarra (2001), p. 301.

⁹³² Kemelmajer de Carlucci (2003), pp. 222-223.

⁹³³ C. Nac. Civ. Com., sala II, 01/11/2021, “P. I. A. c./ Clínica Brandzen S.A. y otro”, Microiuris, online, cita digital: MJ-JU-M-135042-AR.

la condena de los demandados. Sin embargo, el tribunal descartó expresamente que se tratara de una pérdida de chance. No se discutió la frustración de una probabilidad de curación o mejor evolución, sino un daño cierto, actual y plenamente acreditado: la ablación del útero sin justificación médica suficiente.

Esta distinción no es menor. Pues, en caso contrario, se puede incurrir en errores que no son permisibles. Por ejemplo, a propósito de una paciente, que fue dada de alta con un cuadro infeccioso sin haber sido correctamente diagnosticada. Días después, debió ser sometida a una intervención quirúrgica que implicó la extirpación de órganos. El tribunal asignó responsabilidad por el resultado final, ignorando que la infección preexistente y el cuadro clínico inicial no fueron causados por el médico, sino que se agravaron por su omisión. Lo que debió haberse reparado era la frustración de una oportunidad concreta de evitar ese agravamiento, no la totalidad del resultado adverso, como si la infección inicial hubiese sido causada por el actuar negligente⁹³⁴.

En este sentido, la responsabilidad médica exige una cuidadosa diferenciación: no toda conducta culpable produce un daño directamente atribuible, pero puede ser jurídicamente relevante si impide una evolución más favorable del cuadro clínico. La doctrina ha advertido que el razonamiento judicial no puede adoptar fórmulas simplificadoras, como atribuir porcentajes arbitrarios de causalidad o establecer imputaciones fragmentarias. En este sentido, López Miró señala:

“Desde el punto de vista de la gravedad del daño causado y del resarcimiento económico a cargo del co-demandado P., no es lo mismo responder por el 50% de la indemnización fijada por la pérdida de ambas trompas de Falopio y el ovario izquierdo, que hacerlo por el 50% de la indemnización por la pérdida de chances que tenía la enferma de conservar su aparato reproductor íntegro”⁹³⁵.

La pérdida de chance no es una causalidad mitigada, sino un daño autónomo que exige un análisis propio, orientado a valorar la probabilidad concreta de mejora suprimida por la conducta reprochable.

Otro fallo permite confirmar esta línea argumental. Una paciente, trasladada con diagnóstico de suboclusión intestinal y grave deshidratación, recibió tratamiento oral con aspirina, contraindicado en su estado. La broncoaspiración consiguiente desencadenó su

⁹³⁴ C. Nac. Civ., sala C, 18/11/2005, “D.C., O.C. c. Clínica Espora y otro”. Citado en López Miró (2006).

⁹³⁵ López Miró (2006), p. 742.

fallecimiento. En este caso, el tribunal descartó la existencia de una chance perdida: el suministro de aspirina fue calificado como un error médico inexcusable y reconocido como causa adecuada del fallecimiento. No se trató de una probabilidad frustrada, sino de un nexo causal entre la impericia y el resultado final⁹³⁶.

También en materia de negligencia diagnóstica se han producido razonamientos imprecisos. En un caso en que una paciente ingresó con un cuadro de abdomen agudo y fue atendida con demoras y omisiones, el tribunal entendió que la omisión de un abordaje urgente constituyó la causa directa del cuadro clínico. Sin embargo, una reconstrucción ajustada al concepto de pérdida de chance habría conducido a una solución más justa: no fue el acto médico el que generó el daño, sino su omisión la que impidió detectar a tiempo una patología susceptible de tratamiento, privando a la paciente de una probabilidad de conservar su integridad física⁹³⁷.

Lo que estos casos demuestran, es que el derecho no exige certezas absolutas para admitir la responsabilidad médica, pero sí exige rigor conceptual para distinguir entre resultado final y oportunidad frustrada. La pérdida de chance no es una solución de compromiso ni una fórmula para mitigar la carga probatoria, sino una construcción jurídica que permite atribuir responsabilidad cuando el daño radica en la supresión de una expectativa médicamente fundada.

d. Nexo causal entre la negligencia y la chance

En el marco de la pérdida de chance médica, la responsabilidad no se edifica simplemente sobre la presencia de una conducta negligente y una incertidumbre causal en relación con el resultado final. El verdadero punto de inflexión está en determinar si esa conducta tuvo incidencia directa en la frustración de una probabilidad médica concreta. Se exige probar que la omisión o el error del profesional haya tenido un rol determinante en la supresión de una expectativa objetivamente valiosa de mejoría, curación o prolongación de la vida.

⁹³⁶ C. Nac. Civ., sala A, 28/04/2023, “Wolff, Mónica Ernestina c./ Pacheco Moya, Freddy y otros”, autos n.º 83.675/2014, del voto del Dr. Calvo Costa, p. 24.

⁹³⁷ C. Nac. Civ., sala A, 29/09/2023, “Valdés, Alejandra Sylvia c./ Centro de Educ. Médica e Investigaciones Quirno Cemic y otro”, autos n.º 93.714/2018, del voto del Dr. Calvo Costa.

Esta exigencia constituye el núcleo estructural del análisis de causalidad en los casos de chance médica perdida. Como advierte Aída Kemelmajer de Carlucci, esta teoría no puede “constituir un subterfugio para reparar daños sin causalidad adecuada”⁹³⁸. La víctima no solo debe probar la culpa del galeno; sino también la relación de causalidad entre esa culpa y la privación de las chances⁹³⁹.

La jurisprudencia argentina ha dado cuenta de este razonamiento. Por ejemplo, en un caso se rechazó la demanda fundada en la pérdida de chance, no por negar la figura jurídica, sino por la ausencia de prueba sobre el nexo causal entre la omisión médica y la oportunidad frustrada. La resolución destacó que:

“Resulta improcedente el pedido de resarcimiento motivado en la pérdida de la chance de sobrevida del paciente, si ha quedado comprobado que no existió relación de causalidad entre la demora en el diagnóstico y una muerte más temprana, máxime cuando los daños punitivos, hasta el momento, no han merecido recepción en nuestro derecho positivo”⁹⁴⁰.

Este criterio fue reiterado en otro caso en que se demandó a una clínica por la presunta omisión de medidas adecuadas en la atención de una paciente en estado crítico, internada para cuidados paliativos. La demanda sostenía que la falta de aspiración de secreciones provocó un paro cardiorrespiratorio fatal. Sin embargo, el tribunal desestimó el reclamo, indicando que la paciente presentaba un cuadro irreversible, con escasísimas probabilidades de sobrevida, y que no se acreditó el vínculo entre la conducta médica y una pérdida real de chance⁹⁴¹.

La sentencia reafirmó que la responsabilidad médica se estructura como una obligación de medios y que no basta con la mera sospecha o la conjetura de que pudo haberse evitado un resultado adverso. La reparación por pérdida de chance exige probar que esa chance, esa probabilidad de mejoría, de sobrevida o de integridad física, fue cercenada por una infracción concreta a los deberes asistenciales. Lo anterior permite

⁹³⁸ Kemelmajer de Carlucci (2003), p. 261. En el mismo sentido, SC Mendoza, sala I, 23/06/2003, “Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros”, voto de Kemelmajer de Carlucci al que adhieren los demás miembros, JA, 2004-I, p. 494.

⁹³⁹ Kemelmajer de Carlucci (2003), p. 261; SC Mendoza, sala I, 23/06/2003, “Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros”, JA, 2004-I, p. 494.

⁹⁴⁰ C. Nac. Civ., sala F, 30/10/2003, “García Paz, José R. y otro c./ Pere Vignau, Osvaldo y otros”, RCyS, 2004-I, p. 134.

⁹⁴¹ C. Nac. Civ., sala E, 17/09/2024, “R.D. A. c./ Medicus Medicina Prepaga SA”, autos n.º 43760/2016.

reparar sin exigir imposibles, pero también evita extender la responsabilidad más allá de lo atribuible.

e. Probabilidad real y suficiente de un curso alternativo

La figura de la pérdida de chance no puede erigirse sobre meras conjeturas. Su legitimidad dentro del sistema de responsabilidad civil exige que la probabilidad frustrada haya sido significativa desde el punto de vista médico y jurídicamente atendible. No se trata de proteger toda esperanza, sino solo aquellas que, al momento del obrar negligente, se presentaban como reales y suficientemente fundadas.

Una probabilidad ínfima, puramente eventual, no es jurídicamente relevante. El ordenamiento no ampara esperanzas, sino expectativas concretas de mejora, curación y sobrevida, cuya supresión pueda atribuirse de modo razonable a la conducta del profesional.

En esta materia, como en tantas otras donde el derecho se encuentra con la ciencia médica, se impone un juicio de prudencia. No se requiere probar con certeza lo que habría ocurrido en un escenario alternativo: basta con acreditar que, de haberse actuado conforme a la *lex artis*, existía una chance apreciable de un resultado más favorable. Esta evaluación —insisto, *ex ante*— debe anclarse en datos objetivos, tales como guías clínicas, estadísticas, pericias o literatura especializada. No se admite una reconstrucción retrospectiva fundada exclusivamente en el resultado adverso.

Por ejemplo, se ha rechazado la demanda por pérdida de oportunidad por considerar que no se había probado, mediante pericia médica idónea, que existiera una probabilidad médica concreta de recuperación. El tribunal subrayó que el juez no puede suplir con conjeturas lo que debe ser establecido a través de medios técnicos adecuados y que la simple existencia de una chance frustrada no basta si no está debidamente acreditada⁹⁴². En el mismo sentido, a propósito de una demanda derivada de la falta de detección oportuna de un infarto agudo de miocardio⁹⁴³. El fallo sostuvo que, a pesar de

⁹⁴² C. Apel. Civil Mendoza, sala I, 17/09/2003, “Juárez, Rosa E. y otro c./ Provincia de Mendoza”, DJ 2004-2, 2506-S, p. 219.

⁹⁴³ SC Mendoza, sala I, 23/06/2003, “Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros”, voto de Kemelmajer de Carlucci al que adhieren los demás miembros, JA, 2004-I, p. 494.

ciertas irregularidades en la historia clínica, no basta con mostrar que el daño se produjo, sino que debe probarse que, de haberse actuado diligentemente, existía una probabilidad suficiente de modificar su evolución⁹⁴⁴. Así se evita que la pérdida de chance se convierta en una vía para compensar la ausencia de prueba sobre el daño efectivamente causado.

Al reconocer como daño indemnizable la frustración de una probabilidad real, el derecho responde con equidad a situaciones, pero sin abdicar del principio de imputación. Por eso, este requisito permite distinguir entre lo que es jurídicamente tutelable y lo que pertenece al ámbito de lo hipotético. Solo así la pérdida de chance cumple su función de equilibrio, entre la necesidad de resarcir y los límites de la atribución racional de consecuencias.

f. La imposibilidad de verificar el curso alternativo: el rol del azar en la pérdida de chance médica

Uno de los fundamentos más característicos, y, a la vez, más criticados de esta doctrina en el ámbito médico, radica en que el desenlace alternativo nunca llega a producirse. Precisamente porque la conducta negligente truncó la posibilidad de su verificación, resulta imposible saber con certeza qué habría ocurrido si el profesional hubiera obrado conforme a la *lex artis*. Pero esta incertidumbre, lejos de bloquear la responsabilidad, constituye la clave de su configuración.

El derecho no exige que la víctima demuestre el resultado que se habría producido si el profesional hubiera actuado diligentemente. Tal prueba sería, por definición, inalcanzable: el curso alternativo pertenece al terreno de lo no sucedido. Pero la imposibilidad de verificar cómo habría evolucionado el cuadro clínico no es obstáculo para el resarcimiento; por el contrario, es el presupuesto que justifica tratar a la chance perdida como un daño autónomo⁹⁴⁵. Se repara, así, la privación de una expectativa objetivamente valiosa, frustrada por una conducta médica reprochable.

Este razonamiento fue acogido, en un fallo que reconoció la responsabilidad por omisión en el diagnóstico de una afección cardíaca. El tribunal, sin embargo, no atribuyó

⁹⁴⁴ SC Mendoza, sala 1ª, 23/06/2003, “Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros”, voto de Kemelmajer de Carlucci al que adhieren los demás miembros, JA, 2004-I, p. 494.

⁹⁴⁵ Gamarra (2001), pp. 320 y 331-332.

el resultado final al profesional demandado: valoró que la evolución desfavorable del paciente también respondía a condiciones preexistentes, como una patología arterial de larga data y otros factores predisponentes. Frente a esa complejidad clínica, se concluyó que lo perdido no fue la certeza de un mejor resultado, sino una probabilidad concreta de haber atenuado los efectos del infarto⁹⁴⁶.

Entonces, el azar no opera como causa del daño, sino como marco de indeterminación. No representa la aleatoriedad del resultado, sino la imposibilidad de reconstruir un escenario que no pudo desplegarse. En palabras más precisas: el daño no es el desenlace, sino la oportunidad perdida de haberlo modificado. Por lo mismo, la responsabilidad, no se edifica sobre suposiciones acerca de lo que pudo haber sido, sino sobre una realidad constatable: la existencia de una chance, valiosa y razonablemente justificable en ciencia médica, que fue injustamente suprimida.

g. Valoración *ex ante* del grado de probabilidad

Una de las notas que mejor revela la especificidad de la pérdida de chance médica es la necesidad de una valoración *ex ante*. No se trata de examinar lo ocurrido a la luz del desenlace consumado, sino de volver al momento preciso en que se omitió la conducta esperada del profesional y preguntarse si, en ese instante, existía una probabilidad objetiva de alcanzar un resultado clínico más favorable⁹⁴⁷. Es desde esa perspectiva —y solo desde ella— que puede determinarse si se ha frustrado una oportunidad indemnizable.

La mirada retrospectiva debe detenerse en el instante preciso en que se produjo la omisión o el error profesional y desde allí preguntarse si existía, conforme al conocimiento médico disponible y a las condiciones concretas del paciente, una probabilidad real y jurídicamente relevante de curación, mejora, prolongación de la vida o conservación de la integridad física⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ C. Nac. Civ., sala A, 16/05/2005, “C., J. H. c./ Asistencia Médica Integral Domiciliaria S.A”, LL, 2005-D, p. 892.

⁹⁴⁷ Kemelmajer de Carlucci (2003), p 222.

⁹⁴⁸ Gamarra (2001), p. 341.

Así lo ha destacado la doctrina de forma insistente⁹⁴⁹: el juicio de responsabilidad por pérdida de chance no puede construirse desde el conocimiento posterior del desenlace, sino que debe situarse en la información disponible en el momento mismo de la decisión médica⁹⁵⁰. Exige, por tanto, una mirada fundada en el contexto clínico previo, sin dejarse influir por la evolución posterior de la enfermedad o por el impacto del daño efectivamente producido.

Esta probabilidad no puede ser una mera conjetura; debe estar respaldada por datos clínicos verificables: tasas de éxito terapéutico, evolución típica de la patología, condiciones individuales del paciente y los medios disponibles conforme a la *lex artis* vigente en ese momento.

Por eso, el derecho no protege ilusiones ni admite indemnizaciones fundadas en lógicas contrafactuales sin anclaje objetivo. Lo que protege es la expectativa real y seria que fue suprimida. Y esa expectativa solo puede definirse desde el punto de vista del profesional que, en el momento de actuar (o de omitir), contaba con determinada información clínica y determinados recursos terapéuticos.

h. Prueba técnica suficiente

En materia de pérdida de chance médica, el rigor probatorio no se relaja; por el contrario, se intensifica. La ausencia de certeza sobre el resultado no habilita al juez a fundar la responsabilidad en conjeturas. Lo que se exige no es la prueba del desenlace hipotético, sino la acreditación de una probabilidad médicamente relevante, frustrada por una conducta profesional negligente. Esa probabilidad debe poder reconstruirse con base técnica suficiente, que otorgue al juez elementos objetivos para valorar si existía, al momento de la omisión, una expectativa fundada de curación, sobrevida o mejora.

Para los efectos de la acreditación de este daño, el dictamen pericial adquiere un rol insustituible. Solo mediante una evaluación técnica basada en evidencia médica, es posible estimar cuál era la probabilidad de éxito terapéutico que se perdió como

⁹⁴⁹ Bueres (2001), p. 437; Kemelmajer de Carlucci (2003), p. 222.

⁹⁵⁰ C. Nac. Civ., sala F, 14/06/2000, “R.G., M. E. c./ M.C.B.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/4234/2000.

consecuencia de la conducta reprochable⁹⁵¹. Así lo ha sostenido la jurisprudencia argentina en múltiples oportunidades⁹⁵².

La carga probatoria no puede invertirse en favor del paciente sin más. Es él quien debe demostrar que la oportunidad que se perdió tenía entidad suficiente como para ser jurídicamente protegida. Para ello, se requiere algo más que una afirmación genérica o una especulación retrospectiva. La existencia y la magnitud de esa chance deben derivarse de informes periciales elaborados por expertos calificados, que se apoyen en evidencia científica verificable y que permitan identificar, con precisión, cuál era la evolución razonablemente esperable ante una actuación conforme a la *lex artis*.

En efecto, si bien la medicina no trabaja con certezas absolutas, el derecho no puede operar sobre inferencias. No se trata de probar qué habría ocurrido —lo que es epistemológicamente imposible— sino de acreditar, con base clínica, que el paciente tenía una expectativa objetivamente valiosa y que esta fue suprimida por el incumplimiento del deber profesional.

La jurisprudencia argentina ha insistido en esta exigencia. En un caso en que se discutía la responsabilidad por la muerte de un menor tras un paro cardíaco sufrido durante una operación, el tribunal determinó que la indemnización por pérdida de chance solo podía fundarse en el grado probable de recuperación que el paciente habría tenido si se hubiesen aplicado las técnicas adecuadas. La prueba pericial fue clave: no se trataba de reconstruir una hipótesis alternativa en abstracto, sino de establecer el peso clínico de la probabilidad frustrada, límite dentro del cual podía reconocerse responsabilidad⁹⁵³.

Del mismo modo, en otro expediente, los peritos concluyeron que la evolución desfavorable del paciente se debía a la agresividad intrínseca del tumor y no a una conducta negligente. Aun cuando se cuestionaron ciertas decisiones médicas, no se acreditó que ellas hubieran suprimido una chance concreta de curación o de mejor

⁹⁵¹ Bueres (2001), p. 437.

⁹⁵² C. Nac. Civ., sala F, 14/06/2000, “R.G., M. E. c./ M.C.B.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/4234/2000; CNFed. CC, sala I, 02/03/2006, “Vigil, María C. c./ Ciudad de Buenos Aires y otros”, DJ, 19/7/2006, p. 863. En un sentido similar, se ha señalado en C. Nac. Civ., sala F, “F. J. C. y otros”: “que si bien las conclusiones del perito no son vinculantes ni obligatorias para el juez, para apartarse de sus dichos, es necesario fundarse en elementos científico-técnicos suficientes para desvirtuar tales afirmaciones”, ED, 2011, n.º 56, p. 363.

⁹⁵³ C. Nac. Civ., sala F, 24/04/2002, “Ael, Ramón L. c./ Dirección de Obra Social de E.N.Tel. y otros”, LL, 2002-F, p. 275.

pronóstico. Los expertos calificaron las posibilidades de alterar el curso de la enfermedad como “pobres” desde el inicio, lo que condujo al rechazo del reclamo⁹⁵⁴.

El juez no debería sustituir el peritaje por su intuición ni estimar, “a ojo”, el grado de probabilidad perdida⁹⁵⁵. La reparación de la chance no se funda en conjeturas, sino en evidencia médica real que permita establecer, con razonabilidad, que el actuar diligente habría conservado una expectativa relevante. Solo entonces se está en condiciones de indemnizar su pérdida como un verdadero daño.

Si bien es cierto que la valoración del daño escapa, en parte, a la lógica binaria de la causalidad directa, no por ello puede fundarse en apreciaciones meramente subjetivas. El juez conserva un margen de prudencia, pero no puede prescindir de la prueba pericial como instrumento central para determinar si la expectativa perdida tenía, en su contexto, peso clínico suficiente como para ser reparada⁹⁵⁶.

1.3.3. Hipótesis de aplicación

La figura de la pérdida de chance no se agota en un conjunto cerrado de situaciones. Su aplicación responde, más bien, a una estructura conceptual que permite abordar todas aquellas hipótesis en las que la conducta médica culpable no genera directamente el resultado dañoso, pero sí interfiere de manera relevante en la posibilidad de evitarlo o, al menos, de mitigar sus consecuencias. Lo que se repara, en estos casos, no es el resultado final, sino la supresión injustificada de una expectativa médicamente posible.

Entre las situaciones que con mayor frecuencia han sido calificadas como pérdida de chance, pueden mencionarse: el retardo en la realización de exámenes diagnósticos que habrían permitido una intervención precoz; la falta de derivación oportuna a un establecimiento de mayor complejidad; el retraso injustificado en la asistencia médica urgente; la omisión de controles en pacientes con patologías crónicas o de riesgo; la ausencia de medidas paliativas que habrían podido mejorar la calidad del final de vida; y

⁹⁵⁴ C. Nac. Civ., sala H, 08/08/2022, “P., J. L. d. C. d. J. y otro c./ Fundación para la Lucha de las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI) y otros”, Diario El Derecho, tomo 300, cita digital: ED-MVCXXVI-499.

⁹⁵⁵ Kemelmajer de Carlucci (2003), p. 262.

⁹⁵⁶ Chabas (1994), p. 937.

las fallas en los sistemas de información clínica que impiden la adopción oportuna de decisiones terapéuticas.

Todas estas situaciones tienen algo en común: la privación injustificada de una probabilidad de evolución más favorable, aun cuando el desenlace adverso (como la muerte o la invalidez) no sea atribuible de modo directo y exclusivo a la conducta del profesional. Así, la responsabilidad se delimita no por el resultado, sino por la pérdida del margen de reacción que el paciente tenía frente a ese desenlace. Sin ánimo de ser exhaustiva, propongo una clasificación basada en la negligencia del profesional de la salud o establecimiento asistencial.

a. Omisiones diagnósticas y terapéuticas iniciales

Las primeras etapas del proceso asistencial suelen ser determinantes para el curso posterior de una enfermedad. Cuando las omisiones ocurren en este momento inicial, el daño resultante puede traducirse en una pérdida irreversible de oportunidad de curación y sobrevida. En este apartado examinaré tres supuestos: (i) los errores de diagnóstico o tratamiento; (ii) el retraso o falta de diagnóstico; y (iii) la omisión de exámenes necesarios. Todos ellos suponen una intervención médica defectuosa en una etapa temprana, en la que la pronta actuación pudo haber abierto una ventana terapéutica que luego se cerró definitivamente.

i) Errores de diagnóstico o tratamiento

Uno de los supuestos de negligencia médica en que resulta aplicable la indemnización por pérdida de oportunidad es el error diagnóstico o terapéutico. Este se configura cuando el profesional de la salud yerra en la identificación de la enfermedad o en la elección del tratamiento, ya sea por subestimar síntomas relevantes, por no derivar oportunamente al paciente a un centro de mayor complejidad o por omitir las medidas razonables que exige la ciencia médica frente a los signos clínicos, exámenes o los antecedentes del paciente.

La responsabilidad, en estos casos, no se funda en el desenlace adverso como tal, sino en la privación de una probabilidad médica razonable de curación, mejoría o

sobrevida, frustrada por un obrar profesional culpable. Si bien los hechos en las distintas situaciones son diferentes, todas convergen en un mismo punto: el profesional incumple su obligación de medios y esa omisión impide acceder a una expectativa de mejora desde el punto de vista clínico. Las consecuencias pueden ser múltiples: agravamiento del cuadro, disminución de la eficacia de tratamientos ulteriores, exclusión de intervenciones oportunas o impedir, lisa y llanamente, la chance de sobrevivir.

Un supuesto frecuente lo constituyen los errores de interpretación clínica. Así ocurre, por ejemplo, cuando se minimiza un síntoma revelador, se interpreta erróneamente un electrocardiograma o se atribuye una sintomatología aguda a una etiología incompatible. El daño no reside en la falta de curación, sino en que el yerro diagnóstico impide la instauración temprana de un tratamiento necesario, frustrando así una probabilidad de recuperación que, de haberse actuado conforme a la diligencia debida, habría sido accesible.

En un caso, una paciente ingresó al hospital con un intenso dolor de cabeza. Se le practicó una tomografía por sospecha de accidente cerebrovascular, pero no se detectó que padecía una meningitis bacteriana. La ausencia de tratamiento específico permitió la progresión de la enfermedad, provocándole secuelas neurológicas como hemiplejía, trastornos deglutorios, déficit cognoscitivo y dejándola en un estado mínimo de conciencia, con requerimiento de cuidados permanentes. El tribunal responsabilizó al hospital por deficiencias en la realización e interpretación de los estudios, así como por la imprecisión de la historia clínica. La pérdida de una probabilidad médica razonable de curación, sin secuelas o con secuelas mínimas, fue considerada un daño autónomo resarcible⁹⁵⁷.

Otra categoría habitual está dada por intervenciones quirúrgicas innecesarias, incompletas o inadecuadas. En estos supuestos, el profesional omite explorar opciones menos invasivas o actúa de modo técnicamente deficiente, agravando el cuadro o generando secuelas evitables. Aquí, la responsabilidad no surge por la falta de éxito terapéutico, sino por haber malogrado la oportunidad de una evolución más favorable.

Así ocurrió con una paciente que sufrió una fractura-luxación compleja de tobillo. El primer médico indicó una cirugía con osteosíntesis completa, pero la obra social la

⁹⁵⁷ C. Nac. Civ, sala C, 31/10/2024, “Carrano, Norberto Mario y otros c./ Hospital Militar Central y otros”, autos n.º 29301/2009 y su acumulado “Carrano de Carrano, Susana Graciela c./ Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y otros”, autos n.º 35154/2011.

derivó a otro centro, donde el profesional solo intervino una parte del hueso afectado, omitiendo tratar los segmentos tibiales comprometidos. Esa omisión determinó una evolución tórpida, con artrodesis y pérdida funcional irreversible. La pericia atribuyó en un 90 % ese desenlace al obrar culpable del profesional. El tribunal reconoció responsabilidad concurrente, afirmando que la cirugía incompleta frustró una chance médicamente relevante de recuperación funcional⁹⁵⁸; o el caso en que un paciente fue sometido a dos intervenciones quirúrgicas por una dolencia lumbar, sin que se hubiesen agotado previamente tratamientos menos invasivos. Las pericias revelaron deficiencias importantes tanto en el diagnóstico como en la indicación quirúrgica y el tribunal concluyó que los errores cometidos frustraron una probabilidad concreta de alivio del dolor y recuperación funcional⁹⁵⁹.

Asimismo, se ha reconocido la existencia de pérdida de chance cuando, a raíz de un error diagnóstico, se frustra la oportunidad de atenuar las secuelas de un cuadro grave. Así ocurrió con un paciente que acudió dos veces a la guardia por dolor torácico, sin que se advirtiera que padecía un infarto agudo de miocardio. Los electrocardiogramas fueron malinterpretados y el cuadro clínico fue erróneamente atribuido a una osteocondritis, omitiéndose la revascularización temprana que pudo haber mitigado el daño. Días después, el paciente fue finalmente internado con diagnóstico de infarto, pero los tratamientos resultaron ineficaces debido al retraso inicial. El tribunal sostuvo que la responsabilidad no se fundaba en el infarto en sí, sino en la pérdida de la oportunidad de reducir sus consecuencias, al haberse frustrado la aplicación de un tratamiento adecuado en tiempo oportuno⁹⁶⁰.

Una línea jurisprudencial concordante reconoció la responsabilidad en relación a la muerte de un paciente que ingresó a la guardia con síntomas erróneamente interpretados como un cuadro gastrointestinal, cuando en realidad cursaba un infarto agudo de miocardio. Debido a este diagnóstico, no se efectuaron los estudios ni análisis que habrían permitido diagnosticar y tratar el infarto o problema cardíaco a tiempo, impidiendo, asimismo, que al paciente se le administrara la medicación precisa para su cuadro cardíaco. A pesar del empeoramiento progresivo (advertido por su esposa), la atención

⁹⁵⁸ C. Nac. Civ, sala F, 27/03/2025, “Mercado, Sonia Susana c./ Panzuto, Marco Horacio y otros”, autos n.º 69121/2012.

⁹⁵⁹ C. Nac. Civ, sala G, 22/04/2024, “Banchig Luis Fernando c./ Clínica Adventista Belgrano (Asoc. Arg. Adventista 7 día) y otros”, autos n.º 101.377/2009.

⁹⁶⁰ C. Nac. Civ., sala H, 03/05/2018, “M. E. G. c./ B. G. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111534-AR.

fue demorada y recién se lo trasladó a terapia intensiva horas después. Falleció sin haber recibido el tratamiento adecuado. El tribunal consideró que, pese a la gravedad del cuadro, el paciente tenía un 90 % de probabilidades de sobrevivir con un diagnóstico oportuno. El fallo destacó que la conducta profesional añadió un “*plus causal*” al riesgo propio de la enfermedad⁹⁶¹.

En el mismo sentido, en Chile, se reconoció la pérdida de una oportunidad indemnizable en el caso de un niño de cuatro años que fue mal diagnosticado con faringitis, sin exámenes ni estabilización, pese a presentar síntomas graves. Reingresó al día siguiente en estado crítico y falleció. El tribunal reprochó la omisión de protocolos diagnósticos mínimos, afirmando que la deficiente atención impidió detectar oportunamente la gravedad del cuadro. Aplicando la teoría de la pérdida de chance, se reconoció un daño moral autónomo a los padres por la expectativa frustrada de haber evitado el desenlace fatal⁹⁶².

Así también ocurrió con un paciente que ingresó a urgencias con dolor abdominal y molestias urinarias, fue sondado, se solicitaron exámenes y fue dado de alta sin un diagnóstico concluyente. Días después reingresó con síntomas similares y se le determinó una obstrucción intestinal. A pesar de una evolución inicial favorable, su cuadro se agravó con fiebre y pelviperitonitis, por lo que fue intervenido quirúrgicamente. Sin embargo, falleció tras la operación. Aunque no pudo establecerse con certeza que la muerte se evitara con una atención adecuada, se entendió que el daño resarcible no era el deceso en sí, sino la pérdida de una oportunidad de curación efectiva. Sobre esta base, se acogió la demanda por pérdida de chance, reconociéndose también el daño moral de los familiares, sustentado en el vínculo con la víctima y en el sufrimiento ocasionado por la frustración de una expectativa de recuperación⁹⁶³.

Particular complejidad presentan los casos en que la patología de base tiene un pronóstico grave o terminal. El desafío probatorio consiste en establecer si, a pesar de la severidad del cuadro, existía una probabilidad médica suficiente de mejorar el pronóstico. La jurisprudencia ha sido constante en señalar que la gravedad del diagnóstico no excluye la responsabilidad por pérdida de chance, cuando el obrar negligente impidió acceder a

⁹⁶¹ C. Apel. Civ. Com. Lab. y de Minería de General Pico, sala B, 12/10/2018, “B. N. I. y otros c./ Clínica Regional S.R.L”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-115752-AR.

⁹⁶² CS Chile, 26/12/2016, “Pérez Aguilar Carlos Mauricio con Servicio de Salud de Antofagasta”, rol n.º 11526-2017.

⁹⁶³ CS Chile, 26/02/2024, “Alarcón con Hospital de Santa Cruz”, rol n.º 251257-2023.

un tratamiento que, con una probabilidad razonable, habría prolongado o mejorado la vida; o al menos mitigado el resultado.

Un ejemplo interesante es el de una mujer que ingresó con una herida de arma blanca que comprometía el hígado⁹⁶⁴. Aunque el Estado provincial no fue responsable de la agresión, fue demandado por la atención médica deficiente que recibió. La pericia y la autopsia establecieron que el equipo omitió aplicar el protocolo quirúrgico adecuado (la llamada “cirugía de control del daño”), y que la paciente fue sometida a una intervención prolongada, sin el control posoperatorio intensivo que el caso exigía. El tribunal concluyó que la lesión inicial no era letal y que la conducta médica frustró una chance de supervivencia. Por ello, redujo en un 75 % la condena por muerte, sobre la base de que el daño resarcible no era el deceso en sí, sino la pérdida de una probabilidad relevante de curación, frustrada por la negligencia.

En otra línea, se reconoció la pérdida de chance en el caso de una mujer que se realizó una mamografía cuyo informe fue erróneo, pues descartó la existencia de un tumor cuando, en realidad, sí había un cáncer en evolución⁹⁶⁵. Como consecuencia de ese error, la paciente no recibió tratamiento oportuno y el diagnóstico correcto se realizó recién un año y medio después. Para entonces, la enfermedad ya se encontraba en una etapa más avanzada, sin que pudiera revertirse. La paciente falleció y el tribunal atribuyó responsabilidad al médico por no haber ajustado su conducta a las reglas de la buena práctica. Se concluyó que el retardo diagnóstico privó a la paciente de la chance de un tratamiento temprano, capaz de mejorar su pronóstico o prolongar su vida.

También debe mencionarse un caso en que un niño fue atendido durante más de un año por su médica tratante sin que se advirtiera un neuroblastoma abdominal, a pesar de los síntomas existentes⁹⁶⁶. A los pocos días de la última consulta, otro centro médico diagnosticó inmediatamente la tumoración. Esa diferencia temporal fue considerada por el tribunal como un indicio grave de negligencia médica. El menor falleció, pero el daño resarcible no fue la muerte, sino la pérdida de una chance de curación. La pericia indicó que, con diagnóstico oportuno, la probabilidad de sobrevida era del 40 %. Esa

⁹⁶⁴ STJ Jujuy, sala I, 18/10/2017, “B. O. del V. c./ Estado Provincial Hospital Pablo Soria y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107642-AR.

⁹⁶⁵ C. Nac. Civ., sala J, 02/09/2024, “C. de B. A. M. .c/ A. L. G. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153469-AR.

⁹⁶⁶ C. Nac. Civ., sala A, 11/05/2012, “T. A. R. y otro c./ Clínica Bessone y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-73004-AR.

probabilidad concreta fue la que se vio cercenada, configurando un daño autónomo indemnizable.

Finalmente, no puedo dejar de observar un caso que, si bien fue resuelto bajo la figura de la pérdida de oportunidad, considero que plantea importantes objeciones desde la perspectiva del análisis del daño y del nexo causal. Se trató de un paciente que sufrió fracturas en ambas rodillas, siendo intervenido quirúrgicamente solo en la que no lo requería, mientras se omitió el tratamiento de la que sí presentaba compromiso clínico. Esa omisión provocó una evolución degenerativa que culminó en la necesidad de una artroplastia total. El tribunal consideró que existía una chance médicamente relevante de evitar un daño mayor y fundó la responsabilidad en la frustración de esa probabilidad. Sin embargo, sostuvo que, en los casos de mala praxis, lo que corresponde reparar es la pérdida de oportunidad y no la incapacidad sobreviniente⁹⁶⁷.

En el mismo sentido, en Chile, una paciente que ingresó al hospital con una hernia de núcleo pulposo lumbar correctamente diagnosticada y documentada (HNP L4-5 derecha), y que fue intervenida quirúrgicamente en una vértebra equivocada. Como resultado, la paciente continuó con sus dolencias durante más de un año, hasta que se le practicó la operación correcta. Aunque esta última redujo su dolor y le permitió recuperar movilidad, el error inicial le generó deterioro físico y moral, además de gastos médicos innecesarios⁹⁶⁸. El tribunal sostuvo que la negligencia médica privó a la paciente de una oportunidad real de mejoría con la primera intervención, calificando el daño como una pérdida de chance.

En ambos casos, estos razonamientos presentan, a mi juicio, serios reparos. No se trata de supuestos en que el profesional omitió actuar oportunamente, ni de casos en que el daño final se presenta como incierto o atribuible al curso natural de la patología. Por el contrario, los galenos ejecutaron una cirugía innecesaria, provocando un perjuicio nuevo, concreto y plenamente imputable a su obrar negligente.

No hubo una probabilidad frustrada de curación, sino la producción directa de un daño derivado de una conducta quirúrgica contraria a la *lex artis*. En consecuencia, calificar este caso como pérdida de chance diluye la entidad real del daño y puede llevar a una reparación disminuida, fundada en un estándar probatorio atenuado que no

⁹⁶⁷ C. Nac. Civ., sala B, 17/05/2024, “Rodríguez, Patricio Esteban y otros c./ Centro Médico Integral Fitz Roy S.A. y otro”, autos n.º 28757/2018.

⁹⁶⁸ CS Chile, 14/11/2017, “Vera Órdenes Georgina del Carmen con Fisco de Chile”, rol n.º 83397-2016.

corresponde. En este sentido, lo que procede es la reparación de ese daño, causado por el error quirúrgico, sin necesidad de recurrir a la noción de oportunidad perdida.

La pérdida de chance no debe aplicarse de forma automática ni generalizada. Se trata de una figura excepcional y subsidiaria, que solo procede cuando no puede establecerse una relación de causalidad adecuada entre la conducta médica y el resultado final, pero sí una probabilidad de haberlo evitado o mitigado.

La fórmula empleada por los tribunales como que: “no puede afirmarse que de haberse cumplido la *lex artis* igualmente no se hubiera producido algún porcentaje de incapacidad”⁹⁶⁹, constituye una afirmación simplista y evasiva, que sustituye el análisis probatorio requerido por una presunción infundada. De este modo, se corre el riesgo de banalizar la figura de la pérdida de chance y utilizarla indebidamente allí donde lo que corresponde es el reconocimiento pleno del daño causado.

Por otro lado, resulta relevante mencionar una sentencia que desestimó la demanda interpuesta por los familiares de una paciente fallecida en una clínica privada, cuya atención se cuestionó por no haberse realizado aspiraciones de secreciones con la frecuencia supuestamente requerida. Se sostuvo que tal omisión habría contribuido al paro cardiorrespiratorio que motivó su deceso. Sin embargo, el tribunal concluyó que no se acreditó una pérdida de chance concreta de sobrevida. La prueba pericial fue determinante al indicar que dada la condición crítica de la paciente, el desenlace era altamente probable, incluso con una atención óptima. El tiempo que la paciente logró sobrevivir (cuatro años desde su diagnóstico) fue incluso considerado superior al esperable en su estado. La pérdida de chance exige probar una probabilidad de evitar o atenuar el daño, sin que baste invocar un desenlace adverso sin acreditar un obrar negligente con capacidad causal. En consecuencia, se descartó la existencia de un daño resarcible⁹⁷⁰.

ii) Retraso o falta de diagnóstico⁹⁷¹

⁹⁶⁹ C. Nac. Civ., sala B, 17/05/2024, “Rodríguez, Patricio Esteban y otros c./ Centro Médico Integral Fitz Roy S.A. y otros”, autos n.º 28757/2018.

⁹⁷⁰ C. Nac. Civ., sala E, 17/09/2024, “R. D. A. c./ Medicus Medicina Prepaga SA”, autos n.º 43760/2016.

⁹⁷¹ La pérdida de oportunidad derivada de un diagnóstico tardío en casos de cáncer constituye una hipótesis de aplicación recurrente en la jurisprudencia, especialmente cuando el paciente fallece como consecuencia

La omisión o demora en el diagnóstico de una patología, aunque no se vincule de manera directa con el resultado final, puede constituir una causa suficiente para configurar un daño autónomo por pérdida de chance médica. En estos supuestos, la responsabilidad del profesional no se funda en no haber curado, sino en haber privado al paciente de una probabilidad razonable de curación, mejoría o sobrevida, al impedir que se desplegaran oportunamente los recursos diagnósticos y terapéuticos adecuados.

Esta hipótesis es distinta del error en el diagnóstico o en el tratamiento. En estos últimos, el profesional actúa, pero lo hace de forma equivocada, adoptando una conducta que luego se revela incorrecta, como diagnosticar una enfermedad distinta o aplicar un tratamiento contraindicado. En cambio, en los casos de omisión o retardo, la conducta reprochada es no haber actuado o haberlo hecho tardíamente, impidiendo así que el paciente accediera, en tiempo útil, a una oportunidad terapéutica eficaz. La diferencia no es solo formal: mientras en el error se discute la corrección de una conducta médica adoptada, en la omisión el análisis se centra en la supresión injustificada de una chance fundada que el paciente ya tenía al momento de acudir al sistema de salud.

Así lo entendió la jurisprudencia en un caso en que se imputó responsabilidad a un sanatorio por la defectuosa organización de su sistema de comunicación interna. El error consistió en retener un segundo informe histopatológico, que advertía la presencia de un tumor maligno, sin hacerlo llegar al médico tratante, quien continuó actuando sobre la base de un informe inicial erróneo. Esa omisión administrativa, sumada a la falta de diligencia del anatomopatólogo para comunicar un diagnóstico grave, impidió instaurar a tiempo un tratamiento adecuado⁹⁷².

También se reconoció responsabilidad en un caso en que el diagnóstico de un cáncer de mama de tipo agresivo (carcinoma Nottingham grado III) se obtuvo en una etapa ya avanzada, debido a la omisión de estudios y controles previos⁹⁷³. A pesar de que la paciente recibió tratamiento (quimioterapia, radioterapia y mastectomía), falleció. La pericia fue concluyente al señalar que un diagnóstico temprano habría elevado las probabilidades de curación en un 40 %. Aunque no se pudo acreditar relación causal

del retraso. Ver: CS Chile, 02/10/2018, “Catalán López, Adriana con Servicio de Salud Metropolitano”, rol n.º 41890-2017.

⁹⁷² C. Nac. Civ., sala D, 26/02/1999, “B., P.I. c./ R., M.”, LL, 1999-F, p. 22.

⁹⁷³ Otro caso similar en que la paciente falleció por cáncer de mama a propósito de un diagnóstico tardío: C. Nac. Civ., sala A, 08/02/2024, “Trossarello, Pablo Marcelo y otro c./ Galeno Argentina S.A. (Sanatorio de la Trinidad) y otros”, autos n.º 45779/2017.

directa entre la omisión y la muerte, el tribunal sostuvo que la conducta médica había frustrado una evolución más favorable⁹⁷⁴.

Una situación análoga fue abordada por la jurisprudencia chilena en el caso de una paciente cuyo cáncer de mama fue erróneamente informado como BIRADS 1, cuando en realidad correspondía a un BIRADS 5. El examen fue interpretado por una matrona, profesional sin competencia legal para esa tarea. No se realizaron estudios complementarios ni derivación oportuna. El tribunal calificó como negligente esta omisión, que privó a la paciente de una oportunidad concreta de iniciar un tratamiento temprano⁹⁷⁵.

Una línea similar fue seguida en otro fallo chileno en que una paciente fue intervenida para extirpar un tumor suprarrenal, cuyo análisis reveló un carcinoma. El resultado nunca fue comunicado. Durante más de seis años, la paciente no recibió tratamiento y finalmente falleció a causa de un cáncer avanzado. El tribunal interpretó que la omisión del hospital en comunicar el diagnóstico suprimió una oportunidad real de mejorar la calidad de vida y la sobrevivencia de la paciente⁹⁷⁶.

Este mismo razonamiento ha sido adoptado frente a patologías cardiovasculares agudas. En un caso, un paciente con síntomas compatibles con infarto agudo de miocardio no recibió atención oportuna. Aunque existía una sospecha diagnóstica fundada, el médico tratante no la profundizó. Si bien el tratamiento posterior fue adecuado, la falla inicial impidió anticipar el evento y mejorar su pronóstico⁹⁷⁷.

Otro fallo juzgó la muerte de un paciente tras varias horas sin atención médica. La autopsia confirmó un infarto agudo. Aunque la dolencia era grave, se sostuvo que una intervención más temprana habría incrementado las chances de sobrevivencia. Lo indemnizable fue la pérdida de una expectativa fundada, no la muerte en sí⁹⁷⁸.

Una lógica semejante se aplicó en el caso de una paciente postrada que falleció tras no recibir atención urgente pese a síntomas clínicos evidentes. A ello se sumó la

⁹⁷⁴ C. Nac. Civ., sala E, 23/10/2023, “L. F. D. y otros c./ Organización de Servicios Directos Empresariales y otro”, Diario El Derecho, tomo 303, cita digital: ED-MVDCCLXXXVI-173.

⁹⁷⁵ CS Chile, 29/06/2018, “Méndez Dabdub Natacha Clotilde con Corporación Municipal de Salud”, rol n.º 35721-2017.

⁹⁷⁶ CS Chile, 22/08/2024, “Mabel Rodríguez Escobar con el Hospital Clínico de la Universidad de Chile”, rol n.º 160280-2022.

⁹⁷⁷ C. de Apel. Civ., Com., Lab. y Minería de General Pico, sala B, 12/10/2018, “B. N. I. y otros c./ Clínica Regional S.R.L. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-115752-AR.

⁹⁷⁸ (Meneghini 2019a).

demora de más de diez horas en la llegada de la ambulancia⁹⁷⁹. Se concluyó que, si bien existía una condición crítica de base, la actuación médica negligente suprimió una chance concreta de prolongar la vida⁹⁸⁰.

Este razonamiento también fue recogido por la jurisprudencia chilena en el primer caso que acogió formalmente la figura de la pérdida de chance como daño autónomo. El paciente ingresó con dificultades respiratorias. A pesar de ello y por encontrarse el personal en un cambio de turno, no recibió controles ni monitoreo, y falleció sin maniobras de reanimación. La autopsia confirmó un infarto masivo. El tribunal entendió que se había frustrado una probabilidad de supervivencia del 49 %, según la pericia⁹⁸¹.

En otro fallo chileno, se acogió la demanda por la muerte de un paciente que esperó más de cuatro horas sin atención tras ser categorizado como de mediana gravedad. Colapsó fuera del recinto y fue reingresado con diagnóstico de infarto. Aunque se practicó un cateterismo, el tratamiento resultó tardío. El tribunal sostuvo que lo indemnizable era la pérdida de la probabilidad de evitar la muerte⁹⁸².

Ambos fallos, si bien constituyen precedentes relevantes para Chile, presentan debilidades. En uno, se alternaron sin desarrollo suficiente dos fundamentos del daño: la chance perdida del paciente y la privación de compañía a sus deudos. En el otro, se afirmó la existencia de una oportunidad frustrada sin respaldo pericial. En ambos, la indemnización se fijó prudencialmente, sin conexión con la magnitud de la probabilidad perdida. Incluso la Corte Suprema, al revisar uno de los fallos, advirtió la falta de fundamentación, pero no la subsanó. Son precedentes valiosos por su orientación, pero insuficientes en términos de rigor técnico y conceptual.

La responsabilidad por omisión diagnóstica también ha sido reconocida en contextos traumatológicos. En un caso, un hospital fue condenado por diagnosticar una fractura lumbar con 50 días de retraso. La paciente desarrolló una incapacidad física del

⁹⁷⁹ En Chile, también existen casos de pérdida de oportunidad por demora del servicio de ambulancia. Ver: CS Chile, 11/11/2019, “Toledo Altamirano María Lorena con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota”, rol n.º 20.625-2018.

⁹⁸⁰ C. Nac. Civ., sala D, 21/02/2024, “Darín De Barbera, Claudia Antonia c./ Instituto de Servicios Soc para Jubilados y Pensionados y otros”, autos n.º 30867/2014.

⁹⁸¹ CS Chile, 03/12/2015, “Vásquez Contreras Katty y otros con Hospital Carlos Van Buren”, rol n.º 29365-2014. En similar sentido: CS Chile, 29/08/2017, “Juan Ortiz López y otros con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse”, rol n.º 101769-2016.

⁹⁸² CS Chile, 25/10/2016, “Anabalón Fierro Myriam y otros con Servicio de Salud Araucanía Sur”, rol n.º 22751-2015.

35 % y una psíquica del 10 %. La pericia concluyó que, con diagnóstico oportuno, las secuelas se habrían evitado⁹⁸³.

En otro fallo, la demora en diagnosticar una isquemia arterial aguda derivó en la amputación de un miembro inferior. No se consignaron antecedentes clínicos ni se indicaron estudios adecuados. Se consideró probado que la evaluación tardía suprimió una chance razonable de éxito terapéutico para conservar la pierna⁹⁸⁴.

Un razonamiento análogo sostuvo la judicatura chilena en un caso de trauma ocular con sospecha de desprendimiento de retina. La derivación al hospital especializado se concretó recién tres días después. Durante ese lapso, la atención fue discontinua y sin seguimiento. El paciente perdió completamente la visión en el ojo derecho. El tribunal estableció falta de servicio por la demora injustificada y defectuosa organización del tratamiento⁹⁸⁵.

También se ha aplicado esta línea jurisprudencial a pacientes con comorbilidades severas. En un fallo chileno, un paciente con diabetes, hipertensión y tabaquismo falleció tras recibir atención tardía. Aunque no se probó que otro curso médico habría evitado el desenlace, se acreditó que existía una chance fundada de sobrevida, frustrada por la atención negligente⁹⁸⁶.

En el ámbito perinatal, se responsabilizó a profesionales que omitieron controles adecuados en el caso de un recién nacido que resultó con ceguera irreversible. Aunque no se afirmó que un diagnóstico precoz habría evitado el daño, se entendió que la omisión privó al niño de una posibilidad concreta de tratamiento⁹⁸⁷.

Un caso chileno reciente da cuenta de cómo múltiples omisiones concatenadas pueden frustrar una oportunidad médica relevante. Una paciente con síntomas de ACV fue erróneamente diagnosticada con síndrome vertiginoso en atención primaria, sin aplicar protocolo GES ni derivación oportuna. En el hospital sufrió una caída que agravó su estado y la cirugía fue realizada cuatro días después. Falleció a causa del ACV y el traumatismo. El tribunal atribuyó responsabilidad solidaria por falta de servicio conjunta

⁹⁸³ C. Nac. Civ., sala B, 11/08/2017, “G. M. c./ Hospital Británico de Buenos Aires y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-108053-AR.

⁹⁸⁴ C. Nac. Civ., sala H, 01/11/2024, “P. S. C. d. V. c./ O. y otros”, autos n.º 45200/2018.

⁹⁸⁵ CS Chile, 14/09/2016, “Vásquez Olivares Juan con Servicio de Salud Coquimbo”, rol n.º 35.566-2015.

⁹⁸⁶ STJ Jujuy, sala III, 04/04/2016, “P. M. A. c./ Estado Provincial”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97909-AR.

⁹⁸⁷ STJ Santiago del Estero, sala civil y comercial, 15/02/2010, “J. Rolando José y otra c./ Bianchi Raúl y otros”, sentencia n.º 24177.

que privó a la paciente de una chance real de sobrevivir. Se concedió una indemnización por daño moral por pérdida de chance, fundada en la frustración de esa expectativa razonable⁹⁸⁸.

En todos estos casos, el denominador común es la constatación de que el daño indemnizable no se identifica con el desenlace final, sino con la privación injustificada de una probabilidad médica concreta de superar o mitigar esas consecuencias. La responsabilidad no se basa en lo que finalmente ocurrió, sino en lo que, con una conducta diligente, razonablemente pudo haberse evitado. Se protege así no solo la integridad física del paciente, sino también su derecho a acceder, a tiempo, a las oportunidades terapéuticas que la ciencia médica y la buena praxis ponen a disposición.

iii) Omisión de exámenes necesarios

También se configura la pérdida de chance frente a la omisión de exámenes diagnósticos indispensables para adoptar decisiones terapéuticas oportunas. En estos supuestos, la imputación no se dirige a la producción directa del resultado final, sino a la frustración de un curso clínico alternativo que pudo haber modificado el pronóstico. Lo que se pierde es la oportunidad, médicamente fundada, de evitar, mitigar o diferir el desenlace adverso. La omisión impide tomar decisiones clínicas adecuadas, reduciendo o eliminando una expectativa objetiva de mejor evolución.

En algunos casos, la falta de estudios determinantes impidió evitar un desenlace fatal. Así ocurrió con un paciente con antecedentes de arritmia, que falleció súbitamente sin que se le hubiera practicado un estudio electrofisiológico destinado a valorar la indicación de un cardio desfibrilador. Aunque no existía certeza de que el dispositivo habría evitado el resultado, su uso se asocia con una reducción significativa del riesgo de muerte súbita. El tribunal sostuvo que la omisión “privó al paciente de una chance de sobrevida y, por ende, guarda nexo de causalidad adecuado con tal pérdida o daño”⁹⁸⁹.

Una línea similar puede advertirse en el caso de un paciente atendido en su domicilio por médicos de una empresa de asistencia. Presentaba debilidad, opresión

⁹⁸⁸ CS Chile, 27/02/2024, “Muñoz con Hospital Claudio Vicuña”, rol n.º 197315-2023.

⁹⁸⁹ C. Nac. Civ. y Comercial Federal, sala III, 05/10/2004, “Viñas de Ortiz, María y otros c./ Instituto de Serv. Soc. Bancarios”, RCyS, 2004-X, p. 110.

torácica y disnea, pero fue diagnosticado con bronquitis, sin ordenarse estudios básicos ni disponerse su traslado. Días después fue internado de urgencia con un infarto agudo de miocardio. El tribunal reconoció que se le había negado una posibilidad razonable de acceder a un tratamiento precoz, apto para evitar o morigerar el daño. La pérdida de chance fue reconocida como un daño autónomo, independiente de la patología subyacente⁹⁹⁰.

En Chile, se analizó un caso en que el hijo recién nacido de los demandantes, de apenas 16 días de vida, fue llevado a consulta médica por un cuadro de tos persistente. En ese momento, existía en la región un brote epidémico de coqueluche y las directrices sanitarias del Ministerio de Salud establecían expresamente la obligación de hospitalizar y realizar exámenes diagnósticos a todo lactante menor de tres meses con síntomas compatibles con dicha enfermedad. No obstante, el médico tratante omitió tanto la derivación como los estudios correspondientes. El niño fue finalmente internado cuando su estado se agravó de forma crítica y falleció poco después. El tribunal concluyó que la omisión configuraba una falta de servicio, en tanto se había incumplido un protocolo claro, vigente y conocido, privando al recién nacido de una oportunidad real de tratamiento adecuado. Aunque no se probó con certeza que la internación oportuna habría evitado el desenlace fatal, se consideró acreditado que existía una probabilidad médica razonable de mejora, cuya frustración constituía un daño indemnizable⁹⁹¹.

También se ha indemnizado la chance frustrada de evitar un desenlace fatal cuando un profesional prescribió medicación para adelgazar sin realizar estudios clínicos previos. Aunque no se acreditó un nexo directo entre el fármaco y el fallecimiento, se estableció que la omisión de controles impidió valorar adecuadamente los riesgos del tratamiento. El daño resarcible fue la pérdida de una oportunidad razonable de evitar el resultado mediante una actuación médica diligente⁹⁹².

No obstante, cabe preguntarse si, en supuestos como este, el daño no debe considerarse el resultado mismo. A diferencia de otras situaciones donde el riesgo preexistía, como en las enfermedades cardíacas o infecciosas, aquí la vida del paciente no se encontraba originalmente en peligro. Fue la conducta médica la que introdujo un factor

⁹⁹⁰ C. Nac. Civ., sala M, 18/09/2024, “A., P. A. c./ L. G., P., F. y otros”, autos n.º 84.250/2018.

⁹⁹¹ CS Chile, 09/11/2017, “Contreras Parra, Juan G. c./ Secretaría Regional Ministerial de Salud”, rol n.º 1745-2017.

⁹⁹² C. Nac. Civ., sala D, 21/02/2024, “González Rojas, Emilia Isabel c./ Saslavchik, Francisco Daniel”, autos n.º 56.178/2013.

de riesgo grave. Bajo esa óptica, la omisión no frustró una chance, sino que desencadenó el daño. La línea divisoria entre considerar que el perjuicio es el resultado final o la chance perdida exige una valoración cuidadosa del estado basal del paciente y del rol activo del profesional en la cadena causal.

En otros supuestos, lo que se frustra no es la vida misma, sino una mejor evolución clínica. Así, en un caso, se responsabilizó a un sanatorio por no haber practicado estudios bacteriológicos, virológicos y hematológicos en un niño gravemente enfermo. La omisión impidió completar y optimizar el tratamiento, disminuyendo sus chances de recuperación. El tribunal no exigió certeza de que el resultado habría sido distinto, sino que reconoció que la expectativa de mejoría había sido injustamente eliminada⁹⁹³.

Una paciente con signos de infección postquirúrgica no fue sometida a estudios básicos como cultivos o recuento de glóbulos blancos. La falta de diagnóstico precoz agravó su estado y prolongó su recuperación. El tribunal entendió que se había perdido una oportunidad concreta de evolución favorable y fijó la indemnización sobre la base de esa expectativa frustrada, no del resultado final⁹⁹⁴.

En línea similar, se ha responsabilizado a una clínica por no haber realizado exámenes indispensables a un recién nacido prematuro, privándolo de la posibilidad de tratar precozmente las afecciones que posteriormente se manifestaron. Aunque no se acreditó que esos estudios habrían evitado el daño, el tribunal entendió que se había frustrado una oportunidad razonable de intervención terapéutica. El fallo permite ilustrar la diferencia entre resultado final y pérdida de chance: cuando no puede establecerse que el daño era evitable, pero sí que se omitió una conducta que ofrecía una probabilidad médica suficiente de evitarlo, esa privación constituye un perjuicio resarcible autónomo⁹⁹⁵.

También se ha reconocido la pérdida de chance en contextos prenatales. En un caso, una niña nació con toxoplasmosis y hallazgos compatibles con infección congénita por citomegalovirus. Durante el embarazo, el médico no practicó los estudios serológicos indicados, en especial para toxoplasmosis, omitiendo la detección oportuna de una infección que, tratada precozmente, podría haber reducido los daños al feto. La pericia

⁹⁹³ C. Nac. Civ., sala M, 02/04/2004, “Salvador, Laura M. c./ Sanatorio Modelo Quilmes”, DJ, 2004-2, p. 984.

⁹⁹⁴ C. Nac. Civ., sala L, 02/12/2015, “F. de R. M. S. c./ SIMECO (Sistema Médico Asist. Del Consejo de Cs. Ec. CBA) y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97483-AR.

⁹⁹⁵ C. Civ. Com. Lab. y Minería Santa Cruz, 28/06/2006, LL Patagonia, 2007-846, 487-S.

concluyó que el tratamiento temprano es eficaz si se administra tras la infección materna. El tribunal rechazó el argumento del demandado, que consideraba la eventualidad de mejora como una conjetura no resarcible. Por el contrario, se halló que la paciente había sido privada de una oportunidad real de mitigar el daño y que esa pérdida constituía un perjuicio actual, jurídicamente indemnizable, aun cuando no se hubiese perdido la totalidad del resultado favorable, sino una expectativa fundada de alcanzarlo⁹⁹⁶.

En otro caso chileno, los padres de un menor lo llevaron a consulta médica por un cuadro de dolor testicular. El niño fue diagnosticado con epididimitis y se le practicó una ecotomografía, pero no se realizó un examen de orina, pese a que este resultaba esencial para confirmar o descartar dicha hipótesis diagnóstica. La omisión del estudio impidió detectar a tiempo una torsión testicular, patología que exige intervención quirúrgica inmediata. Días después, debió practicarse la extirpación del testículo izquierdo. El tribunal no fundó la responsabilidad en la pérdida del órgano como un daño cierto derivado de la omisión, sino en la privación de una oportunidad médica real y razonablemente fundada de haberlo conservado mediante un tratamiento adecuado. La conducta médica fue calificada como una infracción a la *lex artis* y expresión de un mal funcionamiento del sistema hospitalario⁹⁹⁷.

De forma análoga, una paciente ingresó a una clínica privada con un cuadro vascular grave, que culminó en la amputación de una pierna. Aunque la cirugía fue indicada oportunamente, se retrasó su ejecución sin intentar tratamientos alternativos que, según la pericia, ofrecían una probabilidad significativa de evitar la amputación. Principalmente, además, el tribunal consideró que la demora en exámenes clave, como el eco Doppler, y la omisión de esas terapias, frustraron una “ventana de oportunidad” real de preservar la extremidad. Se reconoció así la pérdida de chance como daño autónomo, sin exigir certeza sobre la evitabilidad del resultado, bastando la supresión de una expectativa razonable atribuible a una conducta médica negligente⁹⁹⁸.

De manera similar, un paciente consultó en guardia por malestar abdominal, sin que el médico ordenara estudios para descartar un evento cardíaco. Más tarde se constató

⁹⁹⁶ C. Nac. Civ., sala I, 18/06/2021, “A. M. V. y otro c./ P. L. E. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-133012-AR.

⁹⁹⁷ CS Chile, 16/06/2020, “Cisternas y otro Cisternas Ferreira, Verónica y otro con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile”, rol n.º 11523-2019.

⁹⁹⁸ C. Nac. Civ., sala M, 10/05/2024, “B., P. V. c./ P., Á. N. y otros”, autos n.º 76.355/2014.

un infarto con daño irreversible. El tribunal valoró que la omisión privó al paciente de una chance concreta, estimada en un 80 %, de evitar o atenuar el desenlace⁹⁹⁹.

Existen también supuestos en los que la omisión de exámenes afecta funciones específicas o la calidad de vida futura. Así ocurrió con un recién nacido que quedó ciego por falta de controles oftalmológicos. Aunque no se acreditó que el diagnóstico precoz habría evitado la ceguera, se probó que la negligencia eliminó una posibilidad fundada de tratamiento oportuno, y por tanto, una expectativa razonable de mejoría¹⁰⁰⁰.

Todos estos fallos revelan una línea jurisprudencial coherente: no se exige certeza sobre la evitabilidad del daño, sino la existencia de una oportunidad relevante y médicamente fundada de que un actuar diligente habría conducido a un escenario clínico más favorable. La pérdida de chance aparece así como una herramienta útil para enfrentar la incertidumbre causal en la responsabilidad médica, sin desproteger al paciente ni exigir una prueba imposible.

b. Falla en la continuidad o eficacia del tratamiento

No siempre el daño deriva de una omisión inicial. En ocasiones, el tratamiento es indicado de manera correcta en una primera etapa, pero luego no se ejecuta con la debida continuidad, eficacia o seguimiento. En este apartado se analizan tres situaciones: (i) la falta de seguimiento adecuado que impide advertir su ineficacia o efectos adversos; y (ii) los casos de anestesia y (iii) las infecciones intrahospitalarias evitables.

En todas estas situaciones, el daño no proviene de una omisión absoluta, sino de una atención que, aun habiéndose iniciado, se interrumpe, se aplica con deficiencias o no cumple con los estándares mínimos exigibles.

i) Falta de seguimiento del tratamiento o la enfermedad

⁹⁹⁹ C. Nac. Civ., sala E, 27/08/2024, “Oneca, Jorge Oscar c./ Sanatorio Otamendi S.A. y otros”, autos n.º 97672/2013. En sentido similar: C. Nac. Civ., sala L, “C, R y otros c./ C. C. S.A y otros”, autos n.º 20.770/2018.

¹⁰⁰⁰ C. Apel. Civ. Com. 2ª Nom. Santiago del Estero, 20/02/2008, “Jiménez, Rolando José y otra c./ B., Raúl y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2319/2008.

En estos casos, la pérdida de chance se configura cuando el profesional o el establecimiento asistencial incumplen su deber de seguimiento clínico. La falta de control impide advertir a tiempo una evolución desfavorable o adoptar las medidas terapéuticas que el cuadro requiere, frustrando así una expectativa de recuperación, mejoría o sobrevida.

Esta hipótesis ha sido reconocida por la jurisprudencia tanto en contextos de atención ambulatoria como en el seguimiento postoperatorio o durante internaciones hospitalarias. El denominador común en todos ellos es la omisión del deber de vigilancia y la falta de respuesta frente a signos de alerta que exigen intervención.

A partir de esta premisa, desarrollaré los principales casos jurisprudenciales que ilustran esta figura, agrupados conforme a las distintas manifestaciones del deber de seguimiento omitido: en primer lugar, la vigilancia postoperatoria; luego, el abandono terapéutico en pacientes vulnerables; y, finalmente, la omisión de estudios y seguimiento clínico ante síntomas evolutivos o signos de alerta.

Respecto de estas situaciones, es posible reconocer la falta de seguimiento clínico tras una intervención quirúrgica o frente a complicaciones que exigían control intensivo, exámenes complementarios o decisiones terapéuticas urgentes. La omisión en estos contextos no solo vulnera estándares técnicos, sino que priva al paciente de una expectativa objetiva de recuperación o incluso de sobrevida. La pérdida de chance se configura cuando la desatención profesional impide desplegar alternativas clínicas razonables que, de haberse implementado oportunamente, habrían tenido una probabilidad relevante de éxito.

Así ocurrió en el caso de un paciente sometido a cirugía de cataratas, quien presentó posteriormente signos de infección ocular grave. El profesional tratante no realizó el seguimiento adecuado ni adoptó medidas terapéuticas idóneas, lo que derivó en la pérdida total de visión del ojo intervenido. Aunque no se acreditó con certeza que el resultado se habría evitado, el tribunal reconoció que existía una probabilidad significativa de preservar la función visual si se hubiese actuado con diligencia. El daño, por tanto, se identificó no con la ceguera misma, sino con la oportunidad médica frustrada de evitarla¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰¹ C. de Apel. en lo Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, sala Tercera, 26/05/2014, “C. H. G. c./ V. F. M. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-86231-AR.

En otro fallo, una paciente operada de columna presentó durante el postoperatorio síntomas sugestivos de infección, sin que el médico tratante solicitara los estudios necesarios para confirmar o descartar dicho diagnóstico. Como resultado, la infección se cronificó, agravando su estado físico y psicológico. El tribunal sostuvo que la omisión diagnóstica privó a la paciente de la posibilidad objetiva de una recuperación oportuna, configurando así una pérdida de chance derivada de la supresión de un curso clínico más favorable¹⁰⁰².

También se ha reconocido la responsabilidad por falta de seguimiento adecuado tras una nefrectomía, en que la paciente presentó signos graves como hipotensión, hematuria y shock persistente, sin que se agotaran los recursos diagnósticos ni se iniciara un tratamiento eficaz. La historia clínica incompleta e ilegible activó la presunción de culpa y la sentencia fundó la pérdida de chance en la imposibilidad de intervenir precozmente frente al shock hipovolémico¹⁰⁰³.

La jurisprudencia ha abordado, asimismo, hipótesis de negligencia institucional, en las que el deber de seguimiento clínico es compartido por un equipo médico o por el centro asistencial. En un caso reciente, una paciente operada de hernia de disco evidenció signos de deterioro neurológico que no fueron evaluados ni tratados conforme a la *lex artis*. La falta de control clínico, de exámenes adecuados y de derivación especializada impidió acceder a terapias potencialmente eficaces, frustrando una expectativa médica concreta de mejoría¹⁰⁰⁴.

Especial gravedad reviste el abandono terapéutico de pacientes en situación de vulnerabilidad clínica o social, quienes requieren vigilancia médica continua y reforzada. En estos supuestos, la pérdida de chance no se vincula con una omisión puntual, sino con la indiferencia institucional frente a un cuadro que exige atención médica sostenida.

Así ocurrió en el caso de un paciente inmunodeprimido, con diagnóstico de VIH y otras comorbilidades, hospitalizado a la espera de ser derivado a un centro de mayor complejidad. Durante ese período, no se implementó ningún plan de seguimiento activo ni se adoptaron medidas para contener o reevaluar su estado de salud, a pesar de la gravedad del cuadro. La conducta del hospital fue calificada como un abandono

¹⁰⁰² C. Nac. Civ., sala L, 02/12/2015, “F. de R. M. S. c./ SIMECO (Sistema Médico Asist. Del Consejo de Cs. Ec. CBA) y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97483-AR.

¹⁰⁰³ C. Nac. Civ., sala M, 07/02/2025, “Q. C. F. y otros c./ O. S. del P. de T. y otros”, autos n.º 99.654/2013.

¹⁰⁰⁴ Hersalis (2020a).

asistencial, en tanto dejó al paciente en una suerte de “tierra de nadie” médica, sin tratamiento ni control alguno.

Aunque en sede penal se absolvió a la médica de guardia por falta de prueba de un nexo causal directo con el fallecimiento, en sede civil se reconoció que el verdadero daño fue la omisión sistemática de atención. El informe pericial concluyó que, conforme a la *lex artis*, el paciente habría tenido una chance elevada (80 %) de mejorar o, al menos, de evitar el desenlace fatal. La sentencia valoró como indemnizable no la muerte en sí, sino la pérdida de una expectativa concreta de sobrevida atribuible a la falta de asistencia continua, reafirmando además el deber reforzado de cuidado en pacientes vulnerables¹⁰⁰⁵.

También se han reconocido pérdidas de chance por omisiones en contextos no quirúrgicos. En un caso, un paciente alcoholizado con herida en la nuca fue derivado a su domicilio sin observación ni estudios complementarios. El tribunal concluyó que el hospital omitió las medidas mínimas de control ante un cuadro con riesgo vital, frustrando con ello una expectativa razonable de sobrevida. La omisión fue calificada como un daño autónomo atribuible a la negligencia del equipo de guardia¹⁰⁰⁶.

En línea similar, un fallo chileno reciente abordó la omisión en la detección y manejo precoz de efectos adversos farmacológicos. Una paciente tratada con neurolépticos desarrolló síntomas de distonía sin que el equipo médico identificara su origen ni interrumpiera el tratamiento causal. La evolución desembocó en una distonía generalizada irreversible¹⁰⁰⁷. Aunque no se atribuyó responsabilidad al médico que prescribió los fármacos, el tribunal imputó falta de servicio al hospital por no haber realizado un diagnóstico oportuno ni un seguimiento clínico adecuado. La omisión privó a la paciente de una expectativa concreta de estabilización o mejoría¹⁰⁰⁸. No obstante, la sentencia presenta deficiencias metodológicas relevantes: no fundamenta la probabilidad

¹⁰⁰⁵ C. Nac. Civ., sala K, 01/06/2021, “L. C. c./ Estado Nacional Ministerio de Defensa Armada Argentina y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132629-AR.

¹⁰⁰⁶ C. Apel. Civ. Com. San Salvador de Jujuy, sala III, 30/3/2004, “Quipildor, Catalina y otros c/ Hospital Salvador Mazza de Tilcara y otro”, LL Noroeste Argentino, 2004 (julio), p. 1248.

¹⁰⁰⁷ La distonía es un trastorno del movimiento que causa contracciones involuntarias y sostenidas de los músculos, lo que produce movimientos anormales y posturas. Estos movimientos pueden ser de torsión, repetitivos y dolorosos, y pueden afectar a una parte del cuerpo o a todo el cuerpo. Mayo Clinic, Dystonia – Symptoms and Causes. Disponible en: <https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/dystonia/symptoms-causes/syc-20350480> [fecha de consulta: 3 de mayo de 2025].

¹⁰⁰⁸ CS Chile, 08/08/2017, “Morales Cancino Paula Andrea con Hospital Regional de Talca”, rol n.º 97628-2016.

frustrada en informes periciales específicos ni justifica la cuantía indemnizatoria conforme a criterios técnicos, lo que debilita la solidez del juicio resarcitorio.

Finalmente, la omisión puede producirse al momento del egreso, cuando no se entregan indicaciones terapéuticas indispensables para continuar el tratamiento y prevenir complicaciones previsibles. Ilustra esta hipótesis el caso de un paciente que tras ser tratado con anticoagulantes en un hospital por una fractura, fue dado de alta sin que se consignara en su carné ni en la ficha clínica la necesidad de continuar dicha terapia. Días después, falleció por embolia pulmonar, atribuible a una enfermedad tromboembólica no prevenida adecuadamente. El tribunal reconoció una falta de servicio por omisión de instrucciones claras respecto de un tratamiento habitual y necesario. Si bien no se acreditó con certeza que la embolia habría sido evitada, se concluyó que el paciente fue privado de una oportunidad objetiva de reducir el riesgo y prolongar su vida. La pérdida de chance fue calificada como un daño autónomo indemnizable, atribuible a la negligencia asistencial en el alta¹⁰⁰⁹.

A partir de los casos analizados, se puede concluir que este tipo de omisiones adquiere especial gravedad cuando afecta a pacientes en estado crítico, con escaso margen de acción y en los que cualquier dilación o falta de control puede clausurar de forma definitiva las posibilidades de recuperación.

ii) Casos de anestesia

La figura del anestesiólogo no se agota en la administración de fármacos anestésicos. Su rol comporta un deber de vigilancia intensiva y continua durante todo el procedimiento quirúrgico, que incluye el control periódico de parámetros vitales, la detección oportuna de cualquier alteración hemodinámica o respiratoria y la adopción inmediata de las medidas correctivas que correspondan. Este deber se acentúa por las particularidades del acto anestésico, muchas veces invisible para el resto del equipo quirúrgico, lo que confiere al anestesista una posición de garante respecto de la integridad del paciente. Cuando ese control se omite, se debilita o se ejerce con negligencia, y como consecuencia se pierde

¹⁰⁰⁹ CS Chile, 03/04/2019, “Vera López Juan Domingo y otras con Hospital San Martín de Quillota y otra”, rol n.º 13129-2019.

una oportunidad objetiva de evitar un resultado dañoso, puede configurarse una hipótesis de pérdida de chance.

En este escenario, puede implicar la indemnización de pérdida de chance, la omisión en la vigilancia intraoperatoria. Por ejemplo, el caso “Azumanian”, resuelto en 2011 por el juez Sebastián Picasso y confirmado por la Cámara Civil. El paciente sufrió un paro cardiorrespiratorio durante una intervención quirúrgica, que no fue advertido ni tratado a tiempo por el anestesiólogo. El daño cerebral irreversible y la posterior muerte del paciente no fueron atribuidos con certeza directa a la conducta médica, pero sí se concluyó que la omisión privó al paciente de una oportunidad concreta de sobrevivir. El tribunal se fundó en los dictámenes del Cuerpo Médico Forense, que indicaron que una reacción oportuna habría ofrecido una probabilidad médica relevante de evitar el desenlace fatal¹⁰¹⁰.

En un fallo más reciente, se reconoció responsabilidad del anestesiólogo por deficiente monitoreo en una cirugía estética de bajo riesgo. La paciente, joven y previamente sana, fue sometida a un aumento mamario bajo anestesia general balanceada. El profesional incumplió las guías clínicas que exigen controles cada cinco minutos, omisión que impidió advertir un deterioro hemodinámico progresivo. El cuadro evolucionó a un paro cardiorrespiratorio intraoperatorio, del cual la paciente fue reanimada, pero con secuelas neurológicas irreversibles y dependencia vital permanente. El tribunal sostuvo que la conducta médica cercenó una chance real de evolución favorable sin secuelas, transformando un procedimiento programado y rutinario en un evento catastrófico. Aunque no se probó que una intervención diligente habría evitado con certeza el daño, se acreditó que su probabilidad de éxito era significativa, por lo que ese fue el daño reparado¹⁰¹¹.

Otra modalidad se presenta cuando la omisión no reside en el monitoreo, sino en la respuesta deficiente frente a un evento crítico ya desencadenado. Así ocurrió en el caso de una menor sometida a una intervención quirúrgica programada, durante la cual sufrió un paro cardiorrespiratorio. Aunque fue reanimada, resultó con daño neurológico severo. La investigación reveló múltiples negligencias del anestesiólogo: no conectó la vía arterial al monitor, mantuvo el campo quirúrgico durante la reanimación y administró

¹⁰¹⁰ Hersalis (2020b).

¹⁰¹¹ C. Nac. Civ., sala L, 24/03/2024, “F. S. A. c./ M. J. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-141811-AR.

ventilación mecánica sin ajustes técnicos adecuados. Estas falencias contravinieron la *lex artis* y dificultaron una reanimación eficaz. Peritajes acreditaron que, de haberse aplicado los protocolos debidos, existía una probabilidad estimada en un 60 % de superar el evento sin secuelas neurológicas. El tribunal reconoció que el daño no derivaba del estado clínico previo de la paciente, sino de la privación de una expectativa objetiva de recuperación neurológica, atribuible a la omisión culposa de las medidas exigidas¹⁰¹².

En todos estos casos, el elemento común es la omisión de conductas exigibles al anestesiólogo, ya en la etapa de control intraoperatorio, ya en la reacción frente a una emergencia clínica, que frustran una expectativa razonable de sobrevida o recuperación. La pérdida de chance se presenta, así, como una categoría particularmente adecuada para captar el perjuicio en contextos de incertidumbre, donde el resultado adverso no puede ser atribuido con certeza directa a la conducta médica, pero sí se demuestra que existía una probabilidad médica relevante de evitarlo. En este ámbito, el derecho no exige certeza absoluta para reparar, sino prueba suficiente de que la intervención omitida ofrecía una posibilidad objetiva y apreciable de éxito, cuya supresión constituye un daño actual, autónomo y jurídicamente indemnizable.

iii) Infección intrahospitalaria

La pérdida de una oportunidad médica indemnizable no se limita a errores de diagnóstico o tratamiento. También puede derivar de complicaciones clínicas previsibles y evitables, mal manejadas por el sistema asistencial. Entre ellas, las infecciones intrahospitalarias destacan por su gravedad y frecuencia. En estos casos, la responsabilidad no se construye sobre el desenlace trágico en sí mismo, sino sobre la privación de una expectativa razonable de sobrevida o recuperación, frustrada por una omisión asistencial evitable.

Una línea jurisprudencial particularmente clara se observa en el caso de un paciente oncológico con cáncer prostático metastásico, quien durante su hospitalización en un centro especializado contrajo una infección resistente que no fue adecuadamente tratada y derivó en su fallecimiento. El tribunal entendió que, si bien el paciente padecía una enfermedad de base grave, su deceso no fue consecuencia directa de esta, sino del

¹⁰¹² C. Nac. Civ., sala E, 08/04/2025, “C. V. M. J. y otros c./ Silver Cross América Inc. SA y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-155650-AR.

cuadro infeccioso adquirido en el hospital. Se estableció la responsabilidad del establecimiento sobre una base objetiva, reconociéndose que la infección truncó una sobrevida que, sin ese evento, pudo haberse prolongado. La pérdida de chance fue indemnizada como daño autónomo, aun cuando no fue posible determinar con exactitud el tiempo de vida suprimido ni cuantificar con precisión el valor de la expectativa frustrada¹⁰¹³. Este precedente confirma que, incluso ante enfermedades de mal pronóstico, puede configurarse un daño resarcible cuando una conducta médica negligente cercena una expectativa de vida real y mensurable.

En un sentido concordante, otro tribunal argentino resolvió el caso de un niño que contrajo una infección respiratoria nosocomial durante su hospitalización, que culminó en su muerte. La sentencia sostuvo que no correspondía reparar la muerte como resultado cierto y directo, pero sí debía indemnizarse la pérdida de una chance de recuperación frustrada por la exposición innecesaria del paciente a un riesgo hospitalario evitable. Lo determinante no fue la infección en sí, ni la condición clínica previa del menor, sino la existencia de una expectativa objetiva de recuperación - denominada por el tribunal “chance remanente de recuperación”— que se vio anulada por una patología nosocomial que el centro asistencial tenía el deber de prevenir¹⁰¹⁴.

La jurisprudencia chilena también ha acogido esta construcción. En un caso, un paciente post-operado por heridas graves producto de una agresión, comenzó a exhibir signos evidentes de deterioro clínico. A pesar de ello, se suspendió injustificadamente el tratamiento antibiótico, no se realizaron controles adecuados durante dos días y el diagnóstico de neumonía intrahospitalaria fue tardío. La Corte Suprema de Chile revocó la sentencia de primera instancia y estableció que el hospital incurrió en una grave falta de servicio, al omitir el monitoreo clínico exigido, suspender tratamientos sin evaluación fundada y demorar injustificadamente el diagnóstico y manejo de una infección nosocomial. Aunque no se probó una relación causal directa entre la omisión y el fallecimiento, el tribunal reconoció que se había suprimido una oportunidad concreta de sobrevida, calificando este daño como pérdida de chance¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ C. Nac. Civ., sala M, 18/04/2024, “B., F. A. y otros c./ I. A. F. SA”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/40240/2024.

¹⁰¹⁴ C. Nac. Civ., sala F, 14/06/2000, “R.G., M. E. y otro c./ M.C.B.A. y otro”, LL, 2001-C, p. 432, con nota de Roberto Ángel Meneghini.

¹⁰¹⁵ CS Chile, 06/11/2017, “Mariela Pérez Barril y otro con Servicio de Salud Osorno”, rol n.º 62104-2016.

No obstante, esta sentencia presenta una debilidad metodológica: la indemnización fue concedida a título de daño moral, fijada prudencialmente y sin respaldo pericial que estimara el grado de probabilidad efectivamente perdida. Esta ausencia de justificación técnica debilita el juicio indemnizatorio, pues la figura de la pérdida de chance exige siempre acreditar que la expectativa frustrada era real, médicamente plausible y jurídicamente valorable.

Así, la responsabilidad derivada de infecciones nosocomiales permite advertir que la pérdida de chance no requiere necesariamente un nexo causal directo entre la omisión y el desenlace final, sino la existencia de una probabilidad seria y concreta de haber evitado o mitigado ese desenlace, frustrada por una conducta asistencial reprochable. En estos casos, lo que se repara no es el resultado, sino la privación injustificada de una expectativa médica legítima.

c. Omisiones vinculadas al tiempo

Dentro de los supuestos de responsabilidad médica por pérdida de chance, existen situaciones en las que el factor determinante del daño no es la ausencia de diagnóstico o tratamiento, sino el tiempo. El elemento temporal se convierte, en estos casos, en una variable decisiva para la probabilidad de sobrevida o de recuperación del paciente.

En esta categoría se agrupan, por una parte, (i) aquellas hipótesis en que la demora en brindar asistencia médica inmediata impide el despliegue oportuno de las intervenciones requeridas. Por otra, se incluyen (ii) los supuestos en que la pérdida de chance no se relaciona con la curación definitiva de la enfermedad, sino con la posibilidad de prolongar la vida del paciente o de mejorar sus condiciones durante el tiempo restante. Se trata, en ambos casos, de omisiones cuya ilicitud se aprecia a la luz del contexto clínico y cuyo efecto es privar a la persona de una probabilidad concreta y valiosa, aunque incierta en su resultado final.

i) Retraso de la asistencia médica inmediata

La pérdida de una oportunidad médica también puede originarse en la omisión o demora de una asistencia urgente. En estos supuestos, el daño no reside en el desenlace fatal o lesivo en sí mismo, sino en la supresión de una probabilidad razonable, aunque incierta, de evitarlo o atenuarlo mediante una intervención oportuna. Esta hipótesis adquiere especial relevancia cuando el cuadro clínico exige una reacción inmediata y diligente por parte del sistema asistencial.

Si bien toda atención médica debe prestarse con celeridad, hay situaciones en que la urgencia es crítica por la velocidad de progresión del cuadro o el estrecho margen temporal para desplegar una terapia eficaz. En tales contextos, incluso una dilación breve puede traducirse en la pérdida irreversible de una expectativa razonable de recuperación o sobrevida. Así, cuando la respuesta asistencial es tardía o inexistente, y ello frustra una chance médica objetiva de mejor evolución, se configura un perjuicio autónomo jurídicamente resarcible.

La jurisprudencia ha reconocido esta construcción tanto en casos de fallecimiento como en aquellos en los que, sin mediar muerte, la demora incidió negativamente en el pronóstico clínico. En todos ellos, el factor determinante es la tardanza injustificada del sistema de salud para desplegar la atención que el cuadro requería sin demora.

Aquí se ubica el caso de una paciente con descompensación cardíaca, cuya familia realizó reiteradas llamadas a una empresa de emergencias médicas. La ambulancia arribó más de dos horas después, cuando la paciente ya había fallecido. El tribunal subrayó que el análisis no debía centrarse en la muerte como hecho consumado, sino en la pérdida de una chance de sobrevida frustrada por la demora asistencial frente a un cuadro que requería auxilio inmediato¹⁰¹⁶.

Una línea semejante adoptó la sentencia relativa al fallecimiento de una niña asmática, tras esperar más de una hora la llegada de una ambulancia, pese a la insistencia de sus padres. La Corte valoró que la omisión impidió acceder a un tratamiento oportuno que, según los antecedentes clínicos, ofrecía una probabilidad relevante de evitar el desenlace. La pérdida de chance fue estimada en un 70 %, configurando un daño autónomo derivado del retardo¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁶ C. Nac. Civ., sala A, 24/10/2017, “M., G. A. c./ Socorro. Médico Privado S.A y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/78072/2017.

¹⁰¹⁷ C. Nac. Civ., sala B, 05/06/2009, “D. I., N. c./ Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A.”, RCyS, 2009-XII, p. 136, con nota de Roberto A. Meneghini.

Otro fallo analizó el caso de un trabajador herido por arma de fuego, derivado sin coordinación ni seguimiento a distintos centros asistenciales. La falta de intervención médica inmediata, en un contexto de urgencia crítica, frustró una expectativa razonable de recuperación. El tribunal fundó la responsabilidad en la desorganización estructural del sistema asistencial y la ausencia de reacción ante una emergencia vital¹⁰¹⁸.

En la misma dirección, se reconoció la pérdida de chance en un caso de accidente cerebrovascular. La paciente fue atendida reiteradamente por síntomas compatibles con ACV, sin que se realizaran estudios diagnósticos ni se iniciaran medidas terapéuticas urgentes. Fue derivada a otro centro sin diagnóstico certero ni contención clínica. El ACV fue confirmado recién en una etapa avanzada del daño neurológico y la paciente falleció tras un traslado motivado por falta de camas. El tribunal concluyó que la omisión en el diagnóstico precoz y la falta de tratamiento oportuno privaron a la paciente de una probabilidad concreta de prolongar la vida o mejorar su evolución. Se aplicó el principio de carga dinámica de la prueba para considerar acreditada la pérdida de chance, sin exigir una “prueba diabólica” del nexo causal¹⁰¹⁹.

La Corte Suprema de Chile también ha acogido esta figura. Una paciente ingresó con dolor abdominal severo, y aunque se constató la urgencia de derivarla a un centro de mayor complejidad, la transferencia se realizó más de dos horas después de su estabilización. La omisión en activar el protocolo de derivación constituyó una falta de servicio. Si bien no se acreditó una causalidad directa con el fallecimiento, se reconoció que se había frustrado una chance real de recibir tratamiento adecuado a tiempo. En consecuencia, el daño fue valorado conforme al valor objetivo de esa expectativa suprimida¹⁰²⁰.

Esta construcción ha sido reconocida también en contextos no letales. Así ocurrió con un paciente que ingresó con una lesión tendinosa en la mano izquierda. La demora injustificada en la cirugía comprometió su recuperación funcional. Aunque no se probó

¹⁰¹⁸ Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, 05/12/2014, “L. M. y otros c./ Sanatorio de los Nuevos Ayres y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-92536-AR.

¹⁰¹⁹ SC Mendoza, sala I, 22/05/2018, “A. M. A. M. y otros Estado Nacional y otros c./ Hospital Central De Mendoza”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111448-AR.

¹⁰²⁰ CS Chile, 22/06/2021, “Renin y otros con Hospital San Juan de Dios de San Fernando y otra”, rol n.º 91944-2020.

con certeza el resultado que se habría evitado, el tribunal tuvo por acreditada una expectativa concreta de evolución favorable, frustrada por la dilación quirúrgica¹⁰²¹.

Un razonamiento similar sostuvo un fallo referido a un accidente cerebrovascular isquémico, en el que la atención deficiente impidió un tratamiento precoz, lo que agravó las secuelas. Sobre la base de prueba pericial, se estimó la pérdida de chance en un 40 %. En ese caso, la demora diagnóstica y terapéutica fue determinante en la evolución neurológica del paciente, y se atribuyó también responsabilidad a la obra social por su rol omisivo¹⁰²².

Por contraposición, no toda postergación asistencial configura pérdida de chance. En un caso, un paciente VIH positivo reclamó indemnización por la demora en una cirugía no urgente. El tribunal desestimó la demanda, al no acreditarse una expectativa de curación frustrada por la postergación. Si bien se reconoció el trato discriminatorio como fuente de daño moral, no se tuvo por acreditado un perjuicio médico resarcible¹⁰²³.

Como es posible apreciar, la jurisprudencia ha ido delineando con creciente claridad los contornos de la pérdida de chance en contextos de atención médica tardía.

ii) Pérdida de chance de supervivencia

La pérdida de chance no se limita a la frustración de una expectativa de curación plena. La jurisprudencia ha reconocido su configuración también en contextos de enfermedades irreversibles, cuando lo que se pierde no es la posibilidad de evitar la muerte, sino la de acceder a un desenlace menos doloroso, más digno o con mayor calidad de vida. No se trata, entonces, de indemnizar la muerte como tal, sino de reparar la privación de una probabilidad de prolongar la vida, mitigar el sufrimiento o adoptar decisiones informadas sobre tratamientos paliativos.

En esta línea, se ha sostenido que la omisión médica no debe necesariamente haber causado el deceso para generar responsabilidad. Basta con que haya frustrado un curso

¹⁰²¹ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/04/2018, “P. J. A. c/ G.C.B.A”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-110516-AR.

¹⁰²² C. Nac. Civ., sala G, 28/04/2025, “González Rinaldi, Yanina Paula c./ Moya Torres, Solange Alejandra y otros”, autos n.º 45.427/2021/CA1.

¹⁰²³ C. Nac. Civ., sala H, 20/07/2020, “M. A. D. c./ C. H. S. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-127047-AR.

clínico alternativo, objetivamente posible, que hubiera permitido al paciente ganar tiempo, recibir atención adecuada o decidir con conocimiento de causa. En estos casos, la chance perdida puede referirse tanto al paciente como a sus familiares, especialmente cuando la sobrevida se proyectaba como un espacio de acompañamiento o de sustento económico.

Así, en un caso se condenó a la administración por no haber diagnosticado oportunamente un cáncer. Aunque el desenlace era inevitable, la falta de detección privó al paciente de iniciar tratamientos paliativos capaces de extender su vida durante un período importante. El tribunal subrayó que se le había negado no solo la intervención médica, sino la posibilidad de decidir si someterse o no a ella. El daño resarcible no fue la muerte, sino la pérdida de autodeterminación terapéutica en fase terminal, esto es, el derecho a participar activamente en el curso de su atención¹⁰²⁴.

En otro precedente, se responsabilizó a una empresa de medicina prepaga y a un profesional por la omisión en el diagnóstico de una patología terminal. Aunque no se atribuyó causalmente la muerte a la negligencia, el tribunal reconoció que el paciente había sido privado de una chance concreta de prolongar su sobrevida. Lo indemnizable, nuevamente, no fue el deceso, sino la frustración de una expectativa médica relevante¹⁰²⁵.

La jurisprudencia chilena también ha razonado en este sentido. En particular, se ha condenado por pérdida de chance en el contexto de una enfermedad terminal, al acreditarse que la negligencia médica frustró oportunidades reales de prolongar la vida o de mitigar el sufrimiento. El tribunal valoró clínicamente el carácter irreversible de la patología, las posibilidades de tratamiento paliativo y la expectativa razonable de vida con una intervención temprana. La responsabilidad no se fundó en la muerte, entendida como un hecho natural, sino en la privación de una chance médica fundada y jurídicamente relevante¹⁰²⁶.

En consonancia, parte de la jurisprudencia española ha admitido el resarcimiento por la pérdida de oportunidad no solo de curar una enfermedad terminal, sino también de retrasar su evolución y asegurar un final de vida con mayor bienestar. En ciertos casos,

¹⁰²⁴ C. Nac. Civ., sala A, 20/07/2020, “M. A. D. c./ C. H. S. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-127047-AR.

¹⁰²⁵ C. Nac. Civ., sala K, 20/11/2020, “F. D. N. E. c./ Mediconex S.A. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-129414-AR.

¹⁰²⁶ CA de Valparaíso, 11/12/2008, “Ojeda Soto Manuel con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”, rol n.º 776-2008, confirmada por la CS Chile, 20/01/2011, rol n.º 2074-2009. En: Tapia (2012).

ha ido incluso más allá, al presumir la existencia de la chance perdida a partir de la sola constatación de una mala praxis¹⁰²⁷.

Ahora bien, no toda oportunidad justifica una reparación. La chance debe tener entidad médica suficiente. En otro caso, se discutió la responsabilidad por la muerte de un paciente con cáncer pulmonar avanzado y múltiples comorbilidades. Si bien hubo una demora en la asistencia prehospitolaria, el tribunal entendió que, dadas las condiciones clínicas del paciente, no existía una probabilidad relevante de prolongar su vida, incluso con una atención inmediata¹⁰²⁸.

La muerte es inevitable. Pero prolongar la vida, aunque sea por un tiempo limitado, suele ser un anhelo humano legítimo, vinculado no solo al instinto natural, sino también al deseo de acompañar, decidir, despedirse o simplemente sufrir menos. Desde esta perspectiva, la pérdida de una chance de sobrevida o de un tránsito final menos gravoso no constituye una conjetura sin valor, sino una expectativa médicamente fundada y jurídicamente protegible. Allí donde esa expectativa es frustrada por una conducta negligente, el daño existe y el derecho no puede permanecer indiferente.

d. Supuestos especiales según el sujeto responsable o el contexto

Si bien la responsabilidad civil por pérdida de chance ha sido mayoritariamente atribuida a los profesionales de la salud que prestan atención médica directa al paciente, existen hipótesis en las que la omisión relevante no proviene de ellos, sino de otros actores del sistema sanitario. A su vez, ciertas áreas de la medicina, como la gineco-obstetricia, presentan particularidades contextuales que exigen un tratamiento diferenciado.

Este apartado aborda estos dos grupos especiales de casos. (i) Aquellos en que la pérdida de oportunidad de curación y sobrevida es atribuible a sujetos distintos del profesional tratante, como servicios de emergencia, instituciones aseguradoras o entidades administrativas y (ii) supuestos provenientes del ámbito gineco-obstétrico, en los que la pérdida de una chance puede traducirse en daños gravísimos, tanto para la

¹⁰²⁷ Bacache (2013).

¹⁰²⁸ SC Mendoza, sala primera, 23/09/2020, “Fiscalía de Estado y otros”, en autos n.º 251.422/53.667.

madre como para el niño por nacer, y en los que las omisiones diagnósticas, terapéuticas o de seguimiento adquieren una dimensión particular.

i) Pérdida de chance de curación de responsabilidad de otros actores distintos de los profesionales de la salud.

Existen hipótesis en que terceros (como obras sociales, entidades organizadoras de actividades o empresas de emergencias), al incumplir deberes legales o contractuales, privan al paciente de una probabilidad médica de curación, mejora o sobrevida.

Los tribunales han reconocido que, aun cuando el resultado final no derive directamente de la conducta de estos actores, la omisión o negativa a cumplir prestaciones en tiempo y forma puede frustrar una expectativa clínica fundada, jurídicamente relevante y por tanto resarcible.

Así se resolvió en el caso de una paciente con toxoplasmosis ocular, cuya medicación fue suspendida durante largos periodos por el demandado. Si bien la ceguera no fue causada de manera directa por esa omisión, se entendió que la interrupción del tratamiento frustró una chance concreta de evitar el desenlace adverso. La responsabilidad se fundó, entonces, en la pérdida de una oportunidad, no en la producción directa del resultado final¹⁰²⁹.

En una línea similar, se condenó a una obra social por la demora en la provisión de una válvula de derivación ventrículo peritoneal para una menor con hidrocefalia. Aunque no se acreditó que la intervención habría evitado el fallecimiento, sí se reconoció que su entrega oportuna podría haber prolongado la vida¹⁰³⁰.

También se ha imputado responsabilidad a una obra social por negar el traslado urgente de un paciente con aneurisma cerebral a un centro especializado. La negativa impidió la realización de una angiografía digital, procedimiento que, según los peritos, ofrecía una probabilidad superior al 50% de sobrevida con baja morbilidad. El fallo

¹⁰²⁹ C. Nac. Civ. y Comercial Federal, sala III, 23/04/2013, “Á. S. H. c./ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-80247-AR.

¹⁰³⁰ C. Nac. Civ. y Comercial Federal, sala III, 27/04/2017, “A. C. A. c./ Instituto Obra Social del Ejército y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-106887-AR.

subrayó que, aunque el desenlace no pudiera evitarse con certeza, la conducta omisiva privó al paciente de una oportunidad terapéutica valiosa¹⁰³¹.

Una empresa de medicina prepaga fue condenada por negarse a cubrir una cirugía cardíaca urgente, indispensable para una paciente de edad avanzada. Aun habiéndose accedido judicialmente a la intervención, la empresa se rehusó a proveer el marcapasos necesario, lo que impidió su realización. El tribunal entendió que la muerte no era atribuible de forma directa a esa negativa, pero sí reconoció la pérdida de una chance razonable de prolongar la vida mediante el procedimiento indicado¹⁰³².

En otro caso, la entrega tardía de un medicamento oftalmológico prescripto para tratar una degeneración macular fue considerada fuente de responsabilidad. La falta de cobertura oportuna impidió iniciar el tratamiento en el momento clínicamente indicado, frustrando una posibilidad concreta de preservar parte de la visión. Lo resarcible no fue la pérdida visual como tal, sino la privación de una chance razonable de evitar su progresión¹⁰³³.

La pérdida de chance ha sido también invocada frente a la omisión de auxilio médico adecuado durante actividades deportivas organizadas. La jurisprudencia ha sostenido que quienes convocan y autorizan estos eventos tienen un deber específico de previsión ante contingencias previsibles.

En ese sentido, se condenó a los organizadores de un partido de fútbol por no contar con personal ni equipamiento médico, lo que frustró una expectativa real de sobrevivencia de un joven que sufrió un paro cardíaco. La indemnización se fundó en la omisión de medidas básicas que, con una probabilidad razonable, podrían haber evitado el desenlace fatal¹⁰³⁴.

Una línea semejante se siguió frente a un accidente ocurrido en una competencia automovilística. El lesionado fue trasladado sin los medios mínimos para una atención adecuada, lo que demoró el auxilio médico e incidió en la evolución de su cuadro. El

¹⁰³¹ C. Nac. Civ., sala B, 18/10/2017, “V. D. N. J. M. y otros c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107853-AR.

¹⁰³² C. Nac. Civ., sala I, 27/12/2019, “C., A. J. y otros c./ Organización de Servicio Directos Empresarios”, RCyS, 2020-III, p. 81, cita digital: AR/JUR/54621/2019.

¹⁰³³ C. Nac. Civ., sala K, 27/11/2020, “D. E., C. M. c./ Galeno Argentina SA”, RCyS, 2021-III, p. 126, cita digital: TR LALEY AR/JUR/63889/2020.

¹⁰³⁴ C. Nac. Civ., sala M, 23/04/2015, “B., A. M. y otros c./ Club Atlético River Plate y otros”, autos n.º 25.364/2005.

tribunal reconoció que, aun cuando el riesgo de lesiones era inherente a la actividad, la omisión de asistencia eficiente generó una pérdida de chance de recuperación¹⁰³⁵.

ii) Pérdida de chance en casos de gineco-obstétricos¹⁰³⁶

La pérdida de chance ha encontrado un terreno particularmente propicio para su aplicación en el ámbito gineco-obstétrico. Las condiciones clínicas de esta especialidad, caracterizadas por la concurrencia de múltiples factores de riesgo y por situaciones de alta complejidad, en que la integridad o la vida del feto y de la madre dependen de decisiones inmediatas y certeras, hacen especialmente adecuada la utilización de esta figura. En numerosos casos, el daño no deriva de una única conducta negligente, sino del efecto acumulativo de diversas omisiones o intervenciones inadecuadas que, en su conjunto, privan a la madre o al nasciturus de una probabilidad de sobrevivida o de evitar secuelas severas.

Un primer grupo de precedentes se refiere a la omisión o demora en la indicación de cesárea frente a signos inequívocos de sufrimiento fetal. La jurisprudencia ha considerado, en forma reiterada, que la falta de diagnóstico oportuno y de respuesta inmediata ante cuadros clínicos que exigían intervención quirúrgica urgente conllevó la pérdida de una chance concreta de nacer con vida. Así ocurrió en el caso de una paciente con antecedentes de hipertensión y metrorragia, en que la decisión quirúrgica fue postergada, resultando en la muerte fetal. El tribunal reconoció que esa omisión privó al feto de una expectativa vital fundada y sostuvo la responsabilidad por frustración de dicha probabilidad¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ C. Nac. Civ., sala D, 08/05/2019, “Romero Gustavo Antonio c./ Automóvil Club Argentino y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-119607-AR.

¹⁰³⁶ Son muchos los casos que podemos encontrar en el último tiempo: C. Nac. Civ., sala G, 02/11/2023, “R., K. F. y otros c./ Instituto Médico Constituyentes S.A”, autos n.º 40.392/2018; C. Nac. Civ., sala M, 03/09/2024, “B. B., M. L. c./ O. S. U. P. N.”, autos n.º 23.609/2017; C. Nac. Civ., sala H, 03/12/2024, “H. G. E. y otro c./ Silver Cross América Inc S.A. y otros”, autos n.º 100.374/2019; C. Nac. Civ., sala D, 16/11/2024, “Rojas Manuel Gervacio y otros c./ Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros”, autos n.º 94.846/2016; C. Nac. Civ., sala H, 21/03/2024, “C., L. H. N. y otros c./ Clínica La Esperanza (Celso S.R.L.) y otro”, autos n.º 49.199/2019; C. Nac. Civ., sala H, 03/12/2024, “H. G. E. y otro c./ Silver Cross América Inc S.A. y otros”, autos n.º 100.374/2019; Cámara Federal de Mendoza, sala A, 10/10/2023, “Coria, María Natalia c./ Swiss Medical Group S.A.”, autos n.º 34535/2017. En Chile: CS Chile, 09/01/2024, anonimizado, rol n.º 170621-2022; CS Chile, 10/04/2024, “Ramírez con Servicio de Salud O’Higgins”, rol n.º 226171-2023, entre otros.

¹⁰³⁷ C. Nac. Civ., sala D, 03/12/2024, C., L. N. y otro c. C., N. S. y otros, Autos n.º 61.609/2014 y Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-154373-AR.

Una línea similar fue adoptada en un fallo que examinó un cuadro de bradicardia fetal sostenida en una paciente con preeclampsia y corioamnionitis. La demora en realizar la cesárea fue considerada determinante en la pérdida de una oportunidad razonable de extraer al feto con vida. El tribunal afirmó la existencia de una pérdida de chance, sin exigir la certeza del resultado que se habría alcanzado con una intervención oportuna¹⁰³⁸.

También se reconoció la indemnización por pérdida de oportunidad en el caso de una mujer con amenaza de parto prematuro que a pesar de su condición, fue enviada a su domicilio sin estudios diagnósticos adecuados ni derivación a un centro de mayor complejidad. El tribunal consideró que esta omisión frustró una posibilidad real de prolongar la gestación y preservar el embarazo, y ordenó el resarcimiento con fundamento en la chance perdida¹⁰³⁹.

Un segundo grupo de casos se vincula con deficiencias en el seguimiento del embarazo y con omisiones diagnósticas. La insuficiencia en el monitoreo clínico, particularmente frente a antecedentes de riesgo, ha sido considerada fuente de responsabilidad cuando de ella se deriva la pérdida de una oportunidad razonable de evitar un desenlace fatal. Así se resolvió en el caso de un embarazo complicado por hipertensión arterial mal controlada, en el que el médico demandado no auscultó los latidos fetales ni controló adecuadamente la presión arterial. El tribunal consideró que tal negligencia privó al nasciturus de una chance concreta de sobrevida¹⁰⁴⁰.

En un precedente análogo, los padres de un recién nacido fallecido promovieron acción por mala praxis obstétrica. La madre se había presentado al sanatorio con diagnóstico de rotura prematura de membranas, cuadro que exigía atención inmediata. Sin embargo, el personal de guardia se negó a internarla, pese a la urgencia manifiesta. Esta omisión constituyó una infracción grave al deber de seguridad, impidiendo el acceso a un tratamiento oportuno que, si bien no garantizaba la vida del feto, representaba una probabilidad concreta y razonable de conservarla. Se reconoció así la pérdida de chance,

¹⁰³⁸ C. Nac. Civ., sala H, 3/12/2024, “H. G. E. y otro c./ Silver Cross América Inc. S.A. y otros”, autos n.º 100.374/2019.

¹⁰³⁹ C. Nac. Civ., sala M, 16/02/2024, “M., M. A. c./ Obra Social de Empleados Textiles y otros”, autos n.º 87.785/2017, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-149287-AR.

¹⁰⁴⁰ STJ Jujuy, sala III, 04/04/2016, “P. M. A. c./ Estado Provincial”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97909-AR.

tanto en relación con la vida del hijo como con la ayuda futura que este habría podido prestar a sus padres¹⁰⁴¹.

En la misma línea, otro tribunal analizó la responsabilidad derivada de una atención obstétrica deficiente que culminó con la muerte de un recién nacido. La paciente que se encontraba en trabajo de parto, fue inicialmente atendida en una clínica sin personal especializado y luego derivada a otro centro. Allí, pese a signos evidentes de sufrimiento fetal como líquido amniótico meconial y bradicardia, la cesárea fue demorada injustificadamente. Se acreditó negligencia tanto por la falta de respuesta clínica como por la desatención de síntomas críticos, incluyendo conductas inapropiadas como hacer caminar a la paciente en un estado clínico comprometido. El tribunal concluyó que esta cadena de omisiones privó al feto de una probabilidad real de sobrevivir, encuadrando el perjuicio dentro de la figura de la pérdida de chance¹⁰⁴².

También resulta ilustrativo el caso en que se condenó solidariamente a los médicos intervinientes y al municipio por el fallecimiento de un recién nacido, derivado de la omisión de una intervención quirúrgica urgente. La prueba demostró que no se practicó una laparotomía exploradora inmediata, a pesar de tratarse del único recurso disponible ante el grave estado clínico del niño. El tribunal consideró que existía una probabilidad fundada de que una actuación médica diligente y oportuna hubiese modificado el curso clínico, y que dicha probabilidad fue frustrada por la omisión asistencial¹⁰⁴³.

En la jurisprudencia chilena también se ha reconocido la aplicación de la chance en este grupo de casos. En un fallo, se analizó la responsabilidad de un hospital y del respectivo Servicio de Salud ante la muerte de una recién nacida ocurrida tres días después del parto. La paciente, con antecedentes de partos prematuros, ingresó por ruptura prematura de membranas y diabetes gestacional. Diversos exámenes clínicos evidenciaban signos de posible infección intrauterina, pero la interrupción del embarazo recién se realizó once días después del ingreso, cuando el cuadro infeccioso ya se había agravado de forma irreversible. El tribunal concluyó que existió una falta de servicio,

¹⁰⁴¹ C. Nac. Civ., sala B, 14/06/2014, “A. S. M. y otro c./ M. P. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-99443-AR.

¹⁰⁴² C. Nac. Civ., sala J, 31/05/2023, “M., M. N. y otro c./ Galeno S.A. y otros”, autos n.º 107.445/2007.

¹⁰⁴³ C. Nac. Civ., sala B, 01/06/2013, “D. la C. M. P. y otro c./ H. D. E. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-81363-AR.

manifestada en la omisión de controles adecuados, diagnóstico tardío y demora en actuar, configurándose un incumplimiento de la *lex artis médica*¹⁰⁴⁴.

Cabe destacar que el tribunal no fundó su decisión exclusivamente en peritajes, sino que razonó conforme a las reglas de la sana crítica, subrayando que “si bien no existe certeza que una interrupción del embarazo de forma anterior hubiese impedido la muerte de la menor, del desarrollo de los hechos fluye que se privó a la actora y a su hija de la oportunidad de evitar dicha consecuencia, pérdida que debe ser indemnizada”¹⁰⁴⁵.

Un tercer grupo de casos se refiere a aquellos en que la omisión médica no provoca la muerte, pero sí lesiones graves con secuelas permanentes. En un fallo reciente, un niño sufrió parálisis braquial irreversible como consecuencia de maniobras negligentes durante un parto complicado por distocia de hombros. El tribunal admitió la pérdida de chance, vinculado a las oportunidades vitales frustradas desde el nacimiento¹⁰⁴⁶.

Asimismo, se han configurado pérdidas de chance en el contexto del postparto, particularmente cuando la omisión médica afecta la capacidad reproductiva. Así se resolvió en el caso de una paciente que, tras un sangrado post cesárea, no recibió a tiempo la indicación de una embolización arterial, lo que derivó en un shock hipovolémico y en la necesidad de practicar una histerectomía. El tribunal entendió que se había frustrado una probabilidad concreta de conservar su capacidad reproductiva, reconociendo dicho menoscabo como un daño autónomo y resarcible¹⁰⁴⁷.

No obstante, la jurisprudencia también ha trazado límites en la aplicación del instituto, negando su procedencia cuando el desenlace se explica por factores ajenos a la conducta médica. Así lo resolvió un tribunal ante el fallecimiento de un recién nacido luego de una cesárea urgente, al acreditarse que la paciente no había cumplido con los controles prenatales ni con las indicaciones médicas. En tales circunstancias, se concluyó que no existía una pérdida de chance imputable al actuar profesional¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ CS Chile, 22/05/2018, “Carvacho Arriagada Amalia con Hospital Regional Rancagua (Servicio de Salud O’Higgins)”, rol n.º 43002-2017.

¹⁰⁴⁵ CS Chile, 22/05/2018, “Carvacho Arriagada Amalia con Hospital Regional Rancagua (Servicio de Salud O’Higgins)”, rol n.º 43002-2017, considerando undécimo.

¹⁰⁴⁶ C. Nac. Civ., sala D, 16/12/2024, “R. M. G. y otros c./ Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-154573-AR.

¹⁰⁴⁷ C. Nac. Civ., sala M, 03/09/2024, “B. B. M. L. c./ O. S. U. P. N.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153468-AR.

¹⁰⁴⁸ C. Nac. Civ., sala H, 29/04/2025, “C., E. c./ Obra Social del Personal de la Construcción y otros”, autos n.º 31.023/2015.

En una línea semejante, otro fallo rechazó la indemnización autónoma por pérdida de oportunidad en un caso de severas secuelas neurológicas derivadas de una atención deficiente durante el parto, en que se constató una demora injustificada en la realización de una cesárea pese a signos claros de sufrimiento fetal agudo. La pericia fue concluyente respecto de la incidencia de la omisión profesional en la frustración de una oportunidad razonable de evitar el daño neurológico. Si bien el tribunal coincidió con la instancia inferior en cuanto a la existencia de culpa médica y responsabilidad, adoptó una postura restrictiva frente al reconocimiento autónomo del rubro de chance. Consideró que las secuelas ya se encontraban íntegramente contenidas en la indemnización por incapacidad sobreviniente y que no era posible distinguir con la precisión suficiente qué expectativas adicionales habían sido frustradas, atendida la edad del niño y la magnitud de la lesión¹⁰⁴⁹.

También se ha reconocido la pérdida de chance como daño autónomo en casos en los que la atención obstétrica fue deficiente de forma sistemática. En un fallo ejemplar, el equipo médico desestimó la derivación a un centro de mayor complejidad, a pesar de la existencia de signos claros de sufrimiento fetal y omitió controles esenciales. La niña nació con signos de hipoxia severa y falleció poco después. El tribunal entendió que esa cadena de omisiones privó a la paciente de una probabilidad real de evitar el desenlace fatal, encuadrando el daño en la figura de la pérdida de oportunidad y otorgándole carácter resarcible por sí mismo¹⁰⁵⁰.

En similar sentido, un tribunal chileno al resolver un caso de embarazo de alto riesgo en el que la paciente, con 39 semanas y seis días de gestación, fue derivada desde otro centro asistencial. Pese a la existencia de antecedentes clínicos relevantes, no se adoptaron medidas adecuadas para enfrentar los riesgos detectados: no se suministraron antibióticos, a pesar de conocerse la presencia de estreptococos, ni se contó con la presencia de un obstetra durante el parto, que se realizó sin supervisión especializada. El niño, sano al momento del nacimiento, sufrió secuelas neurológicas irreparables. El tribunal estableció que el daño fue consecuencia directa de una falta de servicio, por haberse omitido tanto el diagnóstico como el tratamiento adecuado y sostuvo que lo

¹⁰⁴⁹ C. Nac. Civ., sala G, 02/11/2023, “R., K. F. y otros c./ Instituto Médico Constituyentes S.A. y otros”, autos n.º 392/2018.

¹⁰⁵⁰ C. Nac. Civ., sala D, 26/06/2019, “M. C. A. y otros c./ P. A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-120070-AR.

indemnizable no era la secuela en sí misma, sino la pérdida de una oportunidad real de evitarla¹⁰⁵¹.

La sentencia fundamentó la existencia del nexo causal en la propia naturaleza de la omisión, destacando que “la exigencia de la actuación del médico obstetra no puede tener otra razón de ser que, precisamente, dar mejores oportunidades de buen éxito al parto, y por ende a la salud de la madre y del hijo que nace”¹⁰⁵². Se configuró así una pérdida de chance basada en la omisión de conductas esperables conforme a los protocolos médicos, atribuyéndose responsabilidad a la institución por haber frustrado una probabilidad concreta de evitar el daño.

La pérdida de chance también ha sido reconocida en contextos ginecológicos no obstétricos, especialmente en situaciones de urgencia. En un caso, una paciente con síntomas de embarazo ectópico fue mal diagnosticada con aborto espontáneo. La omisión de estudios complementarios permitió la progresión del cuadro hasta la ruptura tubaria, con secuelas permanentes en su fertilidad. El tribunal atribuyó responsabilidad al médico y a la institución por no actuar conforme a la *lex artis*, y valoró que la paciente fue privada de una chance concreta de recibir tratamiento oportuno. La probabilidad de evitar el daño fue estimada pericialmente en un 80 % y la indemnización se fundó en la frustración de esa expectativa razonable, no en el resultado consumado¹⁰⁵³.

En otro fallo, la justicia mendocina responsabilizó a un ginecólogo por no detectar a tiempo un embarazo en una paciente con DIU, lo que impidió el retiro del dispositivo y concluyó con la muerte fetal. El daño no se centró en el resultado final, sino en la pérdida de una probabilidad concreta de desarrollar una gestación sin riesgos. Además del aspecto físico, se reconoció el daño psicológico derivado de la frustración del proyecto reproductivo. El fallo amplió así el alcance de la pérdida de chance a sus dimensiones patrimoniales y extrapatrimoniales¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ CS Chile, 21/03/2019, “Valdés Rojas Mirxy Paola y otros con Servicio de Salud Aconcagua”, rol n.º 110-2019.

¹⁰⁵² CS Chile, 21/03/2019, “Valdés Rojas Mirxy Paola y otros con Servicio de Salud Aconcagua”, rol n.º 110-2019, considerando undécimo.

¹⁰⁵³ C. Nac. Civ., sala M, 25/06/2021, “M. C. V. c/ O.S.D.E”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-133152-AR.

¹⁰⁵⁴ C. Apel. Civ. Com. Minas Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, sala III, 03/11/2015, “G., M. B. y otro c./ G., J.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/58836/2015.

e. Otros casos

La jurisprudencia ha comenzado a reconocer la aplicación de la pérdida de chance en hipótesis más amplias, en las que el perjuicio no se vincula al estado de salud del paciente, sino a la frustración de una expectativa jurídica legítima: la posibilidad de esclarecer los hechos, acceder a la verdad y activar responsabilidades eventuales.

Un fallo especialmente interesante se refiere al caso de una joven que falleció tras un procedimiento de interrupción legal del embarazo. Sus padres demandaron por daños y perjuicios al hospital y a los profesionales intervinientes, alegando que la ausencia de autopsia impidió conocer las causas concretas del fallecimiento. Sostuvieron que esta omisión les privó de determinar si existió una actuación negligente, ya que no se practicaron los estudios técnicos indispensables, la historia clínica presentaba inconsistencias y no se conservaron adecuadamente los elementos probatorios del caso.

El tribunal consideró que, si bien no era posible afirmar que un proceder diligente habría evitado la muerte, sí se configuraba una pérdida de oportunidad de comprobar si hubo responsabilidad médica. La falta de autopsia impidió activar con rigor el proceso de esclarecimiento técnico y judicial del deceso, frustrando así una expectativa legítima de acceso a la verdad.

La Corte entendió que ese déficit generó un daño autónomo, distinto del resultado fatal. El perjuicio resarcible no residía en la muerte misma, sino en la imposibilidad de reconstruir adecuadamente su causa mediante los instrumentos que el propio sistema médico y jurídico dispone para ello. Se trata en definitiva, de una chance procesal frustrada, que limita no solo el derecho a litigar eficazmente, sino también el de construir memoria y duelo desde certezas mínimas¹⁰⁵⁵.

2. El azar está relacionado con la víctima

¹⁰⁵⁵ C. Apel. Cont. Admin. Trib. Ciudad Autónoma de BA, sala I, 05/03/2020, “C.N.C. c./ G.C.B.A y otros”, con nota al fallo de Tagliani, María Soledad, pp. 49-58, RDF 2021-I, p. 49, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3943/2020.

Existen situaciones en que la incertidumbre que rodea el resultado frustrado no proviene de la conducta de terceros ni de decisiones adoptadas por órganos evaluadores, sino que se origina en las condiciones objetivas del contexto en que se desenvuelve la propia víctima. En estos casos, el azar es externo en cuanto escapa al control voluntario de la víctima, pero está estrechamente relacionado con su realidad concreta: no depende de una elección libre, pero se configura dentro de las circunstancias que le son propias.

La edad del hijo que fallece, su desempeño académico o deportivo, la estabilidad del entorno familiar, las redes de apoyo afectivo o social, el nivel educacional de los progenitores o su trayectoria laboral: todos estos elementos constituyen datos objetivos que permiten proyectar, con un grado razonable de probabilidad, ciertas oportunidades futuras. No han sido elegidos por la víctima, pero inciden directamente en el desarrollo de sus expectativas y forman parte de su entorno inmediato.

En este tipo de casos, que denomino azar contextual, la probabilidad se construye sobre hechos observables y verificables, que sin la conducta antijurídica del tercero podrían haberse traducido en un curso distinto de acontecimientos. No estamos ante una conjetura ni ante una ilusión, sino ante una probabilidad fundada, que surge de condiciones personales, sociales o económicas concretas. La víctima no participa en una elección, como en el azar subjetivo, pero su experiencia se desarrolla en un marco que permite anticipar razonablemente ciertos resultados.

A diferencia del azar subjetivo, que requiere un acto de voluntad o de la resolución de un tercero imparcial, el azar contextual no nace de una decisión ni de un juicio que realiza otro sujeto. Se trata de una expectativa que surge del propio devenir de la persona y que resulta interrumpida por la acción u omisión de otro.

Esta distinción es importante pues permite desplazar el centro del análisis: ya no se trata de exigirle a la víctima que demuestre por qué no alcanzó un determinado resultado, sino de constatar que se encontraba razonablemente encaminada a ello y que fue una conducta ajena la que frustró ese camino. Lo que se indemniza no es un intento fallido, sino la interrupción injustificada de una expectativa concreta, fundada en un conjunto de circunstancias personales que, sin el hecho dañoso, habrían permitido un desenlace más favorable.

A continuación, tratare en primer lugar el azar en el ámbito contractual (2.1), la pérdida de oportunidad por prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal (2.2) y la pérdida de chance por falta de ayuda futura (2.3).

2.1. El azar en el ámbito contractual

En el ámbito de los negocios siempre existe un margen inevitable de incertidumbre. Esta incertidumbre está presente desde las primeras negociaciones, continúa a lo largo del desarrollo de los contratos y alcanza incluso a las relaciones entre competidores. Frente a esta realidad, ciertas conductas ilícitas pueden provocar la pérdida de oportunidades económicas legítimas, generando un daño que debe ser reparado por quien las ha cometido.

Lo que se indemniza en estos casos es precisamente la oportunidad perdida y no el resultado final que se habría obtenido, ello porque la consecuencia económico depende necesariamente de diversos factores externos, tales como la dinámica entre la oferta y la demanda, el comportamiento imprevisible de otros agentes del mercado o la variabilidad de los precios, por lo que no está nunca por completo bajo control del afectado; al contrario, está condicionado por elementos propios del mercado que escapan a su dominio.

Sin embargo, a diferencia del azar contextual puro, donde la víctima se encuentra completamente al margen de los factores inciertos que condicionan el resultado (como ocurre en el caso de ciertas enfermedades o fenómenos naturales), el azar comercial presenta una modalidad intermedia. Aquí, la víctima participa activamente en el entorno azaroso —negocia, produce, invierte, compite—, pero no lo domina, ya que el desenlace económico depende de variables ajenas como el comportamiento del mercado, las decisiones de terceros y la dinámica competitiva. Se trata, por tanto, de un azar contextual relacionado con la víctima, donde su intervención es real pero insuficiente para garantizar el resultado.

A continuación trataremos el caso de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad precontractual (a), pérdida de oportunidad por incumplimiento de contrato (b) y la pérdida de oportunidad por prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal (c).

2.1.1. Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad precontractual

La celebración de un contrato no ocurre de manera repentina ni aislada: es, por definición, el resultado de un proceso. En ese proceso de negociación, coexisten la incertidumbre propia de toda decisión futura con la progresiva consolidación de expectativas legítimas. A medida que las tratativas se desarrollan, las partes, con base en el principio de buena fe, comienzan a confiar en que el acuerdo será posible. Esa confianza, que en sus inicios puede ser apenas una esperanza, se transforma en una expectativa jurídicamente relevante cuando está fundada en signos objetivos.

Es cierto que en esta etapa aún no existe un vínculo contractual que obligue a las partes a celebrar el contrato. Sin embargo, esto no significa que puedan comportarse de manera caprichosa ni antojadiza. Esto implica que si cualquiera de ellas decide de manera abrupta, intempestiva o injustificada poner fin a la negociación sin justificación, ello puede significar un daño para la otra parte¹⁰⁵⁶: puede ser que haya tomado decisiones sobre la base de una conclusión del contrato —renunciando a otras ofertas, realizando gastos, comprometiendo recursos o tiempo¹⁰⁵⁷—. Por eso, aunque no haya un derecho al contrato, tampoco existe solamente una esperanza, sino que hay una oportunidad jurídicamente apreciable. Si “a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, se causa daño al precontratante, se genera la obligación de resarcir dicho perjuicio”¹⁰⁵⁸.

El daño es indemnizable porque una de las partes, confiando legítimamente en la seriedad de las negociaciones y convencida, con bases objetivas, de que el contrato se concretaría, renuncia a otras ofertas, realiza gastos preliminares o compromete recursos relevantes. La ruptura injustificada de las tratativas afecta algo más que la expectativa de contratar: provoca la frustración de oportunidades concretas y valiosas, sacrificadas por la confianza depositada en la negociación¹⁰⁵⁹. Así lo ha reconocido la jurisprudencia¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ CS Chile, 12/04/2012, “Urrea Fuentes Cristian con Corpbanca”, rol n.º 218-2011, considerando decimotercero.

¹⁰⁵⁷ Hersalis (2020b).

¹⁰⁵⁸ Brebbia (1987), p. 96.

¹⁰⁵⁹ San Martín (2013), p. 322.

¹⁰⁶⁰ C. Nac. Civ., sala C, 30/04/2010, “Gómez, María de los Ángeles c./ Cordis S.A y otro”, LL online, cita digital: AR/JUR/21725/2010.

La chance que se pierde en estos casos debe ser valorada por sí misma, aunque su concreción futura sea incierta. Esto se traduce en que la reparación no debe equivaler al beneficio hipotético que podría haber implicado el contrato, sino por el valor mismo de la oportunidad frustrada. No se trata de reconstruir una realidad que no existió, sino de reconocer que esa realidad pudo haberse producido y que, por culpa ajena, no ocurrió.

Existen precedentes que no siempre han comprendido de manera clara esta distinción. Por el contrario, han confundido la pérdida de una chance con la indemnización del beneficio económico que el contrato habría generado en caso de haberse celebrado. Un ejemplo es el de un fallo en el que el análisis se hace como pérdida de chance, pero luego, indemniza como lucro cesante. Esa solución resulta inadmisibles, ya que identifica erróneamente la chance con el resultado esperado, desvirtuando por completo el concepto¹⁰⁶¹.

El principio de reparación integral implica que el juez debe valorar la oportunidad perdida y, en función de ello, determinar una compensación que no niegue la incertidumbre, ni la banalice. Pero, como ya lo ha dicho la mejor doctrina, incluso una chance frustrada, cuando es real y atribuible a un actuar reprochable, merece respuesta del derecho¹⁰⁶².

2.1.2. Pérdida de oportunidad por incumplimiento de contrato

El incumplimiento de un contrato, naturalmente, puede provocar daños a la contraparte. Entre ellos, es habitual que se alegue la pérdida de beneficios económicos que razonablemente se habrían obtenido si el contrato se hubiese ejecutado conforme a lo pactado. Esa pérdida suele motivar una acción indemnizatoria fundada en la responsabilidad contractual.

¹⁰⁶¹ CA Stgo, 10/06/2019, “Gestión Ecológica de Residuos S.A c./ Municipalidad De Huechuraba”, rol n.º 5895-2018. Otro caso es el de la CA Rancagua, 22/11/2019, “Constructora e Inmobiliaria Porvenir S.A. c./ Comité de Vivienda Villa San Antonio”, rol n.º 213-2019. En este, el daño que se indemniza es la pérdida de oportunidad, que lo estima como un valor parcial respecto de la ventaja esperada; pero luego, en lo resolutivo otorga suma por lucro cesante. También ver: CA Stgo, 23/11/2022, “Galeano c./ Express de Santiago Uno S.A”, rol n.º 16850-2019. CA Stgo, 14/08/2023, “Alejandra Rodríguez Asesorías y Estudios en Proyectos de Desarrollo E.I.R.L.c./ Servicio Nacional de T”, rol n.º 7344-2020, entre otros.

¹⁰⁶² Barrientos Zamorano (2008), p. 115.

Sin embargo, no siempre es sencillo acreditar el vínculo entre el incumplimiento y el resultado económico que se alega haber perdido. Cuando lo que se reclama es el beneficio completo que se esperaba alcanzar, suele aparecer un obstáculo difícil de sortear: la ausencia de un nexo causal adecuado. Es que muchas veces la obtención de esa ganancia dependía de una serie de circunstancias posteriores, inciertas y ajenas al contrato incumplido. El derecho no puede extender la causalidad hasta lo puramente hipotético.

Es justamente allí donde la pérdida de chance encuentra su lugar. No se trata de reparar el beneficio frustrado —cuyo monto nadie podría asegurar—, sino de reconocer el daño que representa haber perdido una oportunidad real y seria de alcanzarlo. Esta diferencia resulta esencial: permite sortear la barrera probatoria sin renunciar a la función resarcitoria. Frente a la imposibilidad de exigir certezas absolutas, el derecho protege expectativas legítimas, cuando han sido ilegítimamente frustradas.

No es lo mismo perder una ganancia que ser privado de una oportunidad real de alcanzarla. El lucro cesante requiere probar con alto grado de probabilidad la pérdida de un ingreso que, de no mediar el hecho dañoso, se habría producido. En cambio, la pérdida de la chance solo requiere acreditar una probabilidad razonable.

La jurisprudencia ha sido clara en este punto. Así, por ejemplo, en un caso en que un taxista sufrió el incendio de su vehículo, el tribunal debió pronunciarse sobre la indemnización por lucro cesante reclamada a la compañía de seguros. Si bien el actor no logró acreditar, mediante registros contables, cuál era su ingreso habitual, sí pudo demostrar que, mientras el vehículo estuvo fuera de circulación, se vio privado de una oportunidad concreta y valiosa de generar ingresos¹⁰⁶³.

Por todo esto, puedo afirmar con seguridad que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la pérdida de oportunidad cumple una función eminentemente resarcitoria. No se repara el resultado que pudo haberse alcanzado, sino la privación de una expectativa valiosa, que merecía protección jurídica. Esa chance, cuando es concreta y acreditable, se

¹⁰⁶³ C. Nac. Civ., sala E, 02/10/2015, “Traverso, Gustavo c./ Orbis Compañía Argentina de Seguros S.A. y otro” Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-95570-AR. En sentido similar: C. Nac. Civ., sala C, 12/09/2017, “Automóviles Surauto S.A. c./ Honda Motor de Argentina S.A”, autos n.º 21221/2008/4/CA3. El tribunal distinguió con claridad el lucro cesante de la pérdida de chance. Afirmó que no podía saberse con certeza cuál habría sido la utilidad que la actora habría percibido, pero sí que existía una expectativa fundada de obtenerla, frustrada por la conducta de la demandada. Por eso, reconoció la chance como un daño autónomo, independiente del perjuicio directo derivado del incumplimiento contractual.

convierte en un daño actual, aunque su contenido esté impregnado de una cuota inevitable de incertidumbre.

Así lo ha reconocido también la jurisprudencia en otras hipótesis. Se ha admitido la indemnización por pérdida de chance en favor de una empresa que no pudo inaugurar su centro médico en la fecha prevista, debido al incumplimiento en la entrega de un generador eléctrico¹⁰⁶⁴. Aunque no se acreditaron ingresos específicos que se hayan dejado de percibir, sí se probó que la actividad pudo haberse iniciado en condiciones normales, con expectativas razonables de utilidad. La frustración de esa posibilidad fue considerada, como un daño cierto que merece ser reparado.

En otro caso, un inversionista se vio impedido de arrendar sus unidades habitacionales debido a la omisión prolongada de la conexión eléctrica por parte de la empresa prestadora del servicio. No existía prueba de contratos concretos frustrados, pero sí una base objetiva —informes técnicos y testimonios— para concluir que existía un daño real consistente en la oportunidad razonable de obtener un rédito¹⁰⁶⁵.

En definitiva, la pérdida de chance en la responsabilidad contractual permite ajustar la función resarcitoria a la realidad de los hechos. No se exige certeza absoluta, pero tampoco se toleran conjeturas sin sustento. Se trata de reparar, con prudencia, una expectativa legítima que ha sido frustrada por un hecho antijurídico. Así entendida, la categoría se convierte en una herramienta útil para satisfacer el principio de reparación integral, sin desbordar los límites del nexo causal ni exigir pruebas imposibles.

a. La existencia de la chance

Antes de preguntarse cuánto valía la oportunidad perdida, el juez debe interrogarse sobre algo más elemental: ¿existía realmente esa oportunidad? El primer paso, ineludible, es

¹⁰⁶⁴ C. Apel. Civ. Com. Lomas de Zamora, 04/12/2023, “Medina María Isabel c./ Salvatela S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-147956-AR.

¹⁰⁶⁵ C. Fed. Apel. de La Plata, sala III, 23/04/2021, “Terenziani, Santiago Leonardo c./ Empresa Distribuidora Sur S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132373-AR. Durante más de tres años, el actor —inversionista que había concluido la construcción de un inmueble destinado al alquiler— se vio impedido de conectarse a la red eléctrica, no obstante haber cumplido íntegra y oportunamente con todos los requerimientos legales, contractuales y administrativos exigidos.

determinar si la chance invocada por la víctima era real o si se trataba apenas de un deseo, de una expectativa sin sustento.

Claro que esa probabilidad debe acreditarse. No basta con una afirmación genérica ni con una esperanza. Para que exista una chance jurídicamente indemnizable, es necesario demostrar de forma objetiva, que la posibilidad frustrada tenía fundamentos reales. No cualquier ilusión comercial puede ser transformada en un daño resarcible. El juez debe mirar el caso concreto y preguntarse si, según el curso ordinario de las cosas, ella entidad para convertirse, con un margen razonable de probabilidad, en un resultado favorable¹⁰⁶⁶.

Los tribunales argentinos han sido claros en este punto: “la indemnización por pérdida de chance no se basa en la pérdida de un beneficio concreto ya garantizado, sino más bien en el valor intrínseco de la oportunidad que existía. Para que se considere resarcible, es necesario demostrar que había una probabilidad suficiente de que la oportunidad se convirtiera en un beneficio”¹⁰⁶⁷.

Esta línea ha sido sostenida con consistencia. En un caso, se promovió una demanda por daños y perjuicios contra un artista, por el supuesto incumplimiento de un acuerdo verbal mediante el cual los actores afirmaban haber asumido tareas vinculadas a su representación artística, producción discográfica y enseñanza vocal. Alegaban haber invertido tiempo y esfuerzo en el desarrollo del proyecto y que, ante la ruptura unilateral

¹⁰⁶⁶ C. Nac. Civ., sala A, 04/02/2005, “Ramos, Alfredo c./ Banco Río de la Plata”, JA 2005-II, p. 182.

¹⁰⁶⁷ C. Nac. Civ., sala D, 10/11/2023, “Araujo María Isabel c./ Servicio electrónico de Pago S.A”., LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/153014/2023. En el caso La actora sostenía que había cumplido con sus obligaciones de pago de dos cuotas del préstamo, presentando un recibo para la cuota n.º 7, pero no uno para la cuota n.º 8. Se identificó un error en el proceso de pago, donde la cajera reemitió el recibo de la cuota n.º 7 en vez de expedir uno para la cuota n.º 8. Este error administrativo se convirtió en el eje de la disputa, ya que la actora alegó que la falta de un recibo correspondiente a la cuota n.º 8 había llevado a su inclusión errónea en la base de datos de deudores del sistema financiero, lo que afectó su capacidad para solicitar un nuevo crédito.

La defensa por parte de las demandadas argumentó que no existió mala intención y que la actora no había demostrado que su solicitud de crédito hubiese sido efectivamente rechazada como consecuencia directa de esta situación. El tribunal, al examinar el caso, concluyó que la actora no había presentado pruebas suficientes que confirmaran la pérdida de la oportunidad de acceder a un crédito, además de señalar que las defensas ofrecidas por las demandadas eran insuficientes para sostener el reclamo de indemnización por daño material.

Finalmente, la sentencia absolvió a Servicio Electrónico de Pago S.A. de las acusaciones y condenó a Cordial Cia. Financiera S.A. por su papel en el proceso de gestión. Este caso subraya no solo la importancia del debido manejo de los recibos de pago en el contexto de las relaciones de crédito, sino también la vital relevancia de aportar pruebas sólidas al realizar reclamaciones de indemnización por daños, especialmente en situaciones donde se alega la pérdida de oportunidades crediticias.

del vínculo, perdieron la oportunidad de obtener beneficios económicos derivados de la eventual edición y comercialización de un fonograma.

El tribunal rechazó el reclamo, destacando que no se acreditó ni un lucro cesante cierto ni una pérdida de oportunidad con entidad jurídica para ser resarcida. No existían pruebas de gestiones contractuales concretas con discográficas, ni otros indicios objetivos que permitieran suponer que el proyecto tenía una probabilidad real de éxito. En palabras del fallo, “la chance constituye un daño actual y resarcible solo cuando implica una probabilidad suficiente de ganancia que se ve frustrada por el hecho imputable al demandado”¹⁰⁶⁸.

Esa exigencia probatoria no desaparece cuando el daño se presenta bajo una forma más sutil, como puede ocurrir con la pérdida de oportunidades contractuales. La jurisprudencia ha señalado que, incluso cuando el hecho generador es claro —por ejemplo, la retención ilegítima de equipos de trabajo—, la indemnización por pérdida de chance no procede si no se prueba que existía una probabilidad seria de generar beneficios que el hecho impidió concretar. En este caso, una empresa contratista promovió demanda por cobro de facturas impagas y por los daños derivados de la retención indebida de sus maquinarias, argumentando que ello le impidió cumplir otros compromisos asumidos. Aun cuando el tribunal reconoció la ilegitimidad de la retención, rechazó el reclamo por pérdida de chance: no se había acreditado la existencia de contratos frustrados, ni propuestas rechazadas, ni gestiones concretas que permitieran inferir, con base objetiva, que la empresa perdió una oportunidad real de obtener ingresos¹⁰⁶⁹.

Aunque la pérdida de la chance puede ser “más flexible en su exigencia de certeza, no puede sostenerse en hipótesis o expectativas vagas. El daño eventual no es sinónimo de daño conjetural. La chance, para ser jurídicamente relevante, debe estar anclada en indicios verificables, en una probabilidad razonable y no meramente deseada”¹⁰⁷⁰.

La misma línea argumental fue sostenida por la jurisprudencia en un caso en que una profesora de pintura demandó a una editorial por la publicación de una nota calumniosa que —según alegó— habría dañado su reputación profesional y, con ello,

¹⁰⁶⁸ C. Nac. Civ., sala F, 06/06/2008, “Sabio, Diana María y otro c./ Udaquiola Laport, Rubens Osvaldo”, autos n.º 55.829/2004.

¹⁰⁶⁹ C. Nac. Com., sala A, 27/12/2022, “Pilotes y Anclajes S. R. L. c./ R. C. C. Emprendimientos S.R.L.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-140985-AR.

¹⁰⁷⁰ C. Nac. Com., sala A, 27/12/2022, “Pilotes y Anclajes S.R.L. c./ R.C.C. Emprendimientos S.R.L.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-140985-AR.

frustrado oportunidades económicas vinculadas a la venta de sus obras y a la captación de nuevos alumnos¹⁰⁷¹. Sin embargo, el tribunal rechazó el reclamo, tanto por lucro cesante como por pérdida de chance. No basta con afirmar que, de no mediar el acto lesivo, se habrían producido determinadas consecuencias económicas. Es necesario demostrar, con elementos objetivos, que esa chance tenía entidad propia y un grado razonable de realización.

Así también respecto de una entidad bancaria y a la empresa administradora de cajeros automáticos por la sustracción indebida de una suma de dinero desde una cuenta sueldo, bajo la justificación de un error técnico del cajero. La actora sostuvo que esta situación le impidió disponer de la mitad de su salario mensual, afectando gravemente su economía familiar. Fundó su pretensión indemnizatoria en diversos rubros, entre ellos, la pérdida de chance¹⁰⁷².

El tribunal acogió parcialmente la demanda y reconoció la existencia de un daño moral y psicológico, en atención a la privación concreta de recursos necesarios para la subsistencia. Sin embargo, rechazó la indemnización por pérdida de oportunidad. El motivo fue claro: la parte actora no acreditó de manera suficiente ni la existencia de un proyecto concreto de inversión frustrado, ni la habitualidad en actividades comerciales que permitieran sostener, siquiera en términos probabilísticos, una expectativa razonable de ganancia.

En otro caso, la actora, una sociedad comercial, reclamó daños por la pérdida de chance y daño moral derivados del rechazo erróneo de cuatro cheques por parte del banco demandado. El juzgado de primera instancia atribuyó responsabilidad al banco, pero rechazó la demanda por falta de prueba de los perjuicios alegados. La Cámara confirmó la sentencia.

La chance se basaba por la supuesta frustración de oportunidades comerciales a raíz del actuar culposos del banco. No obstante, tanto en primera instancia como en la alzada, se rechazó ese rubro por falta de prueba suficiente que acreditara una expectativa seria de obtención de un beneficio frustrada por el rechazo de los cheques. La Cámara

¹⁰⁷¹ C. Nac. Civ., sala H, 11/06/2008, “F., P. c./ Editorial Perfil”, LL online, cita digital: AR/JUR/5913/2008.

¹⁰⁷² C. Nac. Apel. Com., sala A, 28/03/2023, “Ojeda Laura Carmen c./ Banco de la Nación Argentina y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-142830-AR.

reiteró que la chance es indemnizable si se demuestra una probabilidad cierta o suficientemente fundada de éxito, lo cual no se logró en este caso¹⁰⁷³.

En todos estos casos, se ha rechazado la pérdida de la chance por no acreditar una probabilidad suficiente. En este sentido, como lo han señalado de manera muy certera los tribunales argentinos: los demandantes no pueden pretender “(...) autor relevarse de la demostración de aquello que le correspondía: acreditar la existencia de la chance y su frustración”¹⁰⁷⁴. La pérdida de la chance no se trata de un daño presumible ni de acreditación imposible, por lo que su falta de prueba torna improcedente el reclamo.

En todo caso, para efectos de acreditarla, pueden utilizarse todos los medios de prueba, tal como se ha señalado:

“Cabe hacer lugar al reclamo indemnizatorio en concepto de pérdida de chance si la declaración testimonial ofrecida es suficientemente elocuente sobre la intención del accionante de utilizar el vehículo que adquiriese como remise, y la misma no ha merecido cuestionamiento alguno en cuanto a su contenido, exhibiendo suficiencia y eficacia en orden al reclamos”¹⁰⁷⁵.

b. La frustración de la chance, el nexa causal

Acreditada la existencia de la oportunidad, el paso siguiente es demostrar que fue frustrada por la conducta antijurídica del demandado. No basta con acreditar que había, en abstracto, una oportunidad: es necesario probar que ella se perdió a causa de un hecho imputable al demandado. En otras palabras, entre el incumplimiento contractual y la frustración de la oportunidad debe existir una relación causal adecuada. De lo contrario, el resarcimiento perdería todo anclaje jurídico y se transformaría en una indemnización de expectativas fallidas.

La pérdida de oportunidad exige del juez un esfuerzo especial de reconstrucción lógica. Si bien no se trata de exigir certeza absoluta, su indemnización debe

¹⁰⁷³ C. Nac. Com. sala C, 25/06/2013, “LM Sistemas Lumínicos S.A. c./ HSBC Bank Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-80852-AR.

¹⁰⁷⁴ C. Apel. Civ. y Com. Morón, sala II, 01/09/2022, “Cassoli Liliana Beatriz y otro c./ Visa Argentina S.A y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-138284-AR.

¹⁰⁷⁵ C. Apel. Civ. y Com. de Azul, sala II, 15/12/2005, “Hernández, Roberto A. c./ Ronconi, Francisco H.”, LL online, cita digital: AR/JUR/8271/2005.

fundamentarse en un hilo conductor coherente entre lo que ocurrió y lo que se alega haber perdido. No se indemniza la frustración en abstracto, sino la privación concreta de una probabilidad que, de no haber mediado el hecho imputable, habría contado con una expectativa razonable de concretarse.

Este ha sido el criterio constante de los tribunales argentinos. Así, en una causa iniciada por una empresa productora contra una entidad bancaria, se discutió la responsabilidad derivada de la demora injustificada en ejecutar las transferencias internacionales previstas en un contrato de leasing, lo que frustró la importación de maquinaria destinada a una nueva línea de producción. El tribunal reconoció que hubo un incumplimiento negligente por parte del banco y admitió la procedencia de la pérdida de chance¹⁰⁷⁶.

Lo interesante de este fallo es que la empresa logró acreditar que el incumplimiento le impidió acceder a oportunidades reales de expansión. No se trataba de una expectativa genérica de crecimiento económico, sino de un proyecto estructurado, con etapas definidas y viabilidad concreta, que quedó trunco por la omisión de su contraparte. El tribunal aplicó, con acierto, los criterios normativos y jurisprudenciales que reconocen la chance como un daño resarcible, siempre que exista un nexo causal adecuado y una probabilidad razonable de concreción del beneficio perdido.

c. Daño moral derivado de la pérdida de chance en la responsabilidad contractual

La pérdida de oportunidad no siempre se manifiesta bajo una forma patrimonial. También puede proyectar efectos en la esfera extrapatrimonial de la persona, sobre todo cuando el contrato incumplido comprometía bienes personalísimos, como la salud, la integridad o la confianza. En esos casos, la chance frustrada puede generar un daño moral, cuya reparación encuentra pleno respaldo en el principio de indemnización integral.

Así, por ejemplo, a propósito de un incumplimiento contractual de recolección y depósito de células madre de cordón umbilical y placenta por parte de un banco privado argentino de almacenamiento de células progenitoras hematopoyéticas. Al respecto, la

¹⁰⁷⁶ C. Nac. Com., sala F, 21/03/2023, “Ensincro S.R.L. c./ Banco Santander Río S.A”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-142852-AR.

sentencia reconoce que la pérdida de oportunidad también puede vincularse a la pérdida de una ganancia o beneficio extrapatrimonial¹⁰⁷⁷.

La actora, diagnosticada con esclerosis múltiple, había contratado ese servicio para preservar células madre del cordón umbilical de su hijo recién nacido, ante la expectativa fundada de que en el futuro, pudieran resultar útiles para terapias regenerativas. Sin embargo, la empresa no entregó el kit de recolección en el momento del parto, lo que frustró por completo la posibilidad de conservar el material biológico.

En relación con la pérdida de una oportunidad, el tribunal acogió la demanda. Si bien reconoce que el almacenamiento de estas células en forma privada, para uso personal o familiar, no constituye una salvaguardia para terapias futuras, si se privó de una chance razonable, fundada en antecedentes médicos y en el progreso de la ciencia, de acceder a terapias potenciales en un contexto de enfermedad grave.

En otros casos, la jurisprudencia también ha advertido que la pérdida de una oportunidad puede dar lugar a una indemnización de tipo extrapatrimonial. Así ocurrió en el supuesto de una afiliada a una obra social que había solicitado la cobertura de una cirugía bariátrica recomendada por su equipo médico para tratar una obesidad mórbida debidamente documentada en su historia clínica¹⁰⁷⁸. Sin embargo, la obra social no solo denegó la cobertura solicitada, sino que además decidió unilateralmente desafiliarla poco tiempo después. Frente a estas circunstancias, la mujer promovió una acción judicial reclamando indemnización por los daños derivados del incumplimiento contractual, entre ellos, la pérdida de un embarazo ocurrido en el período comprendido entre la negativa inicial a la cirugía y la posterior desafiliación.

Se argumentó que la negativa antes referida conllevó la privación de una chance de convertirse en madre, lo que se demostró con la propia evolución médica de la paciente. Si bien no había podido llevar a término ningún embarazo, luego, decidió someterse a la cirugía bariátrica por sus propios medios. Después de esa intervención, logró ser madre dos veces, lo que demostraba la relación existente entre la negativa de la obra social y su oportunidad de ser madre, lo que se demostró fehacientemente con el posterior éxito del tratamiento.

¹⁰⁷⁷ Marrama (2022), comentario al fallo “B., M. P. y otro c./ Matercell S.A”, El Derecho, tomo 298.

¹⁰⁷⁸ C. Nac. Civ., sala G, 16/06/2015, “G. A. del C. c./ O.S.U.P.C. de la Nación”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-87450-AR.

d. La resciliación unilateral del contrato

Resulta muy interesante lo señalado en algunas sentencias respecto a la resolución unilateral del contrato y los potenciales perjuicios que dicha decisión puede acarrear, especialmente cuando se produce de forma intempestiva o sin una causa justificada. A modo de ejemplo, en el caso de una empresa distribuidora de instrumentos médicos que decidió terminar de manera unilateral el contrato de distribución con la productora de dichos elementos. Se ordenó indemnizar la pérdida de la oportunidad, no solo por la falta de preaviso, sino también porque la resolución del contrato privó a la demandante de la oportunidad de recuperar los gastos derivados de la introducción en el mercado y comercialización del producto¹⁰⁷⁹.

De igual manera, se concedió indemnización en concepto de pérdida de la chance de obtener ganancias producida ante la resolución unilateral del contrato de distribución que provocó la frustración de un acuerdo que iba a celebrar la distribuidora con una tercera empresa, el cual incrementaría los réditos de todas las partes, toda vez que se acreditó que la accionada participó en las negociaciones de ese acuerdo, con lo cual tenía conocimiento de su existencia, y, no obstante ello, resolvió el contrato sin causa justificada¹⁰⁸⁰.

Sin embargo, este no siempre ha sido el criterio de la jurisprudencia. Algunos tribunales han entendido que los daños derivados de la rescisión unilateral se encuentran suficientemente cubiertos con la indemnización correspondiente a la falta de preaviso. En esa línea, han rechazado pretensiones por pérdida de chance cuando han considerado que esta se encontraba implícitamente comprendida en el resarcimiento ya otorgado. Por ello, pareciera ser que se trata de un criterio excepcional, que solo prospera cuando se acredita que el perjuicio excede los márgenes propios del preaviso y afecta una oportunidad concreta y demostrable¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁹ C. Nac. Com., sala C, 14/10/2005, “Cordis Corporation c./ Sistemas Médicos SA”, autos n.º 52.169/96.

¹⁰⁸⁰ C. Nac. Com., sala B, 03/09/2007, “Rainly SA c./ Lindsay International Sales Corporation”, Microiuris online, cita digital: MJJ18124.

¹⁰⁸¹ C. Nac. Com., sala C, 28/08/2008, “Cafés Universitarios S.R.L. c./ Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto”, JA, 2008-IV, p. 194.

e. Pérdida de chance en relaciones vinculadas a criptomonedas

La consolidación paulatina de las criptomonedas como forma de patrimonio inmaterial interpela al derecho de daños. Aunque estos activos digitales no tengan curso legal, pueden generar expectativas económicas legítimas y cuando su frustración proviene de un hecho antijurídico, corresponde preguntarse si esa pérdida puede —y debe— ser indemnizada.

La figura de la pérdida de chance ofrece una vía adecuada para dar respuesta a estas situaciones, siempre que el daño consista en una expectativa real, fundada en elementos objetivos y susceptible de valoración.

La doctrina ha comenzado a explorar este terreno¹⁰⁸². Frente al incumplimiento en la entrega de criptomonedas, se han identificado dos situaciones relacionadas con las chances frustradas: el primero, la pérdida de oportunidad de vender en condiciones más favorables, por ejemplo, si entre el momento en que debió realizarse la entrega y el momento en que efectivamente se realizó, el valor de la criptomoneda disminuyó; el segundo, la pérdida de la posibilidad de generar un ingreso mediante el préstamo de esos activos a cambio de una retribución.

Ambas hipótesis, si bien eventuales, pueden dar lugar a reparación conforme al artículo 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación, que contempla la indemnización de daños futuros cuando constituyen una contingencia razonable. Pero no toda esperanza se transforma en un daño resarcible: debe acreditarse que la chance perdida tenía suficiente fundamento y que existió un nexo causal adecuado entre el incumplimiento y la frustración de esa oportunidad.

Lo novedoso no radica únicamente en el objeto de la chance —un activo digital—, sino en la ampliación del régimen de responsabilidad civil a nuevas formas de daño patrimonial. Así como el derecho ha reconocido la indemnización de oportunidades perdidas en contextos más tradicionales —licitaciones, concursos, vínculos contractuales o médicos, también debe estar abierto a proteger las expectativas fundadas vinculadas a bienes intangibles, como los criptoactivos, cuando su frustración sea imputable y esté suficientemente probada.

¹⁰⁸² Lucero y Sabat Martínez (2020).

f. La pérdida de la chance por la errónea inclusión en el registro de deudores

La inclusión indebida de una persona en un registro de deudores morosos, cuando en realidad no lo es, constituye un hecho antijurídico que puede generar diversas formas de daño. En particular, la jurisprudencia ha discutido si tal conducta puede justificar una indemnización por pérdida de oportunidad, cuando se frustra una chance profesional, económica o contractual que, de no mediar la información errónea, razonablemente habría podido concretarse.

La respuesta judicial no ha sido uniforme. En principio, se reconoce que el ingreso injustificado en bases de datos crediticios —como la Central de Deudores del Banco Central o el sistema Veraz— afecta la honra, la tranquilidad y el crédito personal o comercial del afectado¹⁰⁸³. De allí que, con cierta frecuencia, los tribunales reconozcan el daño moral derivado de este tipo de situaciones. Así mismo lo ha reconocido la doctrina al señalar:

“Resulta notorio que la circunstancia de figurar en un registro público o privado como deudor de quien no lo es, es susceptible de causar un daño a cualquier persona normal y honesta en su estado anímico, traducido en una profunda preocupación por la situación en que injustamente se la colocó, o un estado de irritación que afecta su equilibrio emocional, que nadie está obligado a soportar injustamente”¹⁰⁸⁴.

Sin embargo, el resarcimiento por pérdida de chance requiere algo más: no basta con demostrar la existencia del acto ilícito. Es necesario acreditar que dicha conducta frustró una oportunidad cierta, con entidad suficiente, de haber alcanzado un resultado favorable¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 12/12/2018, “Marmól, Carlos Eduardo c./ Banco de la Pcia. De Buenos Aires”, LL online, cita digital: TR LA LEY AR/JUR/79273/2018; C. Apel. Civ. y Com. Rosario, sala I, 22/10/2010, “Mongelli, Mariel B. c./ Banco Macro S.A., LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/70834/2010; C. Nac. Apel. Com., sala D, 15/08/2008, “González, Claudio Néstor c./ Citibank N.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/8729/2008; C. Apel. Civ. y Com. Cont. Admin., 2ª Nom. Río Cuarto, 31/05/2006, “Agrovet S.R.L. y outro c./ Banco Provincia de Córdoba”, LL online, cita digital: TR LALEY 70037398.

¹⁰⁸⁴ Nisnevich (2020), p. 292.

¹⁰⁸⁵ Nisnevich (2020), p. 293.

En efecto, no se trata de indemnizar expectativas hipotéticas ni la pérdida genérica de capacidad crediticia. La chance debe estar fundada en elementos objetivos y verificables, y su frustración debe tener como causa adecuada la conducta del demandado. La exigencia probatoria es, por tanto, rigurosa: se requiere demostrar que el perjuicio invocado excede lo meramente eventual y que la oportunidad frustrada a consecuencia de la inclusión errónea en un registro moroso era real, concreta y con una probabilidad razonable de éxito¹⁰⁸⁶.

Los precedentes que rechazan este rubro son numerosos. En varios de ellos, los tribunales subrayan que la sola afirmación del actor sobre un préstamo denegado o un negocio frustrado no basta. Es necesario acreditar, con un mínimo de precisión, cuál habría sido el beneficio esperado, de qué modo la inclusión en el registro lo impidió y por qué cabe considerar fundada la expectativa. La reparación solo procede cuando la ventaja económica que se esperaba obtener dejó de ser teórica para convertirse en una probabilidad fundada, frustrada por la conducta ilícita del demandado¹⁰⁸⁷.

Así se resolvió, por ejemplo, en el caso “C.P.T. Integral S.A. c/ Banco Santander Río S.A.”, en que la actora alegó haber sido excluida de una licitación pública por haber sido informada erróneamente como deudora. El tribunal reconoció la ilicitud del actuar del banco, pero rechazó la indemnización por pérdida de chance, al entender que la exclusión obedeció, en realidad, a otros incumplimientos propios de la empresa¹⁰⁸⁸.

Del mismo modo, se han rechazado pretensiones basadas en créditos hipotecarios o laborales frustrados¹⁰⁸⁹, cuando el actor no acreditó que la negativa tuviera como causa directa su inclusión indebida, ni que, de no haber mediado dicha inclusión, el crédito o el empleo efectivamente se le habría otorgado¹⁰⁹⁰. La jurisprudencia ha sido clara en exigir

¹⁰⁸⁶ C. Civ. y Com. de Rosario, sala I, 22/10/2010, “Mongelli, Mariel B. c./ Banco Macro S.A., LL online, cita digital: AR/JUR/70834/2010.

¹⁰⁸⁷ C. Civ. y Com. de Rosario, sala I, 22/10/2010, “Mongelli, Mariel B. c./ Banco Macro S.A., LL online, cita digital: AR/JUR/70834/2010; C. Nac. Apel. Com., sala D, 15/08/2008, “González, Claudio Néstor c./ Citibank N.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/8729/2008; C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 12/12/2018, “Mármol, Carlos Eduardo c./ Banco de la Pcia. De Buenos Aires”, LL online, cita digital: TR LA LEY AR/JUR/79273/2018.

¹⁰⁸⁸ C. Nac. Com., sala D, 30/05/2016, “C.P.T. Integral S.A. c/ Banco Santander Río S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-99759-AR.

¹⁰⁸⁹ C. Fed. de Apel. de La Plata, 11/10/2022, “F. M. c./ Telefónica de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-139300-AR.

¹⁰⁹⁰ C. Nac. Civ., sala H, 25/06/2019, “García Brenda Yael c./ AMX Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-120056-AR. En este caso, se abordó la responsabilidad de una empresa de telefonía por haber informado falsamente a una base de datos crediticia que la actora era deudora morosa. El hecho tuvo origen en la falsificación de la firma de la demandante en una solicitud de líneas telefónicas, lo que

que la chance frustrada tenga entidad suficiente y que el nexo causal sea directo y acreditado, no meramente conjetural¹⁰⁹¹.

Por el contrario, se ha admitido el resarcimiento en supuestos en que la afectación de la reputación financiera impidió el acceso a líneas de crédito necesarias para el desarrollo de la actividad habitual de la empresa, frustrando oportunidades comerciales futuras. En uno de estos casos, el tribunal valoró pericial y documentalmente que la inclusión en el registro había generado pérdida de confianza por parte de los proveedores, restricciones crediticias y disminución de ventas¹⁰⁹². En consecuencia, se reconoció la pérdida de chance, considerando la entidad de la probabilidad frustrada y el contexto económico de la actora.

La jurisprudencia ha sistematizado criterios que permiten distinguir entre expectativas genéricas e indemnizables. Ha sostenido, por ejemplo, que corresponde la reparación cuando se acredita que la inclusión errónea impidió el acceso a un crédito para un fin específico y razonablemente alcanzable, como la compra de mercadería para un negocio o el financiamiento de un emprendimiento profesional¹⁰⁹³. En cambio, la indemnización debe rechazarse cuando no se demuestra qué operación fue frustrada, cuál habría sido el beneficio esperado o si en ese contexto el crédito habría sido efectivamente otorgado.

En otras palabras, la carga probatoria impone al actor la obligación de demostrar no solo el acto jurídico, sino que también el daño por pérdida de chance y su nexo causal con el actuar reprochable del demandado. La reparación, en estos casos, no se funda en

dio lugar a la inclusión indebida de su nombre en los registros de la Organización Veraz. La afectada tomó conocimiento de esta situación al ser rechazada en el proceso de evaluación de un crédito hipotecario.

El tribunal revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda y condenó a AMX Argentina S.A. (Claro) a indemnizar el daño moral sufrido por la actora, reconociendo que la empresa, aunque víctima de un fraude, incurrió en una conducta negligente al no ejercer los controles necesarios para verificar la autenticidad de la firma. La inclusión injustificada en los registros de morosidad lesionó el honor, la tranquilidad y la imagen personal de la actora, lo que justificó el resarcimiento. No se admitió, sin embargo, la indemnización por pérdida de chance, al no haberse acreditado suficientemente la existencia de una probabilidad concreta de que el crédito hipotecario hubiera sido efectivamente otorgado

¹⁰⁹¹ C. Fed. de Apel. de La Plata, sala I, 11/10/2022, “F. M. c./ Telefónica de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-139014-AR.

¹⁰⁹² C. Nac. Com., sala B, 29/06/2022, “DISTRISAM SA c./ Banco Santander Río SA”, Diario El Derecho, tomo 299, cita digital: ED-MMMDCXCIII-43.

¹⁰⁹³ C. Civ. de Santa Fe, 15/12/2016, “Montandón, Federico Ariel c. Finanger S.R.L.”, LL online, cita digital: AR/JUR/107820/2016.

lo posible, sino aquello que, con alto grado de verosimilitud, habría sucedido si el hecho antijurídico no se hubiera producido¹⁰⁹⁴.

2.1.3. Pérdida de oportunidad de explotación de un bien raíz

La pérdida de una chance vinculada a la explotación de un bien raíz suele presentarse en contextos en los que un incumplimiento contractual impide al titular del inmueble ejercer con plenitud sus derechos de uso, goce o disposición. En estos supuestos, el daño no radica en la una ganancia cierta que se ha dejado de percibir —como ocurre en el lucro cesante—, sino en la frustración de una posibilidad real y fundada de obtener un provecho económico, cuya concreción se vio impedida por la conducta del deudor¹⁰⁹⁵.

Esa oportunidad frustrada puede manifestarse de distintas maneras: la imposibilidad de alquilar el inmueble, de venderlo, de habitarlo o de destinarlo a un emprendimiento comercial. Cuando esa expectativa se apoya en elementos objetivos — el estado del bien, su ubicación, las condiciones del mercado o gestiones iniciadas—, el derecho reconoce que hay un perjuicio indemnizable. Así lo ha señalado la jurisprudencia al admitir que aun sin prueba concluyente de un resultado final cierto (las ganancias dejadas de percibir), la privación de esa probabilidad razonable puede configurar un daño resarcible.

Desde la doctrina se ha afirmado, en este mismo sentido, que el perjuicio patrimonial derivado de estos casos constituye un daño futuro con un alto grado de

¹⁰⁹⁴ Hay muchos casos en que se ha admitido la indemnización de la chance perdida cuando se ha acreditado la afectación del derecho al acceso al crédito por una indebida inclusión del reclamante en la citada base de datos administrada por el Banco Central de la República Argentina, es decir, cuando se ha probado adecuadamente que el sujeto vio perdida o disminuida la expectativa de disponer del crédito bancario para adquirir algún bien o servicio. Ver: C. Nac. Com., sala D, 29/08/2013, “Amato, Carlos Daniel c./ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A”, LL, 2013- F, p. 438; C. Nac. Com., sala E, 21/09/2007, “Lagorio, José c./ Banco Galicia y Buenos Aires S.A.”, elDial, cita digital: AA4328. C. Nac. Com., sala D, 04/02/2013, “Quiroga Lavié, Humberto c./ Standard Bank Argentina S.A. y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AP/JUR/30/2013; Pero también se ha rechazado el rubro si la prueba de la oportunidad perdida ha sido insuficiente o inexistente, como en los casos: C. Nac. Com., sala D, 04/12/2012, “Alterleib, Miguel Ángel c/ Citibank N.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AP/JUR/4774/2012; C. Nac. Com., sala D, 19/09/2007, “Angelini, Fernando Gabriel c./ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/9023/2007; C. Nac. Com., sala D, 15/12/2006, “Mabromata, Daniel José c./ Lloyds Bank Ltd. S.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/9551/2006, entre otros.

¹⁰⁹⁵ C. de Apel. en lo Cív., Com. y Lab. Reconquista, 24/04/2024, “Godeas Rolando Hernán c./ Aca Salud Pres. Serv. Med. Ltda.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-150952-AR.

probabilidad, pero que aun así, no permite dar por acreditado el resultado final¹⁰⁹⁶. Se agrega que “existe, sin duda alguna, la probabilidad suficiente de que, a raíz del hecho imputable al demandado, el actor haya perdido la chance u oportunidad de dar en locación el inmueble que le es debido”¹⁰⁹⁷; y precisamente por ello— le asiste el derecho a exigir su resarcimiento.

En definitiva, lo que se repara no es la utilidad que finalmente no se obtuvo, sino la pérdida de la oportunidad legítima de alcanzarla. Es un daño con contornos propios, situado entre la certeza del lucro cesante y la mera eventualidad no indemnizable. Su reconocimiento exige una valoración prudente por parte del juez, quien deberá ponderar si existía una verosimilitud suficiente que justifique el resarcimiento. Por eso, la indemnización por chance no sustituye al lucro cesante, ni lo encubre, sino que es indemnizable cuando el resultado no puede probarse, pero sí puede acreditarse, con base objetiva, que hubo una posibilidad cierta de obtenerlo.

a. Supuestos jurisprudenciales de reconocimiento de la chance

La jurisprudencia reconoce que la pérdida de chance constituye un daño autónomo cuando la conducta antijurídica de uno de los contratantes frustra una oportunidad patrimonial razonable del otro. En el ámbito de los bienes raíces, esta figura ha sido acogida en aquellos casos en que el deudor impide ejercer con normalidad los derechos derivados del contrato, afectando el uso, el goce o la disposición del inmueble. Lo que se repara, en estos casos, no es una ganancia cierta dejada de percibir, sino la privación de una posibilidad fundada de haberla obtenido.

i) Devolución defectuosa del inmueble arrendado

¹⁰⁹⁶ Caseaux y Trigo Represas (1987), p. 402.

¹⁰⁹⁷ Caseaux y Trigo Represas (1987), p. 402.

En el caso de *Aca Salud Coop. Ltda.*¹⁰⁹⁸, el locatario restituyó el inmueble en condiciones que impedían su uso o goce inmediato. Aunque el actor reclamó una indemnización por lucro cesante, el tribunal resolvió que no se había probado con certeza que el inmueble se habría alquilado de forma inmediata tras la restitución. Sin embargo, reconoció que existía una probabilidad suficientemente seria de que ello ocurriera. En consecuencia, calificó el daño como pérdida de chance y fijó la indemnización en un porcentaje prudente del valor locativo mensual, atendiendo al carácter real, aunque incierto, de la expectativa frustrada.

Un razonamiento semejante se adoptó en el litigio promovido contra el INADI y el Estado Nacional¹⁰⁹⁹, en que la devolución tardía y en mal estado de un inmueble generó la imposibilidad de explotarlo por varios meses. La pericia técnica acreditó que las condiciones del bien exigían obras de reparación que impedían su explotación locativa en ese periodo. Si bien no se había formalizado ningún contrato de arriendo frustrado, la Cámara entendió que el actor había perdido una oportunidad cierta de obtener ingresos. La sentencia destacó que el perjuicio no consistía en una ganancia específica no obtenida, sino en la frustración de una expectativa patrimonial verosímil, respaldada en hechos concretos como el estado del inmueble y su destino habitual.

ii) Otros casos de daños en el inmueble

La pérdida de oportunidad también ha sido reconocida por la jurisprudencia en situaciones en las que el perjuicio no deriva de un incumplimiento directo de entrega o restitución, sino de afecciones materiales que impiden la explotación económica del bien. Así ocurrió en un caso en que el inmueble del actor resultó severamente afectado por filtraciones y humedades provenientes de cañerías defectuosas ubicadas en una unidad funcional vecina. Aunque no se había formalizado un contrato de locación frustrado, el tribunal tuvo especialmente en cuenta la vocación locativa del bien y el uso económico que el propietario solía asignarle.

¹⁰⁹⁸ C. Apel. en lo Civ., Com.Lab. Reconquista, 24/04/2024, “Godeas Rolando Hernán c./ Aca Salud Pres. Serv. Med. Ltda”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-150952-AR.

¹⁰⁹⁹ C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 18/12/2018, “Mármol, Carlos Eduardo c./ Banco de la Pcia. de Buenos Aires”, LL, 2019-A, p. 218.

Sobre esa base, entendió que la imposibilidad de ofrecerlo en alquiler durante el tiempo necesario para su reparación constituyó una oportunidad real, fundada en elementos objetivos, cuya frustración configuraba un daño patrimonial resarcible¹¹⁰⁰.

iii) Demora en la escrituración o entrega de la posesión

También se han admitido indemnizaciones por pérdida de chance en casos en que el incumplimiento se manifestó en la entrega tardía del inmueble o en la demora en su escrituración. Aun cuando el actor no pruebe que hubiera concretado de inmediato una operación que le hubiera significado ganancias, puede demostrar que se le privó de ejercer de modo pleno los derechos derivados del dominio, como usar, gozar o disponer del bien. Cuando esa frustración se apoya en condiciones objetivas y no en meras aspiraciones, la jurisprudencia ha reconocido que configura una oportunidad legítima cuya pérdida es susceptible de reparación.

En uno de estos precedentes, los compradores, habiendo pagado la totalidad del precio, no recibieron ni la posesión ni la escritura del inmueble. El tribunal concluyó que dicha omisión les había impedido ejercer sus derechos patrimoniales, frustrando una posibilidad cierta de explotación y reconoció que lo resarcible no era una renta no percibida, sino la chance real de haberla obtenido¹¹⁰¹.

Una decisión anterior había seguido el mismo razonamiento en relación con la imposibilidad de alquilar un inmueble entre la fecha pactada para su entrega y el momento en que efectivamente se concretó. Aunque la demanda había sido formulada bajo la categoría de lucro cesante, el tribunal la condujo hacia el ámbito de la pérdida de chance, por entender que lo frustrado no fue una ganancia concreta, sino la posibilidad razonable de obtenerla, impedida por el incumplimiento¹¹⁰².

Del mismo modo, se ha admitido la responsabilidad contractual en un caso relativo a la entrega incumplida de una cochera, cuya posesión había sido acordada en el

¹¹⁰⁰ C. Nac. Civ., sala G, 13/06/2018, “G. E. A. y otro c./ C. E. C. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-112299-AR.

¹¹⁰¹ C. Nac. Civ., sala H, 17/10/2016, “Zonenfeld c./ Construcciones Potosí 4013 S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102332-AR.

¹¹⁰² C. Nac. Civ., sala M, 12/09/2005, “Miguel, Fernando A. c./ Grupo BCN España S.A.”, LL, 2006-E, p. 380.

contrato. El actor había solicitado una indemnización por lucro cesante, que fue rechazada por falta de prueba de una renta cierta. Sin embargo, el tribunal reconoció que existía una probabilidad seria y fundada de que el bien pudiera ser alquilado, y calificó el daño como pérdida de chance. La Cámara subrayó que, cuando no es posible probar con certeza el resultado, pero sí la existencia de una expectativa legítima basada en condiciones objetivas, corresponde reparar esa chance, sin exigir un contrato de locación frustrado ni una ganancia matemática¹¹⁰³.

Incluso, en otro caso, se reconoció la procedencia de la pérdida de chance frente a un incumplimiento diverso: la demora injustificada de una empresa proveedora de energía en conectar a la red eléctrica los locales y departamentos construidos por el actor. A pesar de haber cumplido con todos los requisitos necesarios y haber efectuado reiterados reclamos, la conexión no se produjo sino luego de más de tres años. El tribunal razonó que la imposibilidad de alquilar los inmuebles durante ese lapso, en condiciones adecuadas, representaba una oportunidad legítima perdida, ya que el suministro eléctrico era indispensable para su explotación. En lugar de exigir prueba de la ganancia dejada de obtener, se consideró suficiente acreditar la probabilidad de que hubieran sido arrendados, frustrada por el incumplimiento del proveedor¹¹⁰⁴.

iv) Resolución intempestiva de contratos de concesión

Hay supuestos más complejos en los que la frustración de la oportunidad no deriva del estado físico del inmueble, sino de la interrupción intempestiva de relaciones contractuales sostenidas en el tiempo. Así ocurrió en el caso *Grupo Pílares S.R.L. c/ Cencosud S.A.*¹¹⁰⁵, en el que la actora —concesionaria de locales comerciales— vio terminada unilateralmente su posibilidad de continuar con la explotación. Aunque no logró demostrar con exactitud los beneficios que habría percibido, acreditó la existencia de una actividad comercial regular, una clientela establecida y condiciones que hacían previsible la continuidad de los ingresos. A la luz de esos elementos objetivos, el tribunal

¹¹⁰³ C. Apel. Civ. Com. La Plata, sala II, 07/04/2020, “López Lucas Alberto c./ Altinium S.A.”, autos n.º 126946.

¹¹⁰⁴ C. Fed. Apel. La Plata, sala III, 23/04/2021, “Terenziani Santiago Leonardo c./ Empresa Distribuidora Sur S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132373-AR.

¹¹⁰⁵ C. Nac. Com., sala C, 24/06/2014, “Grupo Pílares S.R.L. c/ Cencosud S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-88980-AR.

reconoció la pérdida de chance como un daño autónomo, indemne incluso de una demostración acabada del resultado económico frustrado. La indemnización no se apoyó en la certeza de la ganancia perdida, sino en la razonabilidad de una probabilidad cuya realización fue cercenada por el obrar del otro contratante.

b. Supuestos de rechazo de la indemnización por falta de prueba suficiente

No toda expectativa insatisfecha da lugar a una reparación. Para que la pérdida de una chance sea indemnizable, se requiere algo más que una simple conjetura: debe haber indicios objetivos que la tornen verosímil. El solo incumplimiento contractual no basta por sí mismo para transformar una expectativa en daño resarcible.

En un caso, el propietario de un departamento afectado por filtraciones provenientes del piso superior sostuvo que esa situación le había impedido arrendar la unidad. Aunque el deterioro fue tenido por cierto, el tribunal desestimó el reclamo por pérdida de chance, señalando que no se aportaron elementos mínimos que acreditaran gestiones efectivas para su arriendo, tratativas frustradas o interesados que se hubieran alejado por el mal estado del inmueble. La única constancia era una autorización para alquilar, insuficiente —según el fallo— para afirmar que la posibilidad de renta era algo más que una expectativa subjetiva¹¹⁰⁶.

Algo similar ocurrió en una causa en que las filtraciones provenían de obras no autorizadas realizadas en el balcón de la unidad superior, entre ellas la instalación de un jacuzzi sin verificación técnica. Aunque el tribunal responsabilizó a la propietaria por los daños, rechazó el resarcimiento por pérdida de chance por falta de prueba sobre la posibilidad concreta de alquiler. La inexistencia de indicios objetivos —como ofertas, negociaciones iniciadas o respuestas de posibles interesados— impidió configurar un perjuicio jurídicamente relevante¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁶ C. Nac. Civ., sala H, 25/09/2019, “García Brenda Yael c./ AMX Argentina S.A”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-120056-AR.

¹¹⁰⁷ C. Nac. Civ., sala F, 02/10/2016, “Cuturello Horacio Daniel c./ Consorcio de Prop. Av. del Libertador 5154/56 y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-101685-AR.

También se ha desestimado un reclamo por pérdida de chance fundado en la venta de un inmueble sin las habilitaciones necesarias para el desarrollo de actividades comerciales. Si bien se reconoció el incumplimiento del vendedor, la actora no acreditó gestión alguna tendiente a iniciar la explotación del bien ni a regularizar su situación. Su pasividad contribuyó a agravar la imposibilidad de uso. El tribunal optó por restituir una parte del precio pagado, descartando la existencia de una oportunidad legítima perdida¹¹⁰⁸

En otro caso, el propietario alegó haber perdido la oportunidad de vender o alquilar su inmueble por deficiencias estructurales imputables al consorcio. Aportó pruebas sobre la colocación de carteles y la intervención de una inmobiliaria. Sin embargo, el tribunal observó que no existía un vínculo claro entre el estado del inmueble y el fracaso de alguna operación específica. La cadena causal entre el incumplimiento y la chance invocada no pudo ser establecida¹¹⁰⁹.

Estas decisiones no niegan la existencia de la figura, pero recuerdan su exigencia jurídica. La pérdida de una chance no se identifica con el deseo frustrado ni con la esperanza frustrada: exige una existencia real, objetivamente fundada, cuya concreción se vio impedida por el obrar antijurídico del otro. Cuando esta probabilidad no se acredita de forma mínima, el derecho no reconoce un perjuicio, por fidelidad a la idea de reparación fundada en hechos, no en suposiciones.

c. Criterios comunes de admisibilidad

A partir de la jurisprudencia reseñada, se pueden identificar ciertos criterios que se repiten cuando se trata de admitir —o rechazar— la indemnización por pérdida de chance en materia de explotación de bienes raíces. No se trata de reglas rígidas ni de un catálogo cerrado, pero sí de orientaciones que reflejan un esfuerzo por equilibrar, con prudencia, el principio de reparación integral con las exigencias propias de la prueba del daño.

¹¹⁰⁸ C. Nac. Com., sala A, 22/05/2014, “D. R., F. y otro c./ Federación Sindicatos Unidos Petroleros”, LL online, cita digital: AR/JUR/35089/2014.

¹¹⁰⁹ C. de Apel, Civ. y Com. Azul, sala II, 11/09/2008, “Sucesores de Pedro Pennacchio c./ Consorcio de Copropietarios Donovan y Autopista Ricchieri Tapiales Pba”, LL online, cita digital: AR/JUR/16209/2008.

i) Existencia de un incumplimiento contractual relevante

El punto de partida es siempre el incumplimiento. No cualquiera, uno lo suficientemente grave como para haber afectado de manera sustancial el uso, goce o disposición del inmueble por parte del acreedor. No se trata, entonces, de cualquier irregularidad, sino de una conducta que impida ejercer los derechos que el contrato confería: una restitución defectuosa, una entrega tardía, la falta de escrituración o la omisión de condiciones habilitantes para su explotación —como autorizaciones comprometidas o infraestructura esencial—. Lo relevante además de la conducta negligente es su efecto real sobre la aptitud del bien para generar el provecho esperado.

ii) Nexo causal entre el incumplimiento y la chance perdida

No es suficiente acreditar, de un lado, el incumplimiento del contrato, y del otro, la existencia de una expectativa que no llegó a realizarse. Para que la pérdida de chance sea indemnizable, es necesario establecer un nexo entre ambos extremos. La conducta del deudor debe aparecer como causa de la frustración. Es decir, debe poder afirmarse que, de no haber mediado el incumplimiento, la posibilidad de obtener el beneficio invocado se habría mantenido abierta.

No se exige probar que el resultado era seguro, pero sí que la frustración fue consecuencia del incumplimiento. El nexo causal no se construye sobre conjeturas, sino sobre una relación lógica entre lo que se dejó de intentar y el obstáculo que lo impidió. Si la oportunidad se perdió por causas independientes, por factores externos al contrato o por decisiones atribuibles al propio acreedor, el sistema no impone al deudor la carga de indemnizar.

En este sentido, la jurisprudencia ha sido constante al exigir que la chance frustrada no sea atribuible a una multiplicidad de causas indeterminadas. La responsabilidad requiere, como mínimo, que el incumplimiento haya tenido una incidencia suficiente para explicar la imposibilidad de ejercer los derechos comprometidos o alcanzar el beneficio previsto. Solo así puede hablarse de un daño resarcible.

iii) Base probatoria objetiva y suficiente

La pérdida de chance exige una prueba distinta a la del lucro cesante. No se trata de demostrar cuánto se habría ganado con certeza, sino de ofrecer un mínimo de sustento objetivo que permita afirmar que existía una probabilidad razonable de obtener el beneficio frustrado. Esa probabilidad no se presume: debe construirse sobre hechos.

Gestiones iniciadas, publicaciones de arriendo, contactos con interesados, informes técnicos sobre la aptitud del inmueble, pericias de valor locativo o antecedentes de su explotación anterior pueden ser elementos suficientes. No se exige que la oportunidad haya sido segura, pero sí que haya sido seria y fundada. Lo meramente hipotético no alcanza.

Estos criterios cumplen una función de orden: evitan que el concepto de chance se transforme en un refugio para todo reclamo incierto. Al exigir un mínimo de verosimilitud, el derecho protege tanto al acreedor que pierde una posibilidad real, como al deudor frente a pretensiones construidas sobre expectativas vagas. Lejos de debilitar la seguridad jurídica, esta figura la refuerza cuando se aplica con prudencia y rigor.

iv) Función delimitadora de la indemnización por chance

La indemnización por pérdida de oportunidad no reemplaza al lucro cesante, ni pretende suavizar sus exigencias probatorias. Cumple otra función: permite reconocer el daño cuando el resultado final no puede probarse con certeza, pero sí puede acreditarse que había una probabilidad suficiente de obtenerlo. Se sitúa, por eso, en una zona intermedia: no se repara una ganancia asegurada, pero tampoco se desconoce la frustración de una expectativa legítima.

En materia de bienes raíces, esta función se vuelve especialmente visible. A menudo, quien sufre un incumplimiento no logra demostrar que habría alquilado, vendido o explotado el inmueble con éxito. Pero sí puede probar que existía una aptitud del bien como que se habían iniciado gestiones, que el mercado ofrecía condiciones favorables o que existían antecedentes de uso que hacían verosímil la expectativa. En esos casos, exigir

una prueba acabada del resultado sería desproporcionado. Pero negar toda reparación equivaldría a tolerar que el incumplimiento quede sin consecuencias.

La chance opera entonces como un criterio de equilibrio. No otorga lo que no puede probarse, pero tampoco ignora lo que, sin ser seguro, tenía fundamentos sólidos. Por lo mismo, repara de manera íntegra la oportunidad real de haberlo alcanzado, ponderada según su grado de probabilidad. Y lo hace sin rigidez, con mesura, ajustándose al caso concreto.

Reconocer esta figura no solo protege un interés económico. También resguarda una dimensión de la autonomía: la libertad de decidir cómo usar un bien, cómo disponer de él, cómo proyectar su aprovechamiento. Cuando esa libertad se ve restringida por la conducta de otro y hay razones objetivas que lo justifiquen, el derecho debe ofrecer una respuesta. La pérdida de chance es, en este punto, una herramienta útil y justa. No exige certezas imposibles, pero tampoco admite conjeturas sin base. Ofrece, en su lugar, una forma razonable de reparar.

d. Síntesis

La pérdida de oportunidad vinculada a la explotación de un bien raíz muestra con claridad cómo el derecho de daños ha debido ampliar sus márgenes para no quedar ajeno a situaciones en las que el perjuicio existe, pero no se presenta bajo las formas tradicionales. No hay una ganancia concreta frustrada, pero sí una oportunidad real de haberla alcanzado, que fue impedida por el incumplimiento de otro; y esa probabilidad, cuando es verosímil y está fundada en datos objetivos— merece una respuesta jurídica.

Cuando el titular de un inmueble no puede usarlo, arrendarlo, venderlo o disponer de él como había legítimamente previsto, no se le niega solo una utilidad económica. Se le impide ejercer una forma de autonomía que el ordenamiento protege. El daño, entonces, no es solo patrimonial: alcanza también la esfera de las decisiones que cada persona puede tomar sobre sus bienes.

Frente a estas situaciones, la jurisprudencia ha ido delineando criterios que permiten reconocer la chance como un daño autónomo. Se exige más que una expectativa subjetiva. Se requiere un sustento objetivo, una probabilidad razonable, una vinculación

clara con el incumplimiento. No es necesario demostrar un resultado asegurado, pero sí que la oportunidad tenía fundamentos reales. Solo entonces la reparación se justifica.

En este sentido, la indemnización por chance no reemplaza al lucro cesante, ni relaja sus exigencias. Actúa cuando ese daño no puede acreditarse con precisión, pero la realidad muestra que hubo algo más que una conjetura. Es, por eso, una herramienta útil para mantener la coherencia del sistema de responsabilidad civil: repara cuando corresponde, pero sin ceder ante lo meramente hipotético.

La chance, bien comprendida, no es un atajo, sino una vía razonable. Permite reparar aquello que no fue una pérdida consumada, pero sí una oportunidad legítima truncada por la conducta de otro. Reconocerla es, en definitiva, una forma de hacer justicia allí donde el daño no puede medirse con exactitud, pero sí con prudencia y sentido de realidad.

2.2. La pérdida de oportunidad por prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal

En los sistemas de libre mercado, los precios, las condiciones de acceso y las posibilidades de obtener beneficios se definen por la interacción entre la oferta y la demanda. Sin embargo, este equilibrio puede verse distorsionado por conductas que alteran ilegítimamente las reglas del juego, como las prácticas anticompetitivas o los actos de competencia desleal. Cuando esto sucede, puede perderse la oportunidad de obtener ingresos que, de otro modo, habrían sido razonablemente alcanzables. En estos casos, la pérdida de oportunidad se presenta como un instrumento jurídico apropiado para compensar el daño.

Las oportunidades frustradas en estos contextos no se deben a decisiones del propio afectado ni de terceros, sino a factores externos vinculados a la conducta ilícita de quienes falsean las condiciones del mercado. Por eso, su análisis se enmarca dentro del azar contextual. No se trata de una oportunidad perdida por falta de mérito o por malas decisiones, sino por una alteración ilegítima del entorno competitivo que impidió desarrollar una actividad económica en condiciones normales.

Aunque, desde el punto de vista jurídico, las prácticas anticompetitivas y los actos de competencia desleal responden a finalidades distintas —las primeras resguardan el interés público y las segundas tutelan al competidor individual frente a agresiones específicas—, ambas comparten una misma estructura en lo que respecta al daño causado: impiden competir en el mercado en igualdad de condiciones. Esta coincidencia permite analizarlas de manera conjunta en el marco de la pérdida de oportunidad, cuando de ellas se deriva la frustración de una probabilidad razonable de acceder a beneficios económicos.

En Francia, la Ordenanza del 9 de marzo de 2017, que dio cumplimiento a la Directiva europea sobre indemnización por daños causados por infracciones al derecho de la competencia, reconoció expresamente la pérdida de oportunidad como daño reparable. Así lo recoge el artículo L. 481-3 del Código de Comercio, que incluye entre los daños indemnizables no solo la pérdida efectivamente sufrida y la ganancia dejada de percibir, sino también el daño moral y, en particular, la pérdida de una oportunidad¹¹¹⁰.

A diferencia de la jurisprudencia belga que ha sido más cauta. En algunos casos de colusión ilícita, se ha denegado la indemnización por pérdida de oportunidad de negocio, argumentando que los demandantes no lograron demostrar con suficiente solidez la probabilidad de haber accedido a mejores condiciones de no haber mediado la conducta anticompetitiva¹¹¹¹.

En Argentina, el Decreto n.º 274/19 y la Resolución n.º 241/20 regulan los actos de competencia desleal y establecen que toda acción u omisión que afecte de manera ilegítima a la posición competitiva de un agente económico es sancionable¹¹¹² y habilita acciones indemnizatorias conforme al derecho común¹¹¹³. Aunque no existe mucha jurisprudencia que vincule expresamente esta figura con la pérdida de oportunidad, sí que hay precedentes que la reconocen.

Uno de estos casos lo protagonizó una emisora de radiodifusión privada, al iniciar sus transmisiones en la ciudad de San Luis, al verse enfrentada a una televisora estatal que, a pesar de tener expresamente prohibido emitir publicidad comercial¹¹¹⁴, continuaba

¹¹¹⁰ Francia, 2017, art. L. 481-3.

¹¹¹¹ Vitale (2020), p. 187.

¹¹¹² Argentina, 2019, Decreto N.º 274/2019, Tít. I.

¹¹¹³ Argentina, 2019, Decreto N.º 274/2019, Tít. I, art. 51.

¹¹¹⁴ Artículo 107, ley 22.285 de radiodifusión: “Los servicios de radiodifusión sonoros que a la fecha de promulgación de la presente ley sean prestados a través de estaciones provinciales y municipales, como así también las sonoras y de televisión de universidades nacionales, podrán continuar con sus emisiones

haciéndolo. Lo hacía, además, desde una posición de privilegio, ya que, amparada por fondos públicos y sin las restricciones presupuestarias del mercado privado, ofrecía tarifas notablemente más bajas, lo que le permitía atraer a una parte importante de los anunciantes locales.

La emisora privada había entrado en el mercado en condiciones normales, con proyecciones razonables basadas en estudios de mercado y antecedentes normativos. Esperaba captar cerca del 35 % de la publicidad durante el primer año y alcanzar el 40 % en el segundo. Sin embargo, debido a la conducta mantenida por el canal estatal, solo logró acceder al 19 % de los anunciantes previstos.

En este contexto, la Corte reconoció que la conducta del canal estatal constituía actos de competencia desleal y que el perjuicio no consistía en una ganancia perdida, sino en la privación de una oportunidad razonable de alcanzar ese crecimiento. En este caso, la oportunidad se basaba en elementos verificables: un mercado reducido, una norma clara que prohibía la emisión de publicidad estatal y una actuación reiterada que la desobedecía.

El problema surgió en la fase de cuantificación. A pesar de que se rindió prueba pericial contable y técnica, los informes adolecían de debilidades metodológicas, ya que contenían estimaciones genéricas, no distinguían adecuadamente entre los ingresos televisivos y radiales y no lograban representar con precisión el comportamiento del mercado local. Debido a estas limitaciones, el tribunal hizo uso de la facultad de estimación prudencial del daño, contemplada legalmente para las situaciones en las que no es posible determinar con exactitud el importe de la indemnización.

Sin embargo, en la práctica, esta estimación no respetó la naturaleza aleatoria de la oportunidad: se indemnizó como si el resultado proyectado hubiese sido cierto, asignándole un valor equivalente al beneficio final frustrado. De este modo, la sentencia que acertadamente había reconocido la existencia de una pérdida de oportunidad terminó contradiciendo sus propios fundamentos al cuantificar el daño como si se tratara de un lucro cesante.

regulares. Para mantenerse en este régimen de excepción, la programación de las estaciones deberá ajustarse a lo establecido por el Artículo 35 excepto inciso e), de la presente ley.

En el caso de las provincias y las municipalidades solamente se autorizará un servicio por cada una de ellas y no deberán emitir publicidad.

Las estaciones de radiodifusión de televisión de universidades nacionales que se autoricen bajo el presente régimen podrán emitir publicidad en los términos del Artículo 71 de esta ley, no así las estaciones de radiodifusión sonora”.

Otro caso, también relacionado con competencia desleal, fue el de una empresa extranjera que otorgó una licencia exclusiva a una sociedad local para fabricar y comercializar determinados productos¹¹¹⁵. No obstante, una filial del proveedor comenzó a importar productos similares, infringiendo la exclusividad concedida. Aunque la sentencia no abordó expresamente la competencia desleal, la conducta descrita frustró las expectativas razonables del licenciatario. Aunque no se probó una pérdida de ingresos concreta, el tribunal reconoció la existencia de una probabilidad fundada de mantener la posición competitiva pactada contractualmente.

En Chile, la Ley n.º 20.169¹¹¹⁶ regula los actos de competencia desleal y establece expresamente el derecho a ser indemnizado por los perjuicios derivados de conductas contrarias a la buena fe que busquen desviar clientela o perjudicar la posición competitiva de otro agente¹¹¹⁷. Esta normativa, en concordancia con el artículo 2329 del Código Civil, ofrece base suficiente para sostener la indemnización por pérdida de oportunidad cuando se pruebe adecuadamente su existencia y la relación causal con el hecho ilícito.

La jurisprudencia chilena ha comenzado a ofrecer algunos ejemplos. En 2006, una empresa invocó expresamente la pérdida de oportunidad en una demanda por actos anticompetitivos¹¹¹⁸. Aunque fue finalmente rechazada por falta de nexo causal, la doctrina la ha destacado como un precedente relevante para futuros litigios. Más recientemente, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió un requerimiento contra una organización deportiva por imponer cuotas de incorporación excesivas a los clubes ascendidos¹¹¹⁹. Dicha exigencia fue calificada como una barrera artificial, ajena al mérito deportivo, que limitaba el acceso a los beneficios económicos derivados de la participación en una categoría superior. Aunque la sentencia no mencionó explícitamente la figura de la pérdida de oportunidad, su razonamiento permite aplicarla, ya que reconoce una probabilidad razonable de acceder a dichos beneficios, frustrada por una conducta anticompetitiva.

¹¹¹⁵ C. Nac. Civ., sala B, 15/05/2008, “B., R. A. c./ Electronic Arts Ltd.”, LL online, cita digital: AR/JUR/8509/2008.

¹¹¹⁶ Chile, Ley N.º 20.169, 2007.

¹¹¹⁷ Chile, Ley N.º 20.169, 2007. art. 5º, cap. III.

¹¹¹⁸ Entre ellos: Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 79 y Fantuzzi M y Sanders (2022), p. 7. Otro caso en que se rechazó la indemnización por falta de causalidad entre la conducta antijurídica y la pérdida de chance: CA Stgo, 29/03/2019, “Axys S.A. con Benítez Cisternas Jorge Andrés y otros”, rol n.º 1569-2018, que confirmó la sentencia de primera instancia del 5º JC de Stgo, 29/03/2015, rol n.º C-29920-2015.

¹¹¹⁹ Tribunal de la Libre Competencia, 25/06/2020, “Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP”, rol n.º C-343-2018.

Otro caso resuelto por el mismo tribunal involucró a empresas de transporte que coordinaron acciones para impedir la entrada de nuevos competidores y negarles el acceso a oficinas de venta en terminales estratégicos¹¹²⁰. Tampoco en este caso se mencionó expresamente dicha figura, pero los hechos muestran con claridad cómo ciertas prácticas pueden frustrar de forma ilegítima oportunidades comerciales razonables.

En definitiva, tanto las prácticas anticompetitivas como los actos de competencia desleal pueden dar lugar a la pérdida de oportunidades económicas que, sin representar un beneficio asegurado, merecen tutela cuando existe una probabilidad suficiente, fundada en circunstancias verificables. La chance se presenta en estas circunstancias, como una figura capaz de reparar un daño que se encuentra fuera del espectro del lucro cesante, pues el daño no reside en una ganancia cierta no obtenida, sino en la frustración ilegítima de la posibilidad razonable de competir o acceder a beneficios económicos en condiciones lícitas¹¹²¹. Para ello, será imprescindible una prueba que permita vincular de manera suficiente la conducta ilícita con la oportunidad perdida, sin exigir una certidumbre, que por definición, no puede estar presente en este tipo de casos.

2.3. Pérdida de chance por falta de ayuda futura

2.3.1. Fundamento conceptual y normativo

La muerte de un hijo representa, sin duda, una de las experiencias más devastadoras que puede atravesar una madre o un padre. Es, en términos humanos, un daño absoluto. La tristeza - como tantas veces se ha dicho - no se va: apenas se aprende a convivir con ella¹¹²². Por eso, no resulta posible hablar de reparación. Menos aún de cuantificar la vida. Atribuirle un valor económico sería tanto como reducir lo invaluable a una cifra, una operación que repugna al sentido común y a toda idea de justicia que no sea puramente formal.

¹¹²⁰ Tribunal de la Libre Competencia, 25/06/2020, “Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP”, rol n.º C-343-2018.

¹¹²¹ Fantuzzi M y Sanders (2022), p. 28.

¹¹²² Nisnevich (2020), p. 172.

Ahora bien, reconocer el carácter irreparable del dolor no impide advertir que, junto con la pérdida afectiva, pueden producirse consecuencias patrimoniales y morales que el derecho no puede desatender. No se trata aquí de poner precio a la vida del hijo ni de compensar el sufrimiento de sus padres. Lo que se identifica, más bien, es que esa vida —de haber seguido su curso— podía dar lugar a una expectativa cierta de ayuda futura que fue frustrada por un hecho ilícito y, por lo tanto, es indemnizable¹¹²³.

A medida que los padres envejecen, aumentan. Disminuye su capacidad de generar ingresos, crecen las limitaciones físicas, se intensifica la demanda de compañía, de cuidados, de asistencia. En ese contexto, no es infrecuente que los hijos retribuyan —con afecto y acciones concretas— los cuidados recibidos en su infancia¹¹²⁴. No solo con gestos emocionales, sino también con apoyo económico, trámites, compañía, asistencia médica. Por eso, afirmar que los aportes de los hijos se vuelven necesarios en la vejez no es una idealización: es una observación basada en el curso normal de la vida.

Desde esta perspectiva, aunque la vida humana no constituya un valor económico en sí misma, la supresión de esa vida puede causar un perjuicio futuro concreto de quienes mantenían con la víctima un vínculo que razonablemente permitía esperar su asistencia. Así, lo que se indemniza no es la vida en sí, sino —como ha sostenido la doctrina y recogido la jurisprudencia— “las disvaliosas consecuencias patrimoniales o espirituales que provoca esa desaparición en personas distintas de la víctima inmediata”¹¹²⁵.

Además, no se trata solo de una expectativa basada en lo que suele ocurrir, sino también de un deber jurídicamente impuesta: los hijos deben asistencia a sus padres¹¹²⁶, y esta obligación encuentra su fundamento tanto en los lazos de parentesco como en el principio de solidaridad familiar.

Lo señalado ha sido expresamente reconocido por el artículo 1745 del Código Civil y Comercial, que dispone que, en caso de muerte, la indemnización puede incluir la pérdida de chance de recibir ayuda futura por parte del hijo fallecido. Este derecho, cabe destacar, también asiste a quien tuviera la guarda del menor al momento del hecho, lo que refuerza su fundamento en el vínculo y no en el título formal de filiación¹¹²⁷. Como ha

¹¹²³ Nisnevich (2020), p. 172.

¹¹²⁴ C. Apel. Civ. Mendoza, cámara quinta, 08/02/2019, “Andrada, Ana María c./ Municipalidad de Guaymallén”, autos n.º 13-02156030-2.

¹¹²⁵ Nisnevich (2020), p. 173.

¹¹²⁶ Tanzi (2005), 314.

¹¹²⁷ Para un mayor análisis de la norma ver capítulo I.

sido señalado por la doctrina, con la entrada en vigencia del Código “se ha terminado con la discusión acerca de la reparabilidad de la chance por muerte de los hijos, aspecto por cierto controvertido hasta la sanción del Código por algunos autores”¹¹²⁸.

Esta norma recoge y consolida una jurisprudencia que ya se encontraba arraigada, especialmente a través de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹²⁹. Lo que antes era objeto de debate ha sido elevado a categoría legal, permitiendo que la pérdida de chance por muerte de un hijo se configure con mayor claridad como un daño autónomo, cierto y reparable.

2.3.2. Contenido de la pérdida de chance de ayuda futura

La pérdida de chance por ayuda futura se asocia generalmente a una expectativa de tipo patrimonial: se traduce en el dinero que un hijo o hija, podría haber destinado al sostén de sus padres. Pero detenerse solo en esa dimensión patrimonial, no analiza el cuadro completo. La asistencia de los hijos no solo se expresa en aportes económicos. En muchos casos, incluso, ni siquiera comienza por ahí.

Quien ha envejecido sabe que la necesidad de ayuda se presenta de formas que no siempre se miden en pesos: acompañar al médico, acercar los medicamentos, resolver un trámite que requiere conexión a internet, advertir un olvido, hacer una llamada. También cuidar el silencio, escuchar con paciencia, estar. Todo eso —que parece pequeño— es, en la vida diaria, lo que da sostén.

Por eso, la pérdida de chance por muerte de un hijo no puede limitarse a calcular lo que ese hijo habría ingresado al presupuesto doméstico de sus padres. Es decir,

¹¹²⁸ Márquez (2015), p. 12.

¹¹²⁹ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627; CSJN, 10/12/1996, “Bustamante, Elda y otra c./ Provincia de Buenos Aires”, LL online, cita digital: AR/JUR/5994/1996; CSJN, 17/03/1998, “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595; CSJN, 07/04/1999, “Villalba, Julio Martín y otra c./ Provincia de Santiago del Estero y otro”, 322:621, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/5236/1999; CSJN, 06/07/1999, “Schauman de Scaiola, Martha S. c./ Provincia de Santa Cruz y otro”, 322:1393, RCyS 2000, p. 477; CSJN, 13/03/2007, “Albornoz, Luis Roberto y otro c./ Provincia de Buenos Aires y otro”, 330:748, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2474/2007; CSJN, 14/07/2015, “Meza, Dora c./ Provincia de Corrientes y otro”, 338:652, RCyS2015-X, p. 80; CSJN, 02/09/2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c./ Campos, Enrique Oscar y otros”, 344:2256.

“indemnizar la pérdida de chance por la muerte de un hijo implica hacer un juicio futuro que se sustente de modo suficiente en lo que la experiencia de vida indica que normalmente suele suceder, es decir, lo que la víctima hubiera brindado a sus progenitores no sólo con ayuda patrimonial, sino también con la cooperación en las restantes necesidades que aparezca la ancianidad”¹¹³⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Santa Coloma, sostuvo que el apoyo de los hijos no se reduce a lo asistencial, especialmente en aquellos entornos donde la colaboración puede significar, incluso, participación en la gestión del capital familiar¹¹³¹. Esa mirada invita a considerar que la ayuda futura debe interpretarse en un sentido amplio¹¹³², pues la asistencia adoptar formas múltiples y todas ellas merecen reparación.

La doctrina ha aportado en esta dirección. Zavala de González recuerda que la asistencia de los hijos se expresa, sobre todo, en actos cotidianos de dedicación: llevar al médico, vigilar el bienestar, resolver cuestiones menores, pero no por eso menos importantes¹¹³³. Cosas que rara vez se reclaman, pero cuya ausencia se siente.

A su vez Parellada nos invita a reflexionar, señalando que “la chance perdida no afecta únicamente la expectativa de orden patrimonial de recibir ayuda económica, sino también la expectativa del acompañamiento y del cuidado”¹¹³⁴. Esta simple frase envuelve lo que intentó reflexionar en este punto: la pérdida de chance es indemnizable, incluso cuando el auxilio no se traduzca directamente en dinero. Es que no todo lo que vale puede medirse, pero sí puede reconocerse.

En otras palabras, la pérdida de chance por muerte de un hijo no solo exige una mirada razonable, atenta a lo que, en condiciones normales, podía esperarse, incluso si no se traducía en recursos, sino también gestos, tiempo, compañía, cuidado. Entonces el derecho puede decir que allí hubo una pérdida que merece ser indemnizada¹¹³⁵.

¹¹³⁰ Jalil (2017a), p.71-71.

¹¹³¹ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627

¹¹³² Mosset Iturraspe y Piedecabras (2014), p. 638.

¹¹³³ Zavala De González (1990), p. 254.

¹¹³⁴ Parellada (2018), p. 175.

¹¹³⁵ Cámara Civil y Comercial de Primera Nominación, La Plata, sala 3ª, 25/03/2008, “G., H. A. y otra c./ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A y otros”, Abeledo Perrot, Newsletter Diario, 19/06/2008.

2.3.3. Condiciones de procedencia

Como toda figura del sistema de responsabilidad civil, la indemnización por pérdida de chance de ayuda futura no se configura de manera automática. Su procedencia exige la constatación de ciertos presupuestos fácticos y jurídicos mínimos, sin los cuales no es posible afirmar la existencia de un perjuicio resarcible. En particular, (a) será necesario demostrar la existencia de una relación jurídicamente relevante, que justifique el reconocimiento de esta chance; (b) la verificación de una oportunidad frustrada con un grado razonable de concreción, fundada en hechos objetivos y no en meras conjeturas; y, a su vez, (c) que esa expectativa frustrada resulte verosímil a la luz del curso ordinario de los acontecimientos. A ello cabe agregar, (d) que si bien la condición socioeconómica de los progenitores y del hijo fallecido no constituye un requisito de procedencia, la jurisprudencia la ha considerado como un factor relevante para la ponderación concreta de la probabilidad perdida y de su repercusión en la vida futura de los reclamantes.

a. Existencia de una relación jurídicamente relevante

El artículo 1745 del Código Civil y Comercial, en su inciso tercero, establece que la pérdida de chance de ayuda futura es indemnizable cuando la víctima de la muerte es un hijo y el reclamante es su padre, madre o quien ejercía su guarda legal. La norma, al consagrarlo expresamente, no introduce una presunción absoluta, pero sí delimita un ámbito de legitimación activa que se justifica por razones de lógica y experiencia. El curso ordinario de las relaciones familiares, demuestra que la ayuda que los hijos prestan a sus padres al llegar estos a la vejez es una expectativa legítima.

Esta posibilidad no se limita a lo biológico. La norma amplía la legitimación a quien hubiera ejercido la guarda del menor fallecido, aunque no sea su progenitor. Lo anterior toda vez que el fundamento de la expectativa no está en el dato biológico, sino en el vínculo de proximidad, de convivencia y, en la realidad afectiva y material del cuidado. Quien ha criado, sostenido y acompañado al menor, puede legítimamente esperar, en el futuro, la reciprocidad de ese vínculo.

Más excepcionalmente, la jurisprudencia ha reconocido esta clase de chance en otros vínculos familiares, como el fraternal. Pero en estos casos, la carga de acreditar la verosimilitud de la ayuda futura es más estricta. A medida que el parentesco se aleja, también se debilita la presunción de asistencia.

Así ocurrió en un caso en que se discutió la indemnización por la muerte de una niña de un año y dos meses, promovida por su hermano mayor - por medio de su representante legal—, de apenas cuatro años al momento del hecho. El tribunal, con sensatez, rechazó el reclamo. Señaló que, en esas condiciones, ni la edad de la víctima ni la del reclamante permitían sostener que existiera una expectativa real y concreta de ayuda futura. Se reconoció el sufrimiento, pero se dejó en claro que el dolor por la pérdida de un ser querido no se traduce, por sí solo, en un daño patrimonial indemnizable¹¹³⁶.

La misma línea ha sido seguida por los tribunales al analizar reclamos presentados por abuelos del nasciturus. En uno de los precedentes más citados, se sostuvo que la expectativa de que un nieto por nacer, fallecido durante la gestación, pudiera constituirse en el futuro en una fuente de ayuda patrimonial para sus abuelos octogenarios, carecía de sustento fáctico suficiente. No se discutía el vínculo ni el afecto, sino que esa ayuda alguna vez se concretara¹¹³⁷.

En definitiva, el vínculo familiar, por sí solo, no alcanza. La indemnización por pérdida de chance requiere siempre una expectativa fundada en la experiencia de vida y en las condiciones personales y sociales de los involucrados. La ayuda esperada debe tener una probabilidad suficiente de realización, lo que no equivale a exigir certeza, pero sí a descartar lo meramente conjetural.

b. Existencia de una oportunidad con grado razonable de concreción

Ya he señalado que la pérdida de chance de ayuda futura, en el contexto de la muerte de un hijo, no se identifica con la pérdida de la vida misma, ni con el dolor legítimo e inconmensurable que ello genera. Tampoco se trata de resarcir la ayuda que los padres efectivamente recibían y han dejado de percibir, pues en tal caso estaríamos ante un supuesto de lucro cesante. Lo que se indemniza no es el resultado, sino la probabilidad:

¹¹³⁶ C. Nac. Civ., sala F, 13/08/2021, “A. y otro c./ A. P., D. W. y otros”, autos n.º 28788/2010.

¹¹³⁷ C. Nac. Civ., sala F, 13/08/2021, “A. y otro c./ A. P., D. W. y otros”, autos n.º 28788/2010.

la chance de que ese hijo, al alcanzar la adultez, pudiera haber brindado a sus padres algún tipo de auxilio, económico o personal, frente a las contingencias propias de la vejez¹¹³⁸.

El daño, entonces, no se mide por lo que ocurrió, sino por lo que razonablemente podía haber ocurrido y ya no podrá ser. Se trata de un perjuicio cierto, en tanto la oportunidad frustrada tenía visos suficientes de concretarse. El derecho no exige plena prueba sobre el futuro, pero sí reclama una base objetiva sobre la cual fundar esa expectativa. Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

“Todo padre tiene la razonable probabilidad de ser asistido por sus descendientes en situaciones naturales que tornen necesario auxilio (vejez, enfermedades, etc.). Tal posibilidad (...) debe valorarse en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, pues la "chance" tiene entidad específica, determinable en función de las circunstancias de cada caso”¹¹³⁹.

Este punto es fundamental. La pérdida de chance no es una categoría elástica que se activa ante cualquier afectación emocional o hipotética. Tiene un estatuto autónomo y exige ser tratada con precisión. La jurisprudencia y la doctrina coinciden en que su reparación debe contemplarse de forma restrictiva¹¹⁴⁰, pues se trata de un daño que no ha llegado a consumarse, pero que era suficientemente tangible como para adquirir valor jurídico.

Zavala de González lo ha explicado con claridad:

“La pérdida no radica en el beneficio ventajoso mismo, sino en la probabilidad de lograrlos, sin que sea posible conocer si esta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos en donde reposaba la esperanza del afectado. No hay un daño cierto sino desde el punto de vista de la certeza de la oportunidad perdida”¹¹⁴¹.

El derecho no puede exigir certezas sobre lo que no llegó a pasar, pero tampoco puede mantenerse estático, frente a una probabilidad fundamentada que ha sido privada por el hecho ilícito.

¹¹³⁸ C. Apel. Civ. Com. Lomas de Zamora, sala I, 13/11/2007, “Barrios, Miguel Ángel c./ Transp. Metropolitanos Gral. Roca”, JUBA: B2550796.

¹¹³⁹ CNFed. Civil y Com., sala II, 01/07/1997, “M. de M., E. c./ Unión Obrera Metalúrgica y otros”, DJ, 1998-3, p. 1101.

¹¹⁴⁰ Giles (2012). En el mismo sentido: Vicente Domingo (2013), p. 78.

¹¹⁴¹ Zavala De González (1988), p. 56-57.

Por eso, como he dicho, el centro del análisis no es la concreción del beneficio, sino la entidad de la oportunidad perdida. Si tenía suficiente visos de razonabilidad, su desaparición representa un daño actual —no hipotético— resarcible por su intrínseco valor económico de probabilidad, más allá del resultado final que se hubiera alcanzado.

La muerte interrumpe un proceso que se funda en el curso ordinario de los acontecimientos. Si bien no puede saberse con certeza qué habría pasado, sí había una chance real de que algo sucediera.

“La probabilidad de los padres de necesitar esa ayuda, y la posibilidad del hijo de prestarla, podrá ser mayor o menor, podrá ser completamente insignificante, y aún desaparecer, pero en tanto exista, la pérdida de esa chance es un daño cierto en la misma medida que su grado de probabilidad”¹¹⁴².

La pérdida de chance configura un “daño actual, no hipotético, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado y puede ser valorada en sí misma, prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”¹¹⁴³. No basta el vínculo afectivo. No basta la esperanza. Lo que se exige es que la oportunidad perdida sea susceptible de ser valorada en términos razonables.

Para ello, es necesario atender a las condiciones particulares del caso, tanto del hijo fallecido como de los progenitores reclamantes. La edad, el estado de salud, la educación, las circunstancias familiares, el entorno económico y social: todos estos factores deben ser ponderados para determinar si la ayuda futura era simplemente posible o efectivamente probable. Tal como se ha expresado en la jurisprudencia, para valorar si existe esta probabilidad razonable, será necesario acreditar que efectivamente dicha probabilidad existe. Para ello, se deberán considerar aspectos objetivos, como la ocupación, edad y condición social, no sólo de la víctima, sino también de quien o quienes reclaman la reparación¹¹⁴⁴.

Ahora bien, este análisis no puede fundarse en criterios estereotipados ni discriminatorios. En un fallo, se revocó una sentencia que —para fijar el monto indemnizatorio por pérdida de chance de ayuda futura— había tenido en cuenta el sexo

¹¹⁴² Giles (2012).

¹¹⁴³ Giles (2012).

¹¹⁴⁴ C. Apel. Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, sala III, 19/11/1999, “Oballi, Salomón c./ Espinoza, Adrián T.”, LL Gran Cuyo, 2000, p. 245.

femenino de la víctima, partiendo de la premisa de que, en familias de nivel socioeconómico bajo, la colaboración económica de las hijas suele limitarse al período comprendido entre su egreso escolar y el matrimonio.

La decisión fue revocada por la alzada, pues advirtió la falta de criterios objetivos y la ausencia de una distinción razonable entre la expectativa de ayuda en función del género, no era procedente¹¹⁴⁵. Estoy de acuerdo con esta resolución. El argumento, además de arbitrario, es contrario a los principios de igualdad y no discriminación.

En definitiva, la pérdida de chance por ayuda futura exige un juicio prudente pero no escéptico. Exige reconstruir, con base en hechos objetivos, la cadena de acontecimientos que el hecho antijurídico ha detenido. Si de esa reconstrucción surge que existía una oportunidad real, concreta y evaluable, entonces el derecho no puede mirar hacia otro lado: la frustración de esa oportunidad constituye un daño cierto, y como tal, debe ser reparado.

c. Curso ordinario de los acontecimientos

La pérdida de chance por la muerte de un hijo no exige que el beneficio frustrado —la ayuda o colaboración futura— sea seguro o inmediato. Pero sí se requiere que ella pueda razonablemente fundamentarse en el curso normal de las cosas, tal y como habría transcurrido de no mediar el hecho ilícito. En este tipo de situaciones, el núcleo del análisis se centra en la probabilidad, fundada en hechos objetivos, de que la vida del hijo fallecido hubiera podido traducirse en algún tipo de sostén o asistencia a sus padres en el futuro.

Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia: “Lo exigible es sólo un contexto favorable que permita suponer que, aún más adelante, se habría llegado a estar en la situación que permitiría el logro de los beneficios esperados”¹¹⁴⁶. En otras palabras, no se trata de garantizar el resultado, sino de identificar una trayectoria vital que hacía

¹¹⁴⁵ CS de Justicia de Tucumán, sala Civil y Penal, 07/07/1999, “Miranda, Lucio R. y otra c./ La Invernada S.A. y otros”, LL Noroeste Argentino, 2000, p. 893.

¹¹⁴⁶ CS de Justicia de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativo, 05/08/1999, “A., L.A. c./ Provincia de Tucumán”, LL Noroeste Argentino, 2000, p. 1120.

probable su concreción. Esa es, precisamente, la esencia de la chance: una oportunidad valiosa, fundada en la experiencia y no en la especulación.

Me parece especialmente interesante el siguiente fallo. Se trata del caso en que la hija de la actora, abogada y asesora letrada del Instituto Provincial de Discapacidad, falleció en un accidente automovilístico mientras regresaba de una actividad institucional oficial. La joven, funcionaria del Estado provincial, contaba con empleo estable, formación profesional y una carrera que razonablemente permitía proyectar un desarrollo continuo y ascendente en el tiempo.

El tribunal, al valorar la procedencia del rubro indemnizatorio por pérdida de chance de ayuda futura, destacó que existía una expectativa seria y fundada de colaboración económica, tanto por el perfil de la víctima como por su vinculación laboral. Sostuvo además, que la posibilidad de que esa hija en el futuro perdiera su empleo o viera deterioradas sus condiciones laborales, no era suficiente para restarle valor jurídico a la chance indemnizada. El argumento contrario de la defensa del Estado provincial de que se debían considerar los “vaivenes” naturales de cualquier trayectoria laboral, fue rechazado expresamente¹¹⁴⁷.

Es decir, el empleo público y las calificaciones profesionales de la joven fallecida hacían mucho más probable una evolución estable o incluso favorable, que un deterioro en su vida económica. Por lo mismo, resultó razonable utilizar su salario como empleada estatal como base de cálculo para la estimación del daño¹¹⁴⁸.

En la jurisprudencia se ha consolidado un estándar de valoración basado en el desarrollo previsible de la vida humana, según sus circunstancias concretas. La evaluación de la procedencia del rubro pérdida de chance debe anclarse en las condiciones particulares del caso, pero siempre bajo la premisa general del curso ordinario de la vida. Allí donde los hechos permiten inferir que, de haber continuado con vida, el hijo habría podido colaborar con sus padres en la vejez, la oportunidad frustrada no solo es legítima, sino jurídicamente relevante.

¹¹⁴⁷ C. Cont. Adm. Paraná, 14/04/2021, “C., E. M. c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro”, Rubinza Online, cita digital: RC J 3653/21.

¹¹⁴⁸ C. Cont. Adm. Paraná, 14/04/2021, “C. E. M c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro”, Rubinza Online, cita digital: RC J3653/21

d. Consideración de la condición socioeconómica de los progenitores y del hijo fallecido.

En la práctica, los tribunales han reconocido con frecuencia esta figura en familias de condición humilde. No es casual. En esos contextos, las necesidades materiales futuras se presentan, en general, de forma más visible y urgente, y el sentido de solidaridad familiar suele concretarse en aportes efectivos, incluso tempranos, por parte de los hijos.

Así lo ha señalado la jurisprudencia, destacando que

“La indemnización por pérdida de chance responde a la posibilidad de apoyo o contribución económica que puede y debe legítimamente esperarse de los hijos cuando - como en el caso - se trata de grupos familiares de escasos recursos, de condición humilde donde el sentido de solidaridad primaria se concreta en el aporte continuado e incluso progresivo que cabe esperar de los hijos cuando los padres van arribando a mayor edad”¹¹⁴⁹.

Pero, aunque la condición económica influya en la configuración concreta de las expectativas, no puede ser una barrera que condicione el reconocimiento mismo de la indemnización. Es decir, indemnizar la pérdida de chance de ayuda futura no depende exclusivamente de la situación económica de los padres o del hijo fallecido. Como lo ha señalado la jurisprudencia:

“La condición de humildad de los padres es un elemento que permite presumir la probabilidad más o menos cierta de obtener en un futuro un apoyo económico del hijo menor muerto (chance).

La humildad no autoriza por sí, una especial limitación del resarcimiento, ni justifica una sobrevaloración de aquel, pues por un lado es razonable suponer que aquella condición será motivo de una mayor necesidad de apoyo económico del hijo a cierta altura de la vida de los progenitores y por otro lado, no debe desconocerse que el hijo de padres humildes encuentra mayores dificultades para

¹¹⁴⁹ C. Apel. Civ. Com. Bahía Blanca, sala I, 29/02/2000, “Porzio, Blanca B. y otro c./ Kim, Ung Ki.”, LL Buenos Aires, 2000, p. 876.

alcanzar cierto grado de capacitación profesional o de emprendimientos comerciales, industriales, etc.”¹¹⁵⁰

Es decir, si bien la condición socioeconómica de los padres o del hijo puede tener relevancia como dato contextual, no puede ser decisiva para acoger o rechazar la indemnización.

En efecto, si lo que se resarce es la pérdida de una chance, es decir, una oportunidad de ayuda futura con suficiente grado de realidad, no se advierte por qué esta debería ser negada a quienes tienen mayores recursos. El envejecimiento, la vulnerabilidad, la necesidad de acompañamiento, los desafíos administrativos o emocionales de la vejez, no son exclusivos de los sectores menos acomodados. La ayuda de los hijos —económica, asistencial, organizativa o afectiva— se presenta con distintos matices en todos los grupos sociales y su frustración, cuando es probable, constituye un daño en cualquiera de ellos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que

“Es arbitraria la sentencia que señala que ni aún a título de “chance” corresponde otorgar indemnización por daño material a los actores cuya holgada situación haría irrazonable prever que hubieren de recibir ayuda económica de las hijas lo que impediría asegurar que de su muerte vaya a resultar perjuicio material para ellos, pues importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de “chance”, de cuya reparación se trata”¹¹⁵¹.

Este razonamiento se aplica también a los padres de estratos socioeconómicos más altos, para quienes la colaboración de un hijo no necesariamente se traduce en dinero, pero sí puede consistir en gestión, acompañamiento, orientación, presencia. Incluso en ciertos medios, esa ayuda adopta la forma de administración de un capital familiar¹¹⁵²,

¹¹⁵⁰ C. Apel. de Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 31/12/1991, “Munilla, Ramón c./ Ortiz, Raúl”, citado en: Gasparotti (2008), p. 480.

¹¹⁵¹ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627.

¹¹⁵² CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627. El Máximo Tribunal revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal que había rechazado la indemnización del daño material a los padres de tres menores que resultaron muertas como consecuencia de un accidente ferroviario teniendo en cuenta la elevada posición económica de los reclamantes. Señaló la Corte: “Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es - por su menguado monto- meramente nominal y renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera —por imperfecta que sea el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el

continuidad en un emprendimiento o cuidado de intereses patrimoniales complejos, lo que no la vuelve menos relevante.

Así, como bien ha observado Parellada,

“Si bien es cierto que el daño no aparece con la misma dimensión y nitidez en los estratos superiores de la sociedad y en los sectores más necesitados, no es menos cierto que cada vez es más frecuente la necesidad de los ancianos de ser auxiliados económicamente por sus hijos sobre la base del deterioro cierto de los haberes jubilatorios y los minados hábitos de ahorro en una sociedad consumista como la que vivimos e inflacionaria como la que hemos vivido hasta hace poco tiempo”¹¹⁵³.

Ahora bien, resulta interesante advertir que, en familias humildes, los aportes de los hijos suelen manifestarse no solo con mayor intensidad, sino también con mayor precocidad. Así lo reconoció la jurisprudencia al resolver que

“Precisamente ante la escasez de recursos, tales situaciones llevan ordinariamente a que la contribución de los hijos en el mantenimiento del hogar aparezca más tempranamente, porque se ven obligados antes a trabajar a fin de alcanzar ingresos mínimos para la subsistencia del grupo familiar y colaborar así con los progenitores”¹¹⁵⁴.

Es decir, no solo puede esperarse una mayor colaboración, sino también anticipada en el tiempo, lo cual debe ser adecuadamente ponderado al valorar el daño. Sin embargo, en el otro extremo, cuando el entorno de origen es de extrema precariedad, también debe reconocerse que las posibilidades de ayuda futura —especialmente en términos patrimoniales relevantes— pueden verse objetivamente limitadas. La jurisprudencia ha puesto de relieve que,

“A los efectos de indemnizar la pérdida de chance que para los padres importa la muerte de un hijo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al contexto económico

Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna”.

¹¹⁵³ Gasparotti (2008), pp. 142-143.

¹¹⁵⁴ C. Nac. Civ., sala C, 14/03/2003, “R., R. O. y otro c./ N., R. L. y otro”, LL 2003-D, p. 831.

social en que la familia se encontraba inmersa, la víctima no podría haber ayudado a sus padres con importantes sumas”¹¹⁵⁵.

La evaluación, entonces, debe ser flexible, atenta al contexto concreto, evitando generalizaciones tanto optimistas como pesimistas. Lo que importa es la existencia de una expectativa razonable de ayuda, no su magnitud económica.

Finalmente, también es importante advertir que las carencias que afectan a los progenitores en la última etapa de la vida no son exclusivamente de orden económico. Como se ha dicho, “las carencias de los padres en la última etapa de la vida no son siempre ni únicamente económicas, sino más ampliamente relacionales”¹¹⁵⁶. El apoyo de los hijos puede expresarse en asistencia cotidiana, compañía afectiva, soporte en las gestiones básicas de la vida diaria y en muchos otros gestos pequeños, que aunque de difícil medición dineraria, constituyen una riqueza sustancial para los mayores. Cómo se ha señalado:

“la relación filial se desarrolla en un marco familiar que no se agota en un puro materialismo, que se representa en una cuantía dineraria aportada por la capacidad productiva del interfecto, sino que existen manifestaciones del espíritu u otras actividades del ser humano que forman parte de la relación entre padres e hijos. Por lo cual, ante la pérdida de alguno de ellos (en el *sub lite*, el hijo) el otro se ve privado de los aportes económicos y también de los otros aportes asistencialistas, por lo cual una justa reparación debe contemplar todos los aspectos del hombre como un ser integral y no como un mero ente productor de bienes”¹¹⁵⁷.

Con base a lo recién descrito, es posible concluir que donde hay una expectativa fundada, el derecho no distingue entre la asistencia que provee un hijo que compra remedios y la que presta quien lleva adelante una empresa familiar. Ambas son formas de ayuda. Ambas son, si se pierden, oportunidades frustradas de ayuda que deben ser valoradas y resarcidas.

¹¹⁵⁵ C. Apel. Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, sala V, 01/08/2008, “Rodríguez, Alberto Jorge y otro c./ Galigniana Guevara, Hernán Horacio”, LL Gran Cuyo, 2008, p. 911, cita digital: AR/JUR/5814/2008.

¹¹⁵⁶ C. Apel. Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, sala V, 01/08/2008, “Rodríguez, Alberto Jorge y otro c./ Galigniana Guevara, Hernán Horacio”, LL Gran Cuyo, 2008, p. 911, cita digital: AR/JUR/5814/2008.

¹¹⁵⁷ C. Civ. Com. Min. San Juan, sala I, 14/06/2004, “Cherish, Alfredo A. y otra c./ Serignani, Marina S.”, autos n.º 17.653.

2.3.4. La presunción de la pérdida de chance por la muerte de un hijo

El art. 1745 n.º c) del CCyC reconoce expresamente el derecho de los padres —y de quienes ejerzan la guarda legal— a reclamar una indemnización por la pérdida de chance de ayuda futura provocada por la muerte de un hijo¹¹⁵⁸. No exige prueba directa del perjuicio: presupone, por el solo hecho del fallecimiento, la existencia de un daño. Este daño consiste en la frustración de una expectativa razonable de colaboración futura, que el hijo probablemente habría prestado a sus progenitores en el curso normal de su vida.

Se trata de una presunción fundada en el curso ordinario de la vida. Como ha sostenido autorizadamente la doctrina,

“Cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia, se presume a favor de los padres la existencia de un daño material cierto y actual que consiste en la pérdida de una chance”¹¹⁵⁹.

En definitiva, se presume que, de haber continuado con vida, ese hijo habría colaborado —económica, asistencial, afectivamente— con sus padres en la vejez o ante situaciones de vulnerabilidad.

Esta presunción reposa sobre dos hechos conocidos. El primero, que la vida humana joven está, en principio, destinada, a prolongarse. El segundo, que

“es habitual que los hijos colaboren con el sostenimiento de sus padres, especialmente durante su vejez, ya que en el extremo final de sus vidas suele disminuir sus energías y aptitud laboral, máxime si se trata de personas con bajos ingresos”¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁸ Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial argentino, la jurisprudencia ya admitía la aplicación de presunciones judiciales en materia de ayuda futura. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sostuvo que “es de fuerte presunción que la continuidad de la vida del hijo —interrumpida de manera atribuible a la demandada— podría, aún pese a la falta de prueba concreta, representar una futura —o potencial si se quiere— posibilidad de ayuda, tanto económica, como afectiva o de cualquier tipo de auxilio en tiempos de vejez”. Y concluyó que tal presunción “sí cabe consignarla [...] como un daño material sufrido por los actores”, aun cuando no se acreditara una capacidad productiva actual del hijo fallecido, ya que ello no excluía “la chance o expectativa de una potencialidad futura de mejoría laboral y, por tanto, económica”. Ver: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 14/02/2003, “Soto, Juan Bautista y otro c./ G.C.B.A. Hospital Durand”, autos n.º 1343/0.

¹¹⁵⁹ Giles (2012).

¹¹⁶⁰ C. Apel. Civ. Com. Córdoba, sala II, 19/03/2008, “Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano”, LL Córdoba, 2008, p. 535.

Pero esta conducta socialmente esperada no solo se justifica por la lógica y la experiencia, sino también en el derecho. El artículo 671 del CCyC establece el deber de respeto y asistencia recíproca de los hijos a los padres, y el artículo 537 consagra de los hijos a sus padres, el deber de alimentos.

Esta interpretación ha sido también consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En reiteradas oportunidades ha señalado que

“no puede negarse la indemnización por la “pérdida de chance” por la muerte de un hijo recién nacido, que por su naturaleza es sólo una posibilidad, con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño”¹¹⁶¹;

En la misma línea, ha afirmado que “es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima (...) y verosímil según el curso ordinario de las cosas”¹¹⁶².

Ahora bien, aun cuando no es necesario acreditar la existencia del perjuicio, deberán acompañarse datos al proceso, que orienten al juez respecto de su cuantificación. Si bien “la sola pérdida de ese sostén demuestra por sí misma el daño patrimonial constituyéndose en una presunción de existencia de daño, más no así del quantum”¹¹⁶³. Por lo mismo, el juez, al momento de avaluar el daño, debe ponderar con prudencia las circunstancias del caso, particularmente el grado de probabilidad de la ayuda frustrada. Aun así, la ausencia de una contribución económica actual del hijo no constituye un obstáculo para la reparación. No se exige que el hijo ya estuviera colaborando económicamente: lo que se indemniza es la pérdida de la oportunidad, fundada en circunstancias objetivas, de que esa ayuda pudiera haberse concretado en el futuro¹¹⁶⁴.

Por eso, incluso se ha acogido este daño en relación con hijos menores de edad, e incluso no nacidos aún, cuestión sobre la cual volveré más adelante. También lo ha hecho

¹¹⁶¹ CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595; CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986-IV, pp. 623-627.

¹¹⁶² CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595.

¹¹⁶³ CSJN, 02/09/2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c./ Campos, Enrique Oscar y otros”, 344:2256.

¹¹⁶⁴ C. Nac. Civ., sala C, 22/12/1981, “M., Néstor Guillermo y otros c./ Z., Ángel Rafael y otros”, JA, 1983-I, p. 256.

respecto de hijos que no habían ingresado al mercado laboral. En todos esos supuestos, el daño no se mide por la colaboración presente —inexistente por razones obvias—, sino por la probabilidad suficiente de que, de haber vivido, el hijo habría cumplido con sus deberes de ayuda o sostén¹¹⁶⁵.

Por otro lado, esta presunción, no se limita solo a la entrega de dinero. La asistencia puede manifestarse de muchas otras formas: acompañar al médico, realizar gestiones administrativas, sostener emocionalmente, participar en la vida cotidiana de los padres. Son contribuciones que, aunque no siempre son fácilmente cuantificables, poseen un valor indiscutible y una función estructural en la vida de los adultos mayores¹¹⁶⁶.

Con todo, la presunción establecida por el art. 1745 c) puede ser desvirtuada en el caso concreto, cuando concurren circunstancias que permiten razonablemente excluir la existencia de una oportunidad real y seria. Por ejemplo, en un fallo que analizó la muerte de un recluso dentro de una penitenciaría, se rechazó la indemnización. Se fundamentó en que aun reconociendo que el fallecido realizaba tareas como jornalero antes de ingresar al penal, no se había probado la regularidad ni la estabilidad de su trabajo; y que sus antecedentes penales dificultaban seriamente un eventual reingreso laboral. En esas condiciones, concluyó que las posibilidades de ayuda futura a sus padres eran demasiado inciertas como para ser indemnizadas¹¹⁶⁷.

En el mismo sentido, se ha rechazado la pérdida de chance por ayuda futura a los progenitores de un delincuente que fue asesinado en momentos que cometía un delito — en el caso, robo con arma blanca—, pues no existe la frustración de una esperanza de ayuda económica futura por parte de los actores al estar acreditado que el menor no tenía un trabajo lícito, regular y estable, máxime cuando tenía causas penales y su propia madre sostuvo que era adicto a las drogas y lo ayudaba económicamente a paliar su adicción¹¹⁶⁸.

Es decir, la presunción establecida simplemente indica que, por regla general, la muerte de un hijo genera una pérdida indemnizable para los padres, pero exige también

¹¹⁶⁵ C. Nac. Civ., sala A, 06/03/2023, “Fernández, Eduardo Oscar y otro c./ Ciorca, Gonzalo Mario y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

¹¹⁶⁶ Parellada (2018), pp. 174-175.

¹¹⁶⁷ C. Apel. Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, sala IV, 04/08/2009, “García, Apolinario Esteban y otros c./ Estado Provincial”, LL Online, cita digital: AR/JUR/27672/2009.

¹¹⁶⁸ C. Apel. Civ. Com. Morón, sala I, 09/06/2009, “G., E. y Otra c./ Andreoli, Juan Roberto”, LL online, cita digital: AR/JUR/14588/2009.

que evalúe si, en el caso concreto, esa pérdida constituye una chance real y seria que, por no concretarse, merece ser reconocida.

2.3.5. Jurisprudencia favorable: reconocimiento del daño indemnizable

a. Casos de hijos adolescentes o jóvenes con proyectos de vida concretos

Dentro del amplio espectro de supuestos en que la jurisprudencia ha admitido la indemnización por pérdida de chance de ayuda futura, los casos de hijos adolescentes o jóvenes con proyectos de vida concretos ocupan un lugar especialmente importante. La razón es clara: en estos escenarios, la frustración de la asistencia futura aparece como una expectativa seria y fundada, anclada en trayectorias vitales ya iniciadas.

Así lo entendió la jurisprudencia en un caso donde un adolescente falleció electrocutado en su domicilio al manipular un ventilador conectado a una instalación eléctrica deficiente¹¹⁶⁹. Sus padres promovieron la acción reclamando, entre otros rubros, la pérdida de chance de recibir asistencia futura. El tribunal reconoció expresamente la procedencia de este concepto, subrayando que la muerte del hijo truncó una expectativa legítima y verosímil de colaboración futura, tanto en el plano material como moral. Se valoró que el joven provenía de una familia humilde, que su padre apenas tenía estudios primarios completos y que el adolescente proyectaba cursar estudios en la Escuela Naval.

Estas circunstancias objetivas permitieron concluir que la probabilidad de asistencia no era meramente eventual, sino suficientemente concreta para ser resarcida. En palabras del fallo: “No se trata entonces de eventuales, sino de concretos sostenes, tanto en el orden económico como personal, asistencial, de cuidados y de consejos en el futuro de los padres”¹¹⁷⁰. En línea con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se recordó que exigir certeza sobre el perjuicio derivado de la muerte

¹¹⁶⁹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala II, 12/08/2016, “Insaurrealde, Miguel Salvador y otro c./ Edenor S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-101228-AR.

¹¹⁷⁰ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala II, 12/08/2016, “Insaurrealde, Miguel Salvador y otro c./ Edenor S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-101228-AR.

desnaturalizaría el concepto mismo de chance, que por definición alude a una posibilidad plausible, pero no asegurada¹¹⁷¹.

Un razonamiento similar fue adoptado en otro precedente, en el que se debatió la muerte de un joven de 25 años en un accidente automovilístico. Sus padres reclamaron reparación por daño moral y pérdida de chance, argumentando que su hijo cursaba estudios de kinesiología y representaba una expectativa razonable de colaboración económica futura. El tribunal acogió la indemnización, reconociendo que, aun cuando el joven no hubiera realizado aportes económicos efectivos, la existencia de un proyecto personal definido hacía seria la expectativa de ayuda. Para cuantificar el daño, se partió de la base del valor final del beneficio probable, reduciéndolo al 50% para reflejar la aleatoriedad inherente a toda chance, y luego se efectuó una disminución adicional por la incidencia causal atribuida a la víctima (al no portar cinturón de seguridad)¹¹⁷². Esta forma de cálculo deja de manifiesto que lo que se indemniza no es una certeza matemática, sino que:

“deben ejercer su prudente arbitrio judicial considerando no solo la posibilidad de contribución durante la vida probable del fallecido sino también las circunstancias personales como sexo, edad, nivel educativo, posición socioeconómica, estado civil, entre otros factores, y deben proyectar dicha colaboración futura con prudencia y apreciación”¹¹⁷³.

Más discutible resulta, en cambio, la solución adoptada en otro caso, en el que la madre de un joven fallecido por intoxicación con monóxido de carbono reclamó también indemnización por pérdida de chance. Aunque el tribunal reconoció que la muerte del hijo implicaba la frustración de una expectativa de asistencia futura, resolvió no conceder una suma autónoma bajo ese rótulo, integrando el perjuicio dentro del daño patrimonial general¹¹⁷⁴. Si bien la sentencia no niega el carácter resarcible de la oportunidad perdida, su negativa a reconocerla de modo autónomo desdibuja la especificidad del daño, privándolo de un tratamiento diferenciado que, en cambio, ha sido consagrado tanto en la

¹¹⁷¹ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala II, 12/08/2016, “Insaurralde, Miguel Salvador y otro c./ Edenor S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-101228-AR.

¹¹⁷² C. Nac. Civ., sala A, 06/03/2023, “Fernández, Eduardo Oscar y otro c./ Cieurca, Gonzalo Mario y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

¹¹⁷³ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627.

¹¹⁷⁴ C. Nac. Civ., sala J, 18/03/2015, “N. M. C. c./ E. M. J. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-92000-AR.

doctrina más autorizada como en la jurisprudencia¹¹⁷⁵. El riesgo de esta perspectiva es trivializar la pérdida de chance como si fuera un daño accesorio o secundario, cuando en realidad —como he sostenido— constituye una categoría autónoma, con requisitos, contenido y valoración propios.

b. Caso de muerte de hijos menores o recién nacidos

La pérdida de chance de ayuda futura no se circunscribe exclusivamente a hijos que ya hubieran alcanzado una edad laboral activa. La jurisprudencia ha sido clara en reconocer que también resulta indemnizable cuando se trata de hijos menores, en tanto lo que se frustra es una expectativa razonable de colaboración futura, fundada en el curso ordinario de los acontecimientos¹¹⁷⁶.

En todo caso, la seriedad de esta posibilidad no es homogénea: “será mayor cuanto mayor era la probabilidad de que esa ayuda se concretara”¹¹⁷⁷, y esa probabilidad exige valorar, entre otros factores la edad del hijo fallecido. No se trata de un cálculo aritmético, sino de un juicio razonado sobre lo que, según la experiencia común, podía preverse que ocurriría si la vida no hubiera sido abruptamente interrumpida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha confirmado esta postura. En efecto, ha sostenido que

“la menor edad del fallecido no permite excluir la posibilidad de otorgar una indemnización a sus padres, pues es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén, expectativa legítima de acuerdo con el artículo 367 del

¹¹⁷⁵ No menciono el artículo 1745 del CCyC porque a la época de los hechos, dicha norma no había entrado aun en vigencia.

¹¹⁷⁶ CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595; CSJN, 02/09/2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c./ Campos, Enrique Oscar y otros”, 344:2256; CSJN, 10/04/2003, “V.R.E. c./ Provincia de Buenos Aires”, CSJN, 13/03/2007, “Albornoz, Luis Roberto y otro c./ Provincia de Buenos Aires y otro”, 330:748, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2474/2007; CSJN, 14/07/2015, “Meza, Dora c./ Provincia de Corrientes y otro”, 338:652, RCyS2015-X, p. 80. La doctrina en general considera que es indemnizable: Bielsa Ros (2013), p. 76; Compagnucci (2004), pp. 220-221; (Márquez 2010), pp. 750-751; Moeremans (2010), pp. 1030-1031; Tanzi (2005), p. 314; Trigo Represas y López Mesa (2011b), p. 1051, Zavala De González (1988), entre otros.

¹¹⁷⁷ Parellada (1994), p. 143.

Código Civil y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde”¹¹⁷⁸.

Asimismo, en el precedente Peón, reafirmó que “no puede negarse la indemnización por pérdida de chance por la muerte de un hijo recién nacido”¹¹⁷⁹, recordando que exigir certeza absoluta desconocería la naturaleza misma de la chance, que remite a una posibilidad seria, aunque no garantizada.

En este sentido, la Corte Suprema ha criticado decisiones que negaban la indemnización por considerar que no existía certeza de perjuicio. Así lo hizo en Santa Coloma, recordando que, si de lo que se trata es de resarcir la chance, “no puede exigirse la certeza del perjuicio, pues ello implica desconocer la naturaleza misma del daño”¹¹⁸⁰. Y recordó que la colaboración de los hijos no se agota en el auxilio material, sino que también puede consistir en asistencia organizativa, gestión de intereses familiares o apoyo afectivo.

Algunos autores han sostenido que, ante la muerte de un hijo, podría considerarse que los padres experimentan una suerte de “ahorro” de los gastos futuros de crianza y educación que, de no haberse producido el deceso, habrían debido afrontar. Sobre esta base, se ha llegado incluso a sugerir la aplicación de la regla de la *compensatio lucri cum damno*¹¹⁸¹, entendiendo que el daño patrimonial derivado de la pérdida de chance se vería, en parte, neutralizado por los gastos evitados.

Esta postura, a mi juicio, resulta insostenible. Como ha señalado con acierto Zavala de González, el eventual “ahorro” económico que pueda implicar la supresión de los gastos de crianza no puede, en modo alguno, compensar la pérdida de la expectativa legítima de asistencia futura que los padres depositaban en sus hijos¹¹⁸².

Aceptar este razonamiento llevaría, en última instancia, a una conclusión inaceptable: que el responsable de la muerte de un hijo podría lucrar con su hecho ilícito,

¹¹⁷⁸ CSJN, 07/04/1999, “Villalba, Julio Martín y otra c./ Provincia de Santiago del Estero y otro”, 322:621, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/5236/1999.

¹¹⁷⁹ CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595.

¹¹⁸⁰ CSJN, 05/08/1988, “Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos”, 308:1160, ED, n.º 120, p. 651; JA, 1986, tomo IV, pp. 623-627

¹¹⁸¹ Aldax (2012). En relación con la pérdida de chance de ayuda económica futura derivada de la muerte de un hijo, se ha sostenido expresamente que no corresponde descontar, a título compensatorio, los gastos que los padres dejan de realizar por el fallecimiento. Así, se afirma en la p. 48: “Hemos intentado a lo largo de este trabajo demostrar que a la indemnización por pérdida de la chance de ayuda económica futura descontarse los gastos ahorrados por los padres como consecuencia de la muerte del hijo”.

¹¹⁸² Zavala De González (1990), p. 264.

al disminuir los gastos que los padres deberían haber realizado en el futuro¹¹⁸³. Se trata de una derivación contraria a los principios más elementales del derecho de daños y a la función preventiva y resarcitoria que inspira a nuestro ordenamiento.

Lamentablemente, existen decisiones que han recogido esta tesis. Así, se ha sostenido que los padres no sufrirán un daño indemnizable si el hijo, debido a su corta edad y a su falta de productividad económica inmediata, era considerado más como una carga que como una potencial fuente de auxilio. En palabras del fallo::

“Los padres sufrirán daño patrimonial futuro y cierto, si la hija hubiera estado el tiempo de su fallecimiento en condiciones objetivas de lograr beneficios económicos por su trabajo o de otra manera, en un tiempo más o menos cercano; pero siendo por su corta edad, una pequeña realmente improductiva, más es una carga que una fuente de recursos, la posibilidad de que hubiere ayudado al sostenimiento económico de sus padres, le parece demasiado lejana y eventual para ser indemnizada”¹¹⁸⁴.

Sin embargo, este criterio desconoce que, conforme al curso ordinario de las cosas, los hijos —salvo circunstancias excepcionales— suelen convertirse en fuente de apoyo, material o moral, para sus progenitores.

Como ha señalado Tanzi, “la esperanza de ayuda futura no es hipotética, sino cierta”¹¹⁸⁵, en tanto se asienta en el patrón normal de los vínculos familiares. Así, “si bien no puede asegurarse que el niño nacerá con actitudes propias para ayudar a sus padres, tampoco hay fundado motivo para firmarlo contrario”¹¹⁸⁶

La jurisprudencia más reciente confirma esta tendencia. Se ha admitido la indemnización por pérdida de chance incluso en casos de muerte de niños de corta edad —como en el caso de una niña de siete años atropellada por un patrullero policial en exceso de velocidad—, reconociendo que, aunque el hijo aún no prestaba ayuda, sus padres perdieron una expectativa seria de apoyo futuro, conforme al curso normal de la

¹¹⁸³ Zavala De González (1990), p. 264.

¹¹⁸⁴ CS de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativa, 25/10/1996, “B., C. A. y otra c./ Si. Pro. S.A. y otra”. Este fallo fue críticamente analizado por Vázquez Ferreyra, quien, con razón, replica: “(...) a esa hija la han alimentado, la han vestido, le han cuidado su salud, etc. y ¿todo para qué? Para que alguien ilícitamente se las quite de un día para el otro y enjuague su responsabilidad alegando que ‘se han sacado una carga de encima’. Ver: Vázquez Ferreyra (1998), p. 916.

¹¹⁸⁵ Tanzi (2005), p. 314,

¹¹⁸⁶ Tanzi (2005), p. 314,

vida y a la solidaridad familiar especialmente intensa en contextos de vulnerabilidad social¹¹⁸⁷.

Finalmente, es importante recordar que la magnitud de la ayuda que se frustra no condiciona la existencia del daño. Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que se indemniza es la expectativa legítima de recibir algún tipo de auxilio en la ancianidad o en situaciones de necesidad¹¹⁸⁸. De allí que, incluso tratándose de hijos menores, la pérdida de la chance de ayuda futura constituye un daño real, cierto y resarcible.

c. Caso del que está por nacer

En el caso de la muerte del que está por nacer, ¿podrá hablarse de pérdida de chance de ayuda futura? ¿No será demasiado remota la expectativa de ayuda respecto del que ni siquiera ha llegado a nacer? Si bien buena parte de la doctrina y jurisprudencia, se inclina hacia su reconocimiento como daño resarcible¹¹⁸⁹, considero que en este caso, en particular, no podemos hablar de chance perdida. A diferencia de lo que ocurre en el caso de muerte de hijos adolescentes o jóvenes con proyectos de vida incipientes, aquí la expectativa de ayuda a los padres resulta, en principio, demasiado lejana y eventual.

En el caso de un hijo menor de edad, la pérdida de la oportunidad de ayuda futura se basa en la probabilidad de que, al llegar a la edad adulta, contribuya —en mayor o menor medida— con sus padres. Esta conclusión es posible según lo que nos enseña el curso ordinario de la vida. Pero, aun considerando lo anterior, no basta con tener esperanza. La oportunidad debe basarse en un criterio objetivo que permita inferir, al menos razonablemente, su existencia. En este sentido, se ha señalado que:

¹¹⁸⁷ CSJN, 10/4/2003, “Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro”.

¹¹⁸⁸ CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595.

¹¹⁸⁹ C. Nac. Civ., sala B, 20/03/2009, “N. d. M. S. C. y otro c./ Solidez S.R.L. y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR/9654/2009; C. Nac. Civ., sala M, 30/12/2008, “Z., V. G. c./ Transporte Automotor La Plata S.A”, LL online, cita digital: AR/JUR/22179/2008; C. Nac. Civ., sala H, 19/03/1999, “B., E. A. c. Sanatorio Morano”.

En el mismo sentido, Eduardo Zannoni ha expresado: “También en el caso del aborto accidental habría un daño patrimonial expresado en la pérdida de chances: la eventual ayuda que, alguna vez, ese ser, nacido y adulto, podría prestar a sus progenitores. No hace falta, creemos, un análisis detenido para advertir que esa expectativa (si la hay), no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva”. Zannoni (1982), p. 154.

“La pérdida de la chance es un concepto que, referido a la esperanza de contribución, sostén y ayuda material futura para los padres, por parte de un menor, es una cuestión controvertida y controvertible. Esta posibilidad de ayuda resulta cada vez más lejana cuanto menor es la edad del hijo fallecido y la chance es cada vez más remota, por lo que llega a un punto en que el daño no es cierto y ni siquiera futuro, sino puramente eventual e hipotético y, por lo tanto, no indemnizable; de lo contrario - de admitirse la presunción irrefragable se estaría volviendo a la tesis del valor *económico per se* de la vida humana”¹¹⁹⁰.

Cuando se trata de un ser que aún no ha nacido, esta base fáctica simplemente no existe. No se trata solo de la falta de un historial de vida; tampoco se puede hablar de un comienzo de trayectoria personal o social que permita razonablemente proyectar conductas futuras de asistencia. Como ha señalado una parte de la jurisprudencia, en el supuesto de muerte de una persona por nacer, “la pérdida de chance de ayuda económica futura se diluye de tal manera que se convierte en meramente conjetural y, por lo tanto, no indemnizable”¹¹⁹¹.

Esta solución parece, a mi juicio, la más respetuosa de la lógica de la pérdida de la chance: no todo anhelo puede ser fuente de responsabilidad civil. El derecho de daños no repara sueños truncados, sino expectativas que, con razonable probabilidad, se habrían concretado de no mediar el hecho dañoso.

Ciertamente, hay voces doctrinarias y fallos que sostienen lo contrario, afirmando que “la muerte de una persona por nacer es indemnizable como frustración de la chance de obtener ayuda económica, pues el feto configura, al igual que el nacido, un cúmulo de energías, aunque mas no sea en potencia, que se pierden con su deceso”¹¹⁹². También la Corte Suprema ha admitido la indemnización por pérdida de chance en casos de fallecimiento de recién nacidos, recordando que la expectativa no requiere certeza absoluta¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ C. Nac. Civ., sala F, 15/04/2002, causa n.º F316771, Jurispr. C. Civ., Isis, sum. 0014900. Citado en: Tanzi (2005), p. 330.

¹¹⁹¹ C. Nac. Civ., sala G, 31/10/1994, “Funes, Liliana c./ Pawlowicz, Nélida”, cita Lexis: 10/7217. El fallo fue dividido. En su voto en disidencia, la Dra. Luaces sostuvo que la muerte del hijo concebido —al igual que la del nacido— es indemnizable en concepto de daño material, en tanto priva a los padres de la chance de recibir en el futuro ayuda económica, afectiva o de cuidado.

¹¹⁹² C. Nac. Civ., sala B, 20/03/2009, “N. d. M. S. C. y otro c./ Solidez S.R.L. y otros”, LL online, cita digital: AR/JUR/9654/2009.

¹¹⁹³ CSJN, 17/03/1998; “Peón, Juan D. y otra c./ Centro Médico del Sud S.A”, 321:487, LL, 1998-D, p. 595.

Sin embargo, a mi juicio, la cuestión no radica tanto en la distancia temporal que separa el hecho dañoso del eventual beneficio, sino en la cantidad y fragilidad de hitos que deberían verificarse para que esa ayuda filial llegue, siquiera, a configurarse como un dato real. Cuando la probabilidad descansa en una sucesión de contingencias todavía inexistentes —concebir, llevar a término un embarazo, que el nacido crezca sano, desarrolle un vínculo sólido con sus progenitores y, décadas más tarde, quiera y pueda brindarles asistencia— la supuesta “chance” se diluye en un territorio de pura conjetura.

En definitiva, lo que se invoca no es una oportunidad perdida, sino un daño eventual: un perjuicio cuya realización depende de un encadenamiento hipotético que escapa por completo a la esfera de control del responsable.

Aceptar la indemnización en semejantes supuestos equivale a presumir que todo concebido será, indefectiblemente, un futuro sostén de sus padres; una presunción que ignora la incertidumbre natural del desarrollo humano y desplazaría la pérdida de chance fuera de su cauce dogmático, convirtiéndola en un seguro frente a expectativas imaginarias. El derecho de daños, orientado a la reparación de probabilidades concretas y objetivamente fundadas, no puede transformarse en un mecanismo de compensación por escenarios contrafácticos que solo existen en la imaginación de quien reclama.

Esta distorsión se advierte con particular claridad en ciertos precedentes jurisprudenciales en los que se reconoció indemnización por la frustración de una supuesta “chance de ayuda futura” fundada exclusivamente en la imposibilidad de procrear. Así ocurrió, por ejemplo, en un caso en que se tuvo por acreditado que la actuación negligente de los médicos provocó la esterilidad de una mujer, reconociéndose la pérdida de la oportunidad de recibir asistencia de un hijo futuro. El tribunal sostuvo que:

“todo paciente tiene la razonable probabilidad de ser asistido por sus descendientes en situaciones naturales que tornan necesario tal auxilio (vejez, enfermedades, etc.). Tal posibilidad —disminuida, en el caso, por el accionar culposo de los médicos, del cual derivó la incapacidad de procrear de la esposa del actor— debe valorarse en sí misma, con prescindencia del resultado final

incierto, pues la chance tiene entidad específica, determinable en función de las circunstancias de cada caso”¹¹⁹⁴.

Sin embargo, este fundamento incurre en un salto lógico insalvable. No se parte de una oportunidad real y concreta frustrada por el hecho dañoso, sino que se construye, a partir de un deseo no realizado (procrear), una cadena de futuros hipotéticos cuya realización no solo es incierta, sino también indemostrable. En otras palabras, el tribunal no reparó una probabilidad objetivamente verificable, sino una expectativa puramente especulativa, con lo cual convirtió al derecho de daños en una herramienta para compensar la pérdida de un porvenir imaginado. Tal razonamiento, aunque bienintencionado, desvirtúa el sentido de la indemnización por pérdida de chance, que exige siempre el respaldo de datos objetivos, verificables y fundados en el curso normal de las cosas. De lo contrario, no se repara un daño cierto, sino que se cae en el terreno de la ficción.

2.3.6. Jurisprudencia negativa: rechazo por falta de verosimilitud

a. Casos con discapacidad severa o dependencia total del hijo

Cuando se analiza la procedencia de la pérdida de chance por la muerte de un hijo, no basta con afirmar, en abstracto, que existe una expectativa de ayuda futura. Es necesario valorar si, atendiendo a las circunstancias concretas, esa expectativa tenía una probabilidad suficiente de realizarse.

En el caso del hijo que presentaba, al momento del hecho, una discapacidad severa o una dependencia total de terceros, la oportunidad de ayuda futura se enfrenta a un límite insoslayable: la realidad objetiva de que ese hijo, lejos de poder brindar asistencia, requería él mismo de un apoyo constante para sus actividades más elementales. No es posible considerar dentro del curso normal de los acontecimientos que, en el futuro, ese

¹¹⁹⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 01/07/1997, “M. de M., E. del V. c./ Unión Obrera Metalúrgica y otros”, LL, 1997-F, p. 759; DJ, 1998-3, p. 1102.

niño o niña sin autonomía funcional ni perspectivas realistas de inserción laboral, pudiese haber revertido esa condición y se convirtiera en sostén de sus progenitores¹¹⁹⁵.

Así lo reconoció, con claridad, un fallo en el que se discutió la responsabilidad por la muerte de un niño con síndrome de Down, que falleció tras haberse alejado de su domicilio sin la debida supervisión. La madre del menor reclamó, entre otros rubros, la pérdida de chance de asistencia futura. El tribunal rechazó el pedido, recordando que “la posibilidad de que el menor pudiera en el futuro auxiliar a su madre es una conjetura carente de sustento en función de las especiales condiciones personales del niño, cuya vida dependía, al momento de los hechos, de la asistencia permanente de terceros”¹¹⁹⁶.

La sentencia reafirma un criterio que, a mi juicio, es el correcto: la pérdida de chance no puede fundarse en la esperanza, por más genuina que sea, si carece de una base fáctica mínimamente sustentable. No basta el amor, ni la ilusión de ayuda futura. Se requiere que la expectativa de colaboración haya tenido visos de realidad; y en este caso, la severa discapacidad del menor, unida a la necesidad de supervisión continua en todas sus actividades cotidianas, hacía altamente improbable que, llegado a la adultez, pudiera no solo sostenerse a sí mismo, sino además asistir económicamente o de otra forma a sus padres¹¹⁹⁷.

La misma lógica impide admitir bajo el rótulo de pérdida de chance aquellas situaciones en las que los padres alegan haber visto frustrados sus propios proyectos vitales por la necesidad de cuidar a un hijo con discapacidad. Esa frustración, aunque real, debe tramitarse —si corresponde— a través de la reparación del daño extrapatrimonial, pero no convierte, por sí sola, una expectativa inexistente en una chance perdida¹¹⁹⁸.

En definitiva, el principio que se desprende es que la pérdida de chance exige una probabilidad objetiva, suficiente y fundada en las circunstancias del caso. Cuando, como en estos supuestos, la expectativa de ayuda futura resulta puramente eventual o contraria a la realidad fáctica —por la dependencia estructural del hijo respecto de otros—, no puede hablarse de daño resarcible por este concepto. El dolor de la pérdida por supuesto

¹¹⁹⁵ C. Apel. Civ., sala M, 29/10/2021, “K., D. C. y otros c./ S. A. - F. I. Q. C.”, con nota de Pascual Alferillo, Diario El Derecho, tomo 297, 2022. Cita digital: ED-III-CLII-545.

¹¹⁹⁶ C. Apel. Civ. Com. Azul, sala II, 10/03/2021, “A. G. E. y otro c./ Fútbol Club Carril Sud”, RCyS, 2021-I, p. 143, cita digital: AR/JUR/63698/2020.

¹¹⁹⁷ C. Apel. Civ. Com. Azul, sala II, 10/03/2021, “A. G. E. y otro c./ Fútbol Club Carril Sud”, RCyS, 2021-I, p. 143, cita digital: AR/JUR/63698/2020.

¹¹⁹⁸ C. Apel. Civ., sala M, 29/10/2021, “K., D. C. y otros c./ S. A. - F. I. Q. C.”, con nota de Pascual Alferillo, Diario El Derecho, tomo 297, 2022. Cita digital: ED-III-CLII-545.

que existe y debe ser atendido, pero en el ámbito que le corresponde: el daño extrapatrimonial, no la pérdida de chance.

b. Casos con conductas delictivas o adicciones

En el campo de la responsabilidad civil, no toda muerte trágica de un hijo da lugar a la indemnización por pérdida de chance de ayuda futura. El derecho no puede, ni debe, construir expectativas allí donde los hechos demuestran que, en términos objetivos, no existía una probabilidad razonable de asistencia futura.

La chance indemnizable, como ya he señalado, exige algo más que un lazo afectivo o un vínculo jurídico: requiere que sea seria, fundada en el curso ordinario de las cosas y en las circunstancias particulares de la víctima. Esa probabilidad desaparece cuando, al momento del hecho, el hijo cuya pérdida se invoca como daño estaba inmerso en conductas que tornaban altamente improbable su capacidad de brindar ayuda a sus progenitores.

Así se ha resuelto, por ejemplo, en un caso en que se reclamó la pérdida de chance a raíz de la muerte de un joven que, al momento de fallecer, cometía un delito —robo con arma blanca— y registraba antecedentes penales. El tribunal rechazó el reclamo, poniendo de relieve que no existía ninguna base objetiva para suponer que el hijo hubiera podido prestar ayuda futura a sus padres. Muy por el contrario, estaba probado que el joven carecía de trabajo lícito, regular y estable, que tenía causas penales abiertas. Incluso su propia madre reconoció que era adicto a las drogas y que debía asistirlo económicamente para paliar su adicción. Por lo mismo, no puede hablarse de una chance real de colaboración futura, sino solamente de una esperanza, ajena al estándar exigido para que sea reparable¹¹⁹⁹.

En otro caso, los padres de una víctima con antecedentes delictuales solicitaron una indemnización por pérdida de chance. Aunque el tribunal, en esa oportunidad, acogió la demanda y otorgó la respectiva indemnización, creo que ello no resulta correcto. El análisis de causalidad adecuada exige remitirse al curso normal y ordinario de las cosas,

¹¹⁹⁹ C. Apel. Civ. Com. Morón, sala I, 09/06/2009, “G., E. y otra c./ Andreoli, Juan Roberto”, LL online, cita digital: AR/JUR/14588/2009.

además de las condiciones personales de la víctima¹²⁰⁰. No le corresponde al juez imaginar escenarios optimistas que contradigan la trayectoria de vida demostrada al momento del hecho. La función del derecho de daños no puede traducirse en compensar carencias afectivas, ni elaborar ficciones redentoras, sino reparar aquellos daños que, con una mirada prudente de la realidad, al menos hubieran tenido alguna posibilidad de concretarse.

El dolor de los padres, es, sin lugar a dudas, real y trágico. Pero el derecho exige distinguir el dolor del daño; en aquellos escenarios en que no existe una base fáctica que permita concluir, siquiera de manera razonable, que el hijo habría podido asistir a sus padres, la pérdida de chance debe ser rechazada.

3. Algunas reflexiones finales en torno al azar contextual

1. En la mitología griega, las Moiras (Cloto, Láquesis y Átropos) determinaban el destino de cada ser humano. Una tejía el hilo de la vida, otra lo medía y la última lo cortaba. Esta imagen de un destino inmutable, decidido por fuerzas divinas y ajeno a la voluntad humana, ha acompañado durante siglos al pensamiento cultural y religioso de muchas sociedades. Sin embargo, el derecho moderno se aparta de esa concepción fatalista del destino. Reconoce que aun cuando nuestra vida transcurre sobre la base de condiciones sociales, familiares, económicas o de salud, que forman parte del escenario que orienta, ello no determina de manera inamovible el curso de los acontecimientos.
2. A diferencia del azar decisional, que depende de una decisión de la víctima o de un tercero, el azar contextual depende de circunstancias objetivas que, sin asegurar un determinado desenlace, hacían verosímil un horizonte mejor. Es decir, se trata de reconocer que había una situación en curso, influido por ciertos factores que el juez debe ponderar, que ofrecía márgenes razonables de progreso, de beneficio o de mejora, y que fue abruptamente interrumpido. En este sentido, interrumpir ese proceso significa quebrantar una expectativa concreta que ya se

¹²⁰⁰ C. Nac. Civ. Com. Fed., sala II; 30/03/2023; “Cejas, Elida Raquel c./ Estado Nacional”, Rubinzal Online, cita digital: RC J 1321/23.

insinuaba en la realidad. El azar contextual reconoce que nuestro destino no está forjado ni depende solo del capricho de la suerte.

3. En este escenario, la existencia de una oportunidad razonable surge de la confluencia de dos factores. Por un lado, la experiencia general, que se sustenta en estadísticas, estudios empíricos y criterios lógicos, que permite sostener que en situaciones similares, el curso de los acontecimientos suele desarrollarse de manera más favorable que aquella en que ha quedado finalmente el afectado. Por otro lado, las circunstancias concretas del sujeto, como su edad, su entorno familiar, su desempeño previo, su situación laboral, su salud o sus vínculos, que hacen también, al menos probable, un resultado mejor. Esa conjunción entre lo esperable en términos generales y lo verificado en el caso particular convierte a la oportunidad perdida en una probabilidad fundada. La situación frustrada no es abstracta, sino una proyección razonable, anclada en condiciones observables, que ofrecían al sujeto márgenes reales para desenvolverse en un escenario más ventajoso que el efectivamente producido. Sin embargo, la conducta negligente de un tercero, ha tornado imposible esta mejor situación para la víctima. En estos casos, el azar no es sinónimo de destino caprichoso, sino de una evolución influida por múltiples factores que escapan a la voluntad de quien resulta perjudicado, pero que, sin embargo, pueden ser observados, valorados y ponderados jurídicamente.
4. No toda incertidumbre constituye un supuesto de azar contextual. Se requiere que, antes del hecho dañoso, pueda reconocerse una evolución discernible y una proyección razonable. Si nada permite vislumbrar hacia dónde podía avanzar la situación, la incertidumbre se desvanece en conjetura y el derecho no interviene. No basta con invocar una posibilidad genérica ni con presumir que, en circunstancias distintas, las cosas podrían haber salido mejor. Se requiere elementos objetivos, datos empíricos, antecedentes personales o contextuales que permitan al juez reconstruir con prudencia, pero con certeza suficiente, la existencia de una oportunidad concreta.
5. Por eso, no es posible hablar de pérdida de la chance si la incertidumbre proviene de la falta absoluta de información o de la imposibilidad de vincular, con algún grado de probabilidad, el beneficio esperado con el estado previo del sujeto. Cuando no hay indicios de una evolución discernible ni datos que permitan prever, con un mínimo de fundamento, la dirección que habría seguido la vida de la víctima, no se puede hablar de oportunidad, sino de ignorancia. En tales casos, el

azar se confunde con la esperanza y el derecho no está llamado a reparar lo que nunca llegó a configurarse como una expectativa concreta de mejora.

6. Uno de los escenarios más importantes del azar contextual es a propósito de la responsabilidad médica. Lo que se reclama no es la curación ni la prolongación indefinida de la vida, sino la pérdida de una oportunidad real de mejorar el pronóstico: controlar el daño, reducir secuelas, alargar la sobrevida. La ciencia trabaja con probabilidades; negarle al paciente el acceso a la opción más prometedora significa arrebatarse algo tangible, aunque incierto. Es verdad que el curso natural de la enfermedad ya estaba en marcha; sin embargo, el conocimiento científico ofrecía alternativas concretas de intervención que, aplicadas a tiempo y con diligencia, habrían podido modificar el pronóstico, evitar un deterioro mayor, reducir el sufrimiento o ampliar las condiciones de sobrevida.
7. Por eso, la incertidumbre no proviene exclusivamente de la enfermedad ni de su carácter inevitable, sino en el hecho de que su evolución dependía, al menos en parte, de factores que el profesional sanitario debía controlar. La incertidumbre no es total, ya que se basa en datos objetivos, estadísticas clínicas, antecedentes similares y en el cuadro particular del paciente. A diferencia de otras hipótesis, aquí no se trata de imaginar un desenlace ideal, sino de reconocer que, en el momento de la intervención fallida, existía un camino posible de evolución más favorable y que su pérdida constituye, por sí misma, un perjuicio jurídicamente relevante.

El juez, entonces, no imagina futuros ideales; coteja datos clínicos, protocolos y el cuadro individual del paciente para valorar si había, de modo serio, una senda de evolución más favorable. Si existía y fue clausurada por una negligencia, la pérdida de oportunidad es indemnizable.

8. En síntesis, el azar contextual reconoce oportunidades que influían en la biografía de las personas. Cuando una conducta ilícita las frustra, lo que se desvanece no es un sueño, sino una posibilidad concreta cuyo resultado nunca podremos revelar, por culpa del agente dañoso. Aunque pueda parecer que el resultado dependía exclusivamente del destino o del azar, en estas hipótesis existen conductas y condiciones que tienden a reforzar la viabilidad de un desenlace favorable. Estas circunstancias, si bien no garantizaban un resultado, sí consolidan una tendencia, una dirección razonable del curso de los acontecimientos. Lo que el hecho ilícito ha frustrado es una oportunidad fundada, cuya concreción se volvía cada vez más

probable en función de esos antecedentes verificables. Repararla no es premiar la especulación: es restituir, en la medida de lo posible, el curso razonable que los hechos venían revelando.

III. Azar mixto

Existen casos en los que la incertidumbre respecto a la situación en la que se encontraría la víctima de no haber intervenido el hecho generador no se limita a un solo factor, sino que surge de una interacción compleja de elementos. En estos escenarios, el azar deja de ser homogéneo para convertirse en mixto, resultado de la convergencia entre un azar decisional y un azar contextual. Esta combinación plantea desafíos en el análisis y reparación de la pérdida de oportunidad, al requerir una evaluación que contemple la influencia conjunta de ambos elementos.

1. El caso de la compensación económica en el ámbito de las relaciones conyugales (o convivenciales), ¿constituye una oportunidad perdida?

La compensación económica ha generado discusiones sobre si puede entenderse como un caso de pérdida de chance. A continuación, intentaré dar una posible respuesta.

Por otro lado, creo necesario aclarar porque he decidido incluir esta hipótesis dentro de los supuestos de azar mixto. Las oportunidades perdidas por el cónyuge que solicitó la compensación no puede atribuirse solo a una decisión personal, pero tampoco ha sido consecuencia de una situación impuesta. Relegar el desarrollo profesional en favor del proyecto familiar fue, muchas veces, una decisión compartida, pero profundamente condicionada por un contexto social que asigna roles distintos dentro de la pareja. La organización conyugal basada en mandatos tradicionales, la desigual distribución de responsabilidades y la expectativa de cuidado como deber femenino limitan las opciones reales de autonomía. La pérdida de chance, en este contexto, surge del entrecruzamiento entre lo que se eligió y lo que no se pudo elegir del todo.

1.1. Marco normativo y fundamento

La compensación económica surge como una respuesta del derecho frente a una realidad persistente: en muchas parejas, uno de los cónyuges —a menudo la mujer— asume, en beneficio del proyecto familiar, el costo de postergar o renunciar a su desarrollo profesional o laboral. Esta decisión, que en el contexto de la vida en común suele tomarse como una forma legítima de organización, puede traducirse, al momento de la ruptura, en un desequilibrio económico que no puede ser ignorado¹²⁰¹. De allí que el derecho, lejos de fundarse en la lógica de la culpa o de los alimentos, haya diseñado un mecanismo que tiene por objeto corregir ese desbalance, reconociendo el valor del tiempo y del cuidado entregado al hogar o a los hijos.

En Chile, esta institución fue incorporada por la Ley N.º 19.947 sobre Matrimonio Civil, vigente desde 2004¹²⁰². Su artículo 61 reconoce el derecho a una compensación para el cónyuge que, por haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos, no pudo desarrollar una actividad remunerada, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

El artículo 62 de la misma ley establece los criterios orientadores para fijar su procedencia y monto. Entre ellos: la duración del matrimonio y de la vida en común, la situación patrimonial de ambos cónyuges, la edad y el estado de salud, la situación previsional, la capacitación laboral y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo. También se considera la colaboración prestada por un cónyuge al desarrollo profesional del otro. La apreciación judicial no se centra en un perjuicio mensurable en términos contables, sino en el análisis de una trayectoria vital que, por razones legítimas, quedó limitada.

En Argentina, la figura fue incorporada por el CCyC de la Nación en el año 2015. Los artículos 441 y 442 regulan el derecho del cónyuge que, como consecuencia del matrimonio y su ruptura, sufre un desequilibrio económico manifiesto. A diferencia del modelo chileno, que pone el acento en el menoscabo derivado de la dedicación al hogar,

¹²⁰¹ C. Apel. Civ. Com. Trenque Lauquen, 25/11/2024, “M., N. R, c./ D., S. M.”, con nota de Rey Galindo, Mariana J., 31/03/2025, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-18208-AR.

¹²⁰² La Ley N.º 19.947 “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, vigente en Chile desde el 17 de noviembre de 2004, introdujo una profunda reforma al régimen matrimonial, teniendo como uno de sus principales objetos regular el divorcio vincular. En ese contexto, incorporó también la institución de la compensación económica, concebida como una medida destinada a reparar el menoscabo patrimonial sufrido por uno de los cónyuges cuando, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, vio limitadas sus posibilidades de desarrollo laboral durante el matrimonio.

el legislador argentino adopta una fórmula más amplia, que permite contemplar cualquier situación de empobrecimiento relativo que tenga causa adecuada en el vínculo conyugal.

La compensación puede consistir en una prestación única, una renta por tiempo determinado o, en casos excepcionales, por tiempo indefinido. Su pago puede realizarse en dinero, usufructo de bienes o por cualquier otra modalidad que acuerden las partes o determine el juez. Para su determinación, el artículo 442 exige considerar, entre otros factores, la duración del matrimonio, la situación patrimonial de los cónyuges al inicio y al fin de la vida en común, la edad, la salud, la dedicación al hogar o a los hijos, la situación previsional, la capacitación laboral y la colaboración con el progreso del otro. Lo relevante no es acreditar necesidad ni un daño resarcible, sino identificar una situación de desigualdad que requiera ser corregida. En la Argentina, además, opera en el ámbito de las uniones convivenciales (art. 524 y 525, CCyC).

En todo caso, la compensación económica no es exclusiva del derecho chileno o argentino. En España¹²⁰³, el artículo 97 del Código Civil regula la pensión compensatoria a favor del cónyuge que, tras el divorcio, queda en desequilibrio económico respecto del otro. La doctrina española ha subrayado que no se trata de una indemnización civil ni de una pensión alimenticia, sino de una prestación que reconoce, jurídicamente, el costo de oportunidad asumido por quien contribuyó al hogar sin recibir remuneración. Lo que se compensa no es el trabajo doméstico como tal, sino el empobrecimiento relativo sufrido por haber postergado su desarrollo profesional.

En Francia¹²⁰⁴, el Código Civil contempla una indemnización compensatoria que, en términos funcionales, cumple una finalidad similar. La jurisprudencia ha reconocido que la dedicación no remunerada al hogar constituye una contribución valiosa que, al

¹²⁰³ En el Derecho español, la institución equivalente es la pensión compensatoria, prevista en el artículo 97 del Código Civil. Esta disposición reconoce el derecho del cónyuge que, como consecuencia de la separación o el divorcio, sufra un desequilibrio económico en relación con la posición del otro —en tanto dicho desequilibrio represente un empeoramiento respecto de la situación mantenida durante el matrimonio—, a recibir una compensación. Esta puede otorgarse en forma de pensión temporal o indefinida, o bien como una prestación única.

¹²⁰⁴ En el Derecho francés, la *prestation compensatoire* se regula en los artículos 270 a 281 del *Code civil*, introducidos por la reforma de 1975 y modificados en 2004. El artículo 270 prevé que, con motivo del divorcio, uno de los cónyuges puede ser obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura matrimonial provoca en sus condiciones de vida. El artículo 271 establece los criterios para su cuantificación, considerando, entre otros: la duración del matrimonio, la edad y salud de los cónyuges, sus calificaciones y trayectorias profesionales, las consecuencias de decisiones asumidas durante la vida en común para la crianza de los hijos o el desarrollo de la carrera del otro, el patrimonio y los recursos de cada uno, así como su situación previsional y las posibles disminuciones en los derechos de pensión del cónyuge que vio afectada su carrera profesional.

disolverse el vínculo conyugal, no puede quedar invisibilizada. En consecuencia, esa pérdida debe ser menguada mediante una compensación que permita reequilibrar las condiciones materiales de ambos ex cónyuges.

De este modo, tanto en Chile como en Argentina, España y Francia, se aprecia una evolución convergente del derecho hacia formas de reparación que no exigen antijuridicidad, pero sí reconocen el impacto económico de la ruptura. Lo que subyace es la idea de que no debe recaer en quien cuidó, organizó o sostuvo el hogar, el costo exclusivo del proyecto conyugal. Por eso, la compensación económica no es solo un mecanismo de justicia conyugal: es también una forma de hacer visible, en clave jurídica, aquello que ha permanecido históricamente desvalorizado.

1.2. Discusión sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica

Desde su consagración legal, la compensación económica ha generado un debate doctrinario sobre su naturaleza jurídica. A primera vista, la discusión puede parecer meramente clasificatoria. Sin embargo, detrás de esta pregunta —¿qué es, en el fondo, la compensación económica?— se esconden interrogantes más sustantivos: ¿repara un daño?, ¿asiste a quien queda en peor situación?, ¿redistribuye patrimonios? La respuesta que se adopte no solo incide en el su definición, sino también en los criterios de aplicación judicial, en la carga probatoria, e incluso en la comprensión misma de la justicia familiar¹²⁰⁵. En todo caso, no pretendo agotar ni sistematizar exhaustivamente ese debate general, sino solo abordar la cuestión que se vincula directamente con la pérdida de oportunidad, es decir, examinar en qué medida la lógica de la chance frustrada puede servir como fundamento —parcial— de la compensación económica. Todo lo demás, por necesario que sea, excede los límites de esta reflexión.

a. Debate doctrinario: ¿asistencia, reparación o redistribución?

¹²⁰⁵ Lepin Molina (2010), pp. 71-72.

Una primera línea doctrinaria concibe esta figura como una prestación asistencial. Bajo esta perspectiva, la compensación actuaría como una prolongación excepcional del deber de socorro conyugal¹²⁰⁶, destinada a evitar que el cónyuge que asumió el cuidado de la familia, quede en situación de necesidad al momento del divorcio. Esta visión aproxima la compensación al derecho de alimentos, aunque con una finalidad más limitada y un plazo restringido. Se trataría, en palabras simples, de ayudar a quien ha quedado en desventaja económica para que pueda reinsertarse en la vida laboral o reconstruir su autonomía.

Una segunda línea sostiene que la compensación tiene una naturaleza resarcitoria. En este sentido, la ruptura del matrimonio equivaldría a un ilícito civil que produce un perjuicio concreto: la pérdida de una trayectoria laboral o profesional, o al menos la posibilidad de haberla desarrollado en otras condiciones. Desde esta perspectiva, la compensación no es un beneficio ni un auxilio, sino el reconocimiento de una oportunidad frustrada a causa del modo en que se organizó la vida en común. Esta lectura se ha vuelto especialmente influyente en el derecho chileno, donde la mayoría de los autores “se refiere a ella —directa o indirectamente— como una especie de pérdida de oportunidad laboral”¹²⁰⁷. En todo caso, la mayoría de los autores han sido enfáticos en sostener que la indemnización procedería sin tomar en consideración la culpa de los sujetos¹²⁰⁸.

En Argentina, el debate ha seguido una línea similar. Algunos autores rechazan que la figura se subsuma en la lógica del derecho de daños, destacando que no hay hecho ilícito ni conducta reprochable. En esta línea de pensamiento se inserta Mariel Molina de Juan que expresa:

No puede sostenerse que las compensaciones se deban por el “riesgo asumido al contraer matrimonio”; tampoco que exista una “garantía de no empobrecerse”. Aunque subyace una preocupación por la equidad y la prohibición del abuso del derecho, el desequilibrio responde al ejercicio regular del derecho de organizar la vida familiar¹²⁰⁹.

Pero otros admiten que, si bien no estamos ante una indemnización propia de la responsabilidad civil, sí hay un empobrecimiento atribuible a una distribución desigual

¹²⁰⁶ Llulle Navarrete (2020), p. 326.

¹²⁰⁷ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014), p. 70.

¹²⁰⁸ Véliz Möller (2004), p. 65.

¹²⁰⁹ Molina de Juan (2015), pp. 8-9.

de los roles durante el matrimonio, lo que justificaría una reparación basada en razones de equidad.

b. Hacia una posición intermedia: una figura autónoma del derecho de familia con visos de reparación

Si bien hay quienes señalan que se trataría de una institución *sui generis*, y, por lo tanto, de una figura autónoma del derecho de familia, con lógica y fundamentos propios¹²¹⁰; con el tiempo, ha ido ganando terreno una posición intermedia.

Esta tesis reconoce que en muchos casos existe un sacrificio económico verificable, y que ese sacrificio merece alguna forma de reconocimiento jurídico. Pero no exige, como lo haría el derecho de daños, una conducta antijurídica, ni impone al cónyuge que solicita la compensación la prueba exacta de cuánto habría ganado si no hubiera postergado su desarrollo profesional. Lo que se pondera es la trayectoria de vida de quien, por razones familiares legítimas, vio limitada su inserción en el mercado laboral o su capacidad de generación de ingresos.

Además, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad civil, en que la indemnización patrimonial busca sustituir el interés económico afectado por su equivalente exacto, aquí no se persigue una restitución plena ni un cálculo matemático del valor perdido¹²¹¹. Es decir, tiene un fin de reparación, pues a través de ella se busca “una satisfacción económica que mitigue la situación económica desmedrada del demandante”¹²¹².

La jurisprudencia española ha sido particularmente clara al respecto. El Tribunal Supremo ha indicado que la pensión compensatoria no busca indemnizar un daño concreto ni probar un ingreso frustrado, sino evaluar el desequilibrio que se genera tras el divorcio en términos de capacidad de obtención de recursos. Esta pérdida de oportunidades profesionales no se analiza como un lucro cesante, sino como una forma

¹²¹⁰ Veloso Valenzuela (2006), pp. 186-187; Gómez de la Torre (2013), p. 9; Rodríguez Grez (2009); López Díaz (2006), p. 88; Domínguez Hidalgo (2005), p. 12; Céspedes Muñoz y Vargas Aravena (2008), p. 451.

¹²¹¹ Lepin Molina (2010), p. 78.

¹²¹² Domínguez Águila (2007), p. 89.

de empobrecimiento relativo, que debe ser corregida para evitar que la ruptura se transforme en una condena económica para quien más aportó en silencio.

En Chile, hay quienes han propuesto una lectura matizada. Por ejemplo, Mauricio Tapia, sostiene que la compensación económica chilena “tiene una naturaleza cercana a la reparación de la pérdida de una chance”, ya que indemniza al cónyuge cuya dedicación al hogar y los hijos le hizo perder la oportunidad de trabajar a cambio de una remuneración, aun cuando no sea posible saber con exactitud qué trabajo habría tenido, cuánto habría ganado o qué proyección habría logrado. Lo cierto —añade Tapia— es que “solo se sabe que perdió una oportunidad de desarrollarlo”, por lo que la compensación viene a resarcir justamente esa oportunidad frustrada.

Por su parte, Eduardo Court considera:

“aunque no es exactamente lo mismo, podría decirse que la compensación económica es una suerte de indemnización por el lucro cesante experimentado por este cónyuge durante el matrimonio, o más precisamente una indemnización semejante a la pérdida de la chance u oportunidad, en este caso, la pérdida de la posibilidad de un cónyuge de haber generado ingresos mediante una actividad lucrativa”¹²¹³.

Esta última afirmación ha sido recogida de forma reiterada por los tribunales superiores de Chile¹²¹⁴, al punto de haberse transformado en una fórmula argumentativa frecuente en sus fallos sobre la materia. En todo caso y a propósito de la materia que analizo, me parece inexacta esta afirmación, ya que pondera como iguales el lucro cesante y la pérdida de chance, aunque no son lo mismo.

En Argentina, se destaca su función de correctivo jurídico de desigualdades surgidas tras la ruptura¹²¹⁵. Sin embargo, otros autores han explorado la teoría de la pérdida de chance para orientar la cuantificación del monto compensatorio¹²¹⁶. El juez, en este sentido, para fijar la compensación, debe ponderar la “chance” pérdida de haber

¹²¹³ Court Murasso (2009), pp. 71-72.

¹²¹⁴ Solo algunas de las sentencias recientes dictadas por la CS Chile, en las que se reitera —casi como una fórmula de estilo— la expresión antes señalada: CS Chile, 08/04/2025, anonimizado, rol n.º 26815-2024; CS Chile, 08/04/2025, anonimizado, rol n.º 9674-2024; CS Chile, 17/02/2025, anonimizado, rol n.º 15135-2024; CS Chile, 13/02/2025, anonimizado, rol n.º 240856-2023; CS Chile, 12/02/2025, anonimizado, rol n.º 14667-2024; CS Chile, 23/12/2024, anonimizado, rol n.º 241778-2023; CS Chile, 19/12/2024, anonimizado, rol n.º 1833-2024; CS Chile, 02/12/2024, anonimizado, rol n.º 245203-2023.

¹²¹⁵ Molina de Juan (2015), p. 11.

¹²¹⁶ Mizrahi (2018), pp. 176-177.

obtenido ciertos beneficios económicos si el matrimonio no hubiese implicado una dedicación absorbente al hogar. Solo si existía una probabilidad razonable de desarrollo laboral frustrado, procede compensar la chance misma y no la ganancia íntegra dejada de obtener, pues lo indemnizable es la pérdida de la probabilidad, no el lucro hipotético completo.

Todo lo anterior permiten concluir que si bien la compensación puede recordar a una indemnización por pérdida de una oportunidad, no son lo mismo, por lo tanto, no debe exigirse la misma prueba ni aplicarse los mismos criterios. El juez no debe reconstruir una carrera frustrada, ni calcular cuánto habría ganado el cónyuge que asumió el cuidado del hogar. Lo que debe valorar - tomando como base el principio de la protección al cónyuge más débil y la reparación del enriquecimiento sin causa- es si el resultado de la ruptura coloca a ese cónyuge en una situación patrimonial desaventajada respecto del otro.

c. Consideración final

En definitiva, no estamos frente a una prestación alimenticia ni ante una indemnización en el ámbito de la responsabilidad civil. La compensación económica constituye una figura *sui generis* que se ubica en el cruce entre el resarcimiento, la equidad y la distribución. No repara un daño ilícito, pero reconoce una pérdida. No exige prueba del ingreso frustrado, pero admite que hay una trayectoria profesional interrumpida. No busca igualar patrimonios, pero sí impedir que uno de los cónyuges —tras años de aportes invisibles— quede en peor posición que el otro.

1.3. Diferencias entre la pérdida de chance y la compensación económica

A primera vista, la pérdida de chance y la compensación económica podrían parecer figuras vecinas. Ambas remiten a expectativas frustradas. Ambas operan, en cierto modo, sobre realidades que no se concretaron, pero que eran posibles; y ambas se asocian con el impacto patrimonial que puede derivarse de decisiones relacionales, muchas veces invisibles o difíciles de cuantificar. Sin embargo, sus semejanzas terminan allí. Porque lo

cierto es que se trata de instituciones jurídicas de naturaleza diversa, con presupuestos distintos, finalidades divergentes y lógicas normativas que no se superponen¹²¹⁷.

La pérdida de chance se ubica en el corazón del derecho de daños. Es un subtipo de perjuicio que consiste, precisamente, en la frustración de una probabilidad razonable de haber obtenido un beneficio o de haber evitado una pérdida. Para que sea resarcible, no basta con una expectativa genérica: se requiere un nivel suficiente de verosimilitud. No se indemniza el resultado final —porque es incierto—, sino la posibilidad seria de alcanzarlo. De allí que la doctrina haya puesto el acento en la necesidad de una prueba al menos indiciaria de esa probabilidad, y en la existencia de un nexo causal directo entre la conducta antijurídica del demandado y la oportunidad frustrada¹²¹⁸.

Además, como toda forma de responsabilidad civil, la pérdida de chance exige un presupuesto ineludible: la antijuridicidad del hecho generador. Ya se trate de una omisión culposa, de un incumplimiento contractual o de un acto ilícito en sentido estricto, lo cierto es que la frustración debe poder imputarse a alguien, de modo jurídicamente relevante. La pérdida no puede deberse al azar ni a condiciones neutrales de la vida: debe haber un agente que, con su conducta, haya privado al damnificado de una oportunidad concreta. Por eso, el juicio de responsabilidad gira en torno a la conducta, la culpa, el daño y la causalidad. Es una figura de imputación, no de mera corrección distributiva.

La compensación económica, en cambio, no presupone ni daño ilícito ni conducta antijurídica. No se trata de responsabilizar a un cónyuge por la ruptura del vínculo ni de identificar un reproche. El hecho de que uno de los miembros de la pareja haya dedicado su tiempo y esfuerzo al hogar, postergando legítimamente su desarrollo profesional, no configura una falta. Muy por el contrario: forma parte de las dinámicas relacionales propias de la vida conyugal. Lo que el derecho busca corregir no es una culpa, sino una consecuencia. No hay resarcimiento en sentido técnico, sino compensación en clave de equidad.

Desde esta perspectiva, la compensación económica se inserta dentro del derecho de familia, y responde a una lógica correctora. Su objetivo no es reconstruir patrimonios ni proyectar trayectorias hipotéticas, sino evitar que la ruptura del matrimonio o la convivencia profundice una asimetría que, durante la vida común, fue asumida en función

¹²¹⁷ Lepin Molina y Lathrop (2022), p. 190.

¹²¹⁸ Lepin Molina y Lathrop (2022), p. 190.

del proyecto compartido. Así, lo que se repara no es un perjuicio mensurable, sino una desigualdad estructural cuya raíz está en la distribución funcional de roles familiares¹²¹⁹. En este punto resulta esclarecedor el comentario de Pellegrini:

Como bien se indica en los fundamentos del proyecto de Código, “al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una 'fotografía del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición’”¹²²⁰. Es decir, no se trata sólo de un análisis cuantitativo, porque lo relevante es el modo en que incidió el matrimonio y el posterior divorcio en la potencialidad de cada uno de los cónyuges para su desarrollo económico.

Otra diferencia esencial radica en los criterios de cuantificación. En la pérdida de chance, la indemnización busca reflejar el valor económico de la probabilidad frustrada, lo que exige cierta precisión probatoria. En la compensación económica, en cambio, el monto se determina con base en parámetros amplios: duración del vínculo, edad y estado de salud de los cónyuges, situación previsional, colaboración con el otro, posibilidades de inserción laboral, entre otros. No se exige acreditar un ingreso dejado de percibir ni reconstruir lo que habría sido. Basta con que el juez aprecie que existe un desequilibrio relevante y que su causa adecuada está en el modo en que se organizó la vida conyugal¹²²¹. El presupuesto esencial para otorgar la prestación compensatoria radica, pues, en la desigualdad objetiva que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura¹²²².

Por último, la pérdida de chance se rige por el principio de reparación integral. Su finalidad es restituir —en la medida de lo posible— el patrimonio afectado por el hecho ilícito. La compensación económica, en cambio, “tiene un carácter correctivo, más que reparador, pues busca restablecer la equidad en situaciones de vulnerabilidad económica generadas por la convivencia”¹²²³. No se trata de volver las cosas al estado anterior, sino de asegurar que quien quedó en posición de desventaja, tras años de dedicación al hogar o a los hijos, pueda enfrentar la vida post-ruptura con cierta autonomía económica.

¹²¹⁹ Lepin Molina (2010), p. 509.

¹²²⁰ Pelligrini (2014), p. 426.

¹²²¹ Lepin Molina (2010), p. 509.

¹²²² Molina de Juan (2013), p. 148; Molina de Juan (2012), p. 187.

¹²²³ Molina de Juan (2018). En el mismo sentido: Medina (2013).

En definitiva, la pérdida de chance y la compensación económica no son figuras intercambiables. Pueden tocarse en algunos puntos —especialmente cuando se considera el valor de las oportunidades frustradas—, pero no comparten ni su estructura ni su fundamento. La primera responde a una lógica de responsabilidad, la segunda a una lógica de justicia relacional. La primera exige prueba y atribución de responsabilidad, la segunda requiere sensibilidad y razonabilidad judicial. La primera repara una posibilidad truncada por el obrar de otro; la segunda compensa un desequilibrio generado por la dinámica interna del vínculo. Por eso, aunque la noción de chance pueda ser útil para iluminar ciertos aspectos de la compensación económica, no debe llevarnos a confundirlas. Son parientes conceptuales, sí. Pero no gemelas jurídicas.

1.4. Respuesta jurisprudencial

La aplicación judicial de la compensación económica ha ofrecido un panorama tan diverso como ilustrativo. Si bien las soluciones concretas varían según los hechos del caso, el criterio adoptado por los tribunales de distintos países revela ciertas constantes: la necesidad de reconocer, en la trayectoria vital de quien asumió el cuidado del hogar, un aporte económico no siempre visible; la valoración de las oportunidades perdidas como una dimensión real del desequilibrio patrimonial; y, en muchos casos, una mención —explícita o implícita— a la lógica de la pérdida de chance como herramienta orientadora.

Sin embargo, “la figura de la compensación económica no se limita a una reparación patrimonial, sino que busca restituir las oportunidades de desarrollo que se vieron restringidas por la organización familiar durante la convivencia”¹²²⁴. La compensación,

“no busca penalizar los logros obtenidos por una de las partes, sino restablecer el equilibrio cuando uno de los convivientes o cónyuges se ve en desventaja patrimonial y permitir que la parte menos favorecida recupere su

¹²²⁴ C. Apel. Civ. Com. Trenque Lauquen, 25/11/2024, “M., N. R, c./ D., S. M.”, con nota de Rey Galindo, Mariana J., 31/03/2025, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-18208-AR.

autonomía económica y pueda reinsertarse en el mercado laboral bajo las mejores condiciones posibles”¹²²⁵.

a. Jurisprudencia chilena: costo de oportunidad y valor de lo intangible

En Chile, los tribunales han incorporado progresivamente una visión razonada de la compensación económica. En más de una sentencia, el concepto de “costo de oportunidad” ha sido utilizado como clave interpretativa. Se reconoce, así, que lo que se pretende compensar no es solo lo que se dejó de ganar —en términos precisos y mensurables— sino la frustración de una trayectoria posible, de una alternativa laboral o profesional que, por razones familiares, no llegó a desplegarse.

La Corte de Apelaciones de Concepción lo expresó con claridad: la compensación económica busca reparar “la imposibilidad o disminución de inserción en la vida laboral que el cónyuge ha experimentado por haberse dedicado a la familia”¹²²⁶, lo que constituye, en sí mismo, un costo. Esta pérdida no se identifica con un lucro cesante tradicional, pues no se trata de calcular lo que se habría percibido, sino de reconocer una oportunidad que no llegó a concretarse. La Corte de Punta Arenas¹²²⁷ coincidió en que lo relevante es la pérdida de una “posibilidad de obtener”, y no una ganancia efectiva dejada de percibir.

Estas decisiones ilustran un punto fundamental: los jueces no exigen la prueba de un ingreso específico, ni la reconstrucción contra fáctica de una carrera frustrada. Más bien, se valen de criterios de equidad y de sentido común, ponderando el modo en que la dedicación al hogar condicionó la vida profesional del cónyuge más vulnerable.

A pesar de lo anterior – y aunque no diga relación estricta con la pérdida de la chance - en los fallos más recientes de la Corte Suprema se advierte una realidad preocupante: la fijación de compensaciones económicas en montos exiguos, determinados casi exclusivamente en función del daño previsional. Esta tendencia empobrece la finalidad protectora de la figura e implica una simplificación que, en

¹²²⁵ C. Apel. Civ. Com. Trenque Lauquen, 25/11/2024, “M., N. R, c./ D., S. M.”, con nota de Rey Galindo, Mariana J., 31/03/2025, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-18208-AR.

¹²²⁶ CA de Concepción, 23/08/2007, anonimizada, rol n.º 664-2007, considerando octavo.

¹²²⁷ CA de Punta Arenas, 22/07/2010, anonimizada, rol n.º 46-2010.

nombre de una aparente equidad, desatiende la valoración integral de los múltiples factores que la normativa exige ponderar. Así, se omiten consideraciones esenciales vinculadas a la dedicación al hogar, la interrupción de trayectorias profesionales, la edad, el estado de salud y el nivel de vida sostenido durante la convivencia, reduciendo injustamente el alcance de este derecho¹²²⁸.

b. Jurisprudencia argentina: entre la estimación razonable y el equilibrio post-ruptura

En Argentina, la regulación de la compensación económica ha brindado un marco que ha sido interpretado por los tribunales con flexibilidad. La jurisprudencia, sin desdibujar el marco normativo, ha tendido a adoptar una lógica práctica: no se exige al cónyuge peticionante probar con exactitud qué trabajo habría tenido, cuánto habría ganado o cuántos años habría desarrollado una carrera específica.

Uno de los primeros fallos que se pronunció sobre la compensación económica, vinculó esta institución con la pérdida de chance:

Lo equitativo y razonable no es aquí la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el “empobrecimiento” – generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere brindado- a la par y vinculado al “enriquecimiento” del otro, durante la convivencia se busca compensar el empobrecimiento económico sufrido por uno con respecto al otro, causado por las renunciaciones en pos de la asistencia o solidaridad familiar, que en contracara importan la posibilidad de quien no lo hace por el proyecto común de vida de ambos, y se ve favorecido en poder abocarse al desarrollo de su proyecto industrial, comercial, profesional o de vida laboral más allá de la familia, o lo hace en mayor medida que el otro¹²²⁹.

¹²²⁸ CS Chile, 19/05/2025, anonimizada, rol n.º 26816-2024; CS Chile, 16/05/2025, anonimizada, rol n.º 29032-2024; CS Chile, 14/05/2025, anonimizada, rol n.º 11520-2025; CS Chile, 16/04/2025, anonimizada, rol n.º 14666-2024.

¹²²⁹ C. Apel. Civ. Com. Junín, 25/10/2016, “G., M. A. c./ D. F., J. M.”, autos n.º N9 JU-7276-2012.

Lo que se valora, como ha señalado la doctrina, es la pérdida de una potencialidad¹²³⁰, en razón de su desarrollo e independencia individual¹²³¹. En el mismo sentido:

Así las cosas, tuvo acreditada la existencia de un desequilibrio manifiesto con causa adecuada en la vida en común, que se relaciona con el proyecto común y su ruptura; en el cual la forma de organización familiar importó para la actora relegar su potencialidad de desarrollo e independencia individual, que impactó en su capacidad productiva, colocándola en una situación desventajosa respecto del demandado que pudo desarrollar su potencialidad profesional y productiva¹²³².

El juez debe apreciar si, de no mediar la vida matrimonial y la distribución desigual de roles, ese cónyuge habría contado con condiciones más favorables para su desarrollo económico. En este sentido, se acepta que la pérdida de una oportunidad razonable —aunque incierta— pueda ser compensada¹²³³.

En muchos fallos, el monto de la compensación ha sido fijado sobre bases estimativas, considerando la duración del matrimonio, la edad de los cónyuges, la capacitación laboral, las posibilidades de reinserción laboral y la dedicación a las tareas del hogar¹²³⁴. Por ejemplo, en el caso de una mujer que se dedicó al cuidado de los hijos, no pudiendo trabajar, se señaló:

En tal sentido tuvo en cuenta que la edad de la reclamante reducía las chances de nueva inserción laboral en relación de dependencia, pero afirmó que otros aspectos del caso resultan alentadores, entre ellos su título secundario, la ausencia de problemas graves de salud, el aporte alimentario que hace el progenitor a favor de sus hijos, el mayor tiempo disponible del que ya goza y que se incrementaría a medida que sus hijos crezcan (ambos adolescente, 17 y 14 años al momento actual) y cierta experiencia en actividades lucrativas emprendidas desde su hogar durante la convivencia¹²³⁵.

¹²³⁰ C. Nac. Civ., sala C, 04/12/2019, “H. R. A. c/ B. M. J.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-122696-AR.

¹²³¹ C. Nac. Civ., sala J, 05/06/2024, “C. A. D. c/ C. G. I.”, con nota de Gaggia Romina, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-17885-AR.

¹²³² C. Nac. Civ., sala J, 05/06/2024, “C. A. D. c/ C. G. I.”, con nota de Gaggia Romina, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-17885-AR.

¹²³³ C. Nac. Civ., sala J, 05/06/2024, “C. A. D. c/ C. G. I.”, con nota de Gaggia Romina, Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-17885-AR.

¹²³⁴ C. Nac. Civ., sala K, 15/05/2023, “S. M. L. c/ M. R. C.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-143645-AR.

¹²³⁵ C. Nac. Civ., sala C, 07/12/2023, “I. S. M. c/ F. E. M.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-148031-AR.

En la mayoría de los casos de compensación económica, se alude a la pérdida de chance, que opera como marco conceptual: lo que se indemniza no es un lucro cesante tradicional, sino la frustración de una probabilidad de desarrollo económico y vivencial¹²³⁶.

Al mismo tiempo, los tribunales argentinos han sido cuidadosos en evitar que esta lógica de compensación se transforme en una reconstrucción especulativa. Se trata de aplicar criterios prudentes y razonables que hagan justicia en el caso concreto.

c. Jurisprudencia española: pérdida de oportunidades como criterio relevante

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido clara en reconocer que la pensión compensatoria debe considerar, entre otros factores, “la pérdida de oportunidades profesionales”¹²³⁷. Pero lo hace sin asumir la estructura del daño resarcible ni de la responsabilidad civil. La lógica es distinta: lo que se compensa es “el empobrecimiento sufrido por su dedicación al hogar, a los hijos, o al trabajo del otro con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para reinserirse en el mundo laboral”¹²³⁸.

El razonamiento es sutil pero contundente. Durante el matrimonio, el cónyuge que asumió el cuidado del hogar fue sostenido —al menos en parte— por la solidaridad conyugal. Al desaparecer esa red de apoyo, quedan expuestas todas las renunciaciones que no fueron visibles mientras existía el vínculo. La pensión compensatoria, entonces, opera como una medida correctiva que permite equilibrar el impacto de esa ruptura, sin exigir prueba de daño ni de ingresos frustrados. Por eso se admite que su cuantía no sea exacta, sino estimativa, basada en criterios generales como la edad, la salud, la capacitación y el tiempo dedicado al hogar.

d. Punto de encuentro

¹²³⁶ C. Nac. Civ., sala K, 15/05/2023, “S. M. L. c/ M. R. C.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-143645-AR.

¹²³⁷ TS de España, Primera Sala, 26/04/2017, sentencia n.º 1591/2017, ECLI: ES:TS:2017:1591.

¹²³⁸ TS de España, Primera Sala, 14/03/2011, sentencia n.º 176/2011, ECLI:ES:TS:2011:6237.

Aunque los fundamentos pueden variar, la jurisprudencia de Chile, Argentina y España converge en un punto esencial: la ruptura matrimonial no puede dejar en desamparo económico a quien sacrificó su desarrollo personal en favor de un proyecto común. Las decisiones judiciales, aun sin encuadrarse estrictamente en la figura de la pérdida de chance, reconocen que existen oportunidades frustradas que merecen ser consideradas al momento de determinar la compensación.

El derecho, en estos casos, no se limita a lo que es mensurable. También se abre a lo razonable, a lo verosímil, a lo que —aunque no haya llegado a concretarse— tuvo entidad suficiente para haber ocurrido y cuya pérdida dejó una huella en la trayectoria de vida del cónyuge más afectado.

1.5. Propuesta interpretativa

Al revisar el marco normativo, el debate doctrinario y el tratamiento jurisprudencial de la compensación económica, se vuelve evidente que esta figura no se deja capturar fácilmente por las categorías tradicionales del derecho civil. Su contenido es híbrido, su fundamento plural y sus contornos necesariamente flexibles. Pero ello no significa que carezca de estructura o que su interpretación quede librada a la intuición del juzgador. Por el contrario, lo que exige es una lectura que reconozca sus raíces familiares, su función correctora y, al mismo tiempo, la dimensión patrimonial de las oportunidades frustradas.

La pregunta de si la compensación económica puede considerarse —al menos en parte— como una pérdida de oportunidad no tiene una única respuesta. Lo cierto es que la lógica de la chance atraviesa muchas de las situaciones que dan origen a esta prestación: trayectorias laborales interrumpidas, empleos abandonados, estudios postergados, proyecciones profesionales que quedaron suspendidas al servicio de la familia. En todos estos casos, lo que el cónyuge afectado perdió no fue necesariamente un ingreso concreto, sino la posibilidad razonable de haberlo generado, de haber construido un camino propio; que aunque no pueda traducirse en cifras exactas, tiene valor.

En este sentido, parece razonable afirmar que la pérdida de una chance laboral o profesional constituye uno de los componentes —quizás el más evidente— que justifican la compensación económica. Negarlo sería invisibilizar el costo que implica asumir, por

años, un rol subordinado o no remunerado dentro del hogar. Y sería, también, negar que el tiempo tiene un valor, incluso cuando no produce ingresos. El problema, sin embargo, aparece cuando se pretende reducir la compensación a esa sola dimensión. Porque si bien la chance frustrada es relevante, no agota el contenido ni el fundamento de esta figura.

La compensación económica no exige, como vimos, probar un hecho antijurídico ni demostrar una conducta reprochable por parte del otro cónyuge. Tampoco requiere establecer con precisión qué se habría ganado, de no haberse producido la ruptura. Es una institución que se asienta en la equidad, en la corrección de un desequilibrio que se considera injusto no por su origen, sino por sus efectos. Y en ese marco, la pérdida de oportunidad funciona más como un criterio ilustrativo que como un elemento estructural. Sirve para comprender el menoscabo, para dimensionar el impacto de las decisiones familiares sobre la autonomía económica de una de las partes, pero no es —ni debe ser— el único eje del análisis.

Desde esta perspectiva, sostener que la compensación económica se subsume en la categoría de pérdida de chance sería jurídicamente incorrecto y teóricamente empobrecedor. Porque implicaría exigir requisitos que no corresponden —como la existencia de una culpa o una prueba acabada del perjuicio— y, al mismo tiempo, restarle valor a otros elementos que el legislador ha considerado fundamentales: la duración del matrimonio, la edad y estado de salud, la situación previsional, la colaboración prestada al otro cónyuge, entre otros.

En cambio, si se acepta que la lógica de la chance puede incorporarse como uno de los fundamentos orientadores¹²³⁹ —pero no como un presupuesto de procedencia—, se abre una vía interpretativa más rica, más coherente con el derecho de familia contemporáneo y más respetuosa del principio de equidad. En otras palabras, no se trata de convertir la compensación en una figura del derecho de daños, sino de reconocer que muchas veces compensa, en efecto, una trayectoria vital truncada. Y que esa trayectoria, aun sin haber llegado a destino, tenía un valor que el derecho no puede ignorar.

En definitiva, la compensación económica constituye una figura *sui generis*, que conjuga dimensiones relacionales, distributivas y patrimoniales. No es una indemnización por ilícito, ni alimentos, ni un enriquecimiento sin causa. Es un instrumento jurídico diseñado para mitigar los efectos asimétricos de la ruptura conyugal, cuando esta se

¹²³⁹ Guerrero Becar (2006), p. 58.

produce sobre la base de un modelo de organización familiar que relegó, con o sin acuerdo expreso, las posibilidades de desarrollo autónomo de uno de sus miembros. Dentro de esa estructura compleja, la noción de pérdida de chance tiene un lugar, pero no lo ocupa todo. Es una pieza, no el tablero. Una voz, no el coro completo. Y en esa justa proporción reside su valor interpretativo.

Confundir la compensación con una mera pérdida de chance sería reducir su función. Negar que pueda incluir esa dimensión sería, en cambio, invisibilizar una parte relevante del perjuicio que se intenta reparar. La clave está, entonces, en una lectura integrada, sensible, razonada. Una lectura que no se quede en las etiquetas jurídicas, sino que se pregunte, caso a caso, por lo que es justo.

Porque, al final del día, no se trata solo de cifras ni de categorías técnicas. Se trata de trayectorias de vida. De decisiones tomadas en el marco de un proyecto común. De caminos que se cerraron para que otros pudieran abrirse. Y si el derecho tiene algo que decir sobre esas trayectorias, es precisamente que la equidad importa. Que las renunciaciones cuentan. Y que, cuando se pierde una oportunidad por haber sostenido una familia, lo mínimo que puede hacerse es no dejar a esa persona sola con el costo.

2. Pérdida de oportunidad laboral, de desarrollo profesional y en el ámbito deportivo

2.1. Introducción general

En el ámbito laboral y profesional, no siempre el daño se manifiesta como una disminución efectiva o una pérdida de ganancias. A veces, lo que se pierde es una posibilidad real de avanzar: una oportunidad de ascender, de obtener un trabajo mejor, de competir o de desarrollarse en el propio oficio. En el ámbito laboral, profesional y deportivo, estas oportunidades suelen ser el resultado de un recorrido sostenido en el tiempo, construido con esfuerzo y dedicación. Cuando, una conducta antijurídica frustra ese recorrido, lo que se daña no es un resultado seguro, sino la chance concreta de haber alcanzado el éxito; oportunidad que aunque no sea cierta, merece ser reparada.

Este tipo de pérdida no aparece de la nada. Se produce cuando una expectativa de progreso ya se había empezado a construir, con antecedentes concretos que la hacían razonable. Su frustración llega en un momento decisivo del camino recorrido. La idea de reparar esa expectativa no es nueva. En Francia, a partir de 1928, con el precedente *Bacon* el Consejo de Estado reconoció la indemnización por la pérdida de oportunidades de ascenso o acceso a cargos públicos, cuando eran frustradas por un mal funcionamiento de la administración¹²⁴⁰. Con el tiempo, esa línea se amplió a otros casos parecidos: pérdida de posibilidades de obtener títulos, grados académicos o empleos por concurso, siempre que existiera una probabilidad suficiente y una conducta ajena que la interrumpiera.

En Argentina, distintas decisiones judiciales han puesto de relieve que muchas trayectorias laborales, educativas o deportivas no son simples aspiraciones personales, sino expectativas legítimas, construidas con esfuerzo y merecedoras de protección jurídica.

Aunque comparten una raíz común, no es lo mismo hablar de pérdida de oportunidad laboral, de desarrollo profesional o deportiva. En todas ellas se reconoce una chance real de progreso, pero cada una tiene sus propias notas distintivas que justifican su análisis específico.

La pérdida de oportunidad laboral en sentido estricto, se presenta cuando el sujeto ve frustrada la posibilidad de acceder a un empleo, a una mejora en su cargo, a una estabilidad contractual o a una promoción salarial, dentro de una relación de dependencia. Suele tratarse de casos en que ya existía una postulación avanzada, un proceso de evaluación interno o un reconocimiento expreso de méritos. Si bien tales mejoras dependen, en muchos casos, de varios factores y decisiones discrecionales del empleador¹²⁴¹, ello no impide reconocer que existía una expectativa concreta, razonable y jurídicamente valiosa de que el progreso se hubiera concretado.

En cambio, la pérdida de desarrollo profesional tiene lugar fuera de las relaciones laborales de dependencia. Afecta a quienes ejercen profesiones u oficios de forma autónoma y ven interrumpida, sin justificación, poder consolidar una actividad, ganar visibilidad o acceder a ciertos espacios del mercado. Aquí, la frustración puede provenir

¹²⁴⁰ Conseil d'État, section, 03/08/1928, *Sieur Bacon*, requête n° 85995, Recueil Lebon, n° 85.995.

¹²⁴¹ Nisnevich (2020), p. 282.

de acciones que bloquean licencias, desacreditan la reputación o marginan al profesional de oportunidades legítimas de expansión, pese a sus capacidades y trayectoria.

Por último, la pérdida de chance en el ámbito deportivo remite a situaciones en que un deportista se ve privado de participar en una competencia, avanzar en su carrera o recibir reconocimientos, debido a una hecho lesivo que frustra ese recorrido. Esta pérdida no sólo se traduce en perjuicios económicos (contratos, becas, premios), sino también en daños extrapatrimoniales, vinculados al esfuerzo invertido y al momento de madurez deportiva que pudo haber sido irrepetible.

Por eso, en este capítulo analizaremos estas tres grandes hipótesis, con sus particularidades y exigencias, bajo la premisa común de que la pérdida de una chance concreta y legítima constituye, en estos contextos, un daño resarcible.

2.2. Pérdida de oportunidad de progreso laboral

2.2.1. Distintas situaciones reconocidas por la jurisprudencia

a. Exclusión o discriminación en procesos de selección y ascenso

Existen situaciones en que un trabajador o postulante es excluido injustamente de un proceso de selección, de un concurso o de una oportunidad de ascenso. En estos casos lo que se reclama no es un cargo perdido, sino la oportunidad concreta de haber accedido a una mejora laboral que por méritos y circunstancias objetivas, era razonablemente alcanzable.

Este tipo de casos suele presentarse dentro de estructuras públicas, fuerzas de seguridad o empresas jerarquizadas, en que los ascensos se rigen por procedimientos normados y en los que el historial del candidato ofrece elementos suficientes para considerar que el progreso era posible. En otras ocasiones, el obstáculo proviene de una conducta discriminatoria: imputaciones falsas, revelaciones indebidas, enfermedades irrelevantes para el puesto o decisiones arbitrarias que interrumpen una postulación avanzada sin justificación válida.

b. Casos derivados de incapacidad por actos de servicio

La jurisprudencia ha reconocido indemnizaciones por pérdida de oportunidad en casos en los que el trabajador fue excluido de manera indebida de un proceso de ascenso dentro de fuerzas públicas o del acceso a un empleo en el sector privado. Así por ejemplo, se ha admitido la reparación a oficiales de policía o integrantes del Ejército que tras sufrir incapacidades en actos de servicio, fueron pasados a retiro y con ello privados de continuar su carrera profesional¹²⁴². En estos supuestos, se valoró que sus legajos mostraban un desempeño destacable, con antecedentes de ascensos previos o méritos reconocidos, lo que permitía inferir que, de no mediar el accidente o la decisión administrativa, habrían tenido oportunidad concretas de progresar.

En el contexto de las fuerzas armadas y de seguridad, son muchos los casos que se han resuelto a propósito del retiro obligatorio al que se han visto expuestos funcionarios por sufrir una incapacidad en actos de servicio. A pesar de que se ha afirmado que los eventuales ascensos a los que podría acceder no son automáticos y dependen de varios factores aleatorios¹²⁴³, la jurisprudencia ha afirmado que el posible ascenso en estas estructuras no es incierto en términos absolutos y que el retiro por incapacidad puede ser indemnizado como una pérdida de chance cuando frustra expectativas razonables de progreso profesional¹²⁴⁴.

Así se ha resuelto, por ejemplo:

Tratándose de la incapacidad padecida por un funcionario policial en acto de servicio, en el caso, padece una pérdida casi total de la audición con secuelas en su visión, corresponde otorgar una indemnización en concepto de pérdida de la "chance" porque el accidente lo privó de la posibilidad futura de ascender y, por ende, de obtener los beneficios en cuestión¹²⁴⁵.

¹²⁴² C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, 30/06/2011, "Fernández, Jorge Esteban c./ Estado Nacional", LL online, cita digital: AR/JUR/36786/2011.

¹²⁴³ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, 17/02/2000, "G., O.E. c./ Policía Federal", LL, 2001-C, p. 369.

¹²⁴⁴ CSJN, 05/08/1986, "Luján, Honorio Juan c./ Nación Argentina", 308:1109. En el mismo sentido: C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, 31/10/2000, "C., A. M. c./ Ejército Argentino", RCyS, 2001, p. 1062; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, 30/06/2011, "Fernández, Jorge Esteban c./ Estado Nacional", LL online, cita digital: AR/JUR/36786/2011.

¹²⁴⁵ CSJN, 05/08/1986, "Luján, Honorio Juan c./ Nación Argentina", 308:1109.

En este tipo de situaciones, además, la pérdida de chance resulta particularmente atendible cuando el legajo del sujeto muestra una trayectoria valorada positivamente dentro de la institución. Aun cuando existan algunas observaciones disciplinarias, si el expediente refleja que el funcionario ha sido considerado apto para ascender y ha recibido reconocimientos por actos destacados de servicio, esas circunstancias permiten afirmar que contaba con una chance concreta y legítima de progreso profesional, cuya frustración merece reparación¹²⁴⁶.

Al mismo tiempo, se han trazado límites. No toda expectativa frustrada configura una chance indemnizable. Se ha negado la procedencia del rubro cuando no se acreditó un mínimo de probabilidad objetiva. Así, se ha rechazado el reclamo de un agente del ejército lesionado¹²⁴⁷ o el de un inspector de policía muerto al recibir disparos en un asalto¹²⁴⁸, cuando se ha pretendido la indemnización por una oportunidad de ascenso sin contar con buenos antecedentes laborales, por considerar que se trataba de un daño conjetural.

c. Casos de discriminación de concursos y ascensos

Pero no sólo los hechos vinculados al servicio generan esta clase de frustraciones. También han sido indemnizadas situaciones derivadas de actos discriminatorios o de difamaciones que bloquean procesos de selección avanzados. La jurisprudencia ha reconocido que la pérdida de chance puede derivar de imputaciones penales infundadas¹²⁴⁹, referencias laborales descalificadoras o el uso arbitrario de información sensible.

Un ejemplo es el de un postulante que luego de superar entrevistas, exámenes y evaluaciones médicas, fue excluido abruptamente del proceso de selección por ser portador de VIH. El tribunal consideró que esa exclusión violan el principio de igualdad y configuran una privación ilegítima de una expectativa legítima. En estos casos, se ha estimado que la chance de contratación era elevada —se la cuantificó judicialmente en

¹²⁴⁶ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, 30/06/2011, “Fernández, Jorge Esteban c./ Estado Nacional”, LL online, cita digital: AR/JUR/36786/2011.

¹²⁴⁷ C. Fed. Civ. y Com., sala III, 01/06/2004, “Galeano, Argentino R. c./ Estado Mayor Gral. Del Ejército”, DJ 2004-3, p. 646.

¹²⁴⁸ Trigo Represas (2008a), p. 109.

¹²⁴⁹ C. Nac. Civ., sala I, 12/03/2009, “Mac Lean, Guillermo Jorge c./ Banco de la Policía de Córdoba, LL online, cita digital: AR/JUR/18091/2009.

un 80%¹²⁵⁰—, y se ordenó una indemnización proporcional al valor económico de la oportunidad frustrada, sin exigir que se probara la pérdida de ingresos concretos¹²⁵¹.

En otro precedente, se reconoció la pérdida de chance a un trabajador cuya contratación se frustró por la inclusión errónea en registros de riesgo crediticio. Un banco brindó información equivocada a una empresa calificadora de riesgo crediticio, motivando la incorrecta inclusión de la accionante en los registros de dicha empresa como deudora irrecuperable, lo que redundó en el rechazo de selección para incorporarse a un empleo, siendo que ya había sido elegida como postulante. En este sentido, el hecho de haber sido seleccionado y luego descartado por una información falsa fue considerado suficiente para configurar una oportunidad concreta de ingreso laboral, cuya pérdida debía ser reparada¹²⁵².

También cabe mencionar los casos en que la reputación del trabajador se ve afectada por referencias negativas o acusaciones difundidas por su anterior empleador. Así ocurrió con un trabajador del sector petrolero que fue desvinculado verbalmente, en un contexto de acusaciones de acoso sexual que luego no se acreditaron. Sin embargo no solo existió un despido injustificado, sino que además la empresa permitió que la supuesta causa del despido trascendiera tanto dentro como fuera del ámbito laboral, afectando la reputación del actor y frustrando oportunidades laborales concretas dentro del mismo rubro. De hecho, la difusión de esas imputaciones frustró al menos dos oportunidades laborales concretas, una de las cuales ya había llegado a la etapa de examen

¹²⁵⁰ C. Nac. Civ., sala J, 01/10/2020, “R., J. P. c./ B. CMF AS”, LL online, cita digital: AR/JUR/42521/2020. El actor había atravesado con éxito todo el proceso de selección para ingresar a la entidad bancaria: entrevistas, evaluaciones técnicas y examen preocupacional, en el cual fue declarado médicamente apto. Estaba, en los hechos, a un paso del ingreso efectivo. Sin embargo, al conocerse su diagnóstico de VIH fue excluido abruptamente, sin causa fundada. El tribunal consideró que la frustración de esa expectativa laboral —no genérica ni hipotética, sino concreta y próxima a realizarse, configuraba una verdadera pérdida de chance, indemnizable como daño autónomo conforme al art. 1739 del CCyC. Estimó la probabilidad de contratación en un 80 %. La sentencia es particularmente valiosa por cómo vincula el régimen de tutela antidiscriminatoria con la reparación de oportunidades frustradas, desplazando la carga probatoria sobre la demandada ante la existencia de indicios serios de discriminación. Demuestra que el derecho civil no puede permanecer ajeno a contextos de exclusión estructural y que la figura de la chance ofrece una vía razonable para responder a expectativas legítimas lesionadas.

¹²⁵¹ En este sentido: C. Nac. Civ., sala E, 21/08/2020, “Z. A. c./ Swiss Medical S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-127958-AR; C. Nac. Civ., sala B, 03/06/2022, “A., L. F. c./ Administrar Salud S.A.”, autos n.º 15841/2017.

¹²⁵² C. Nac. Civ., sala A, 21/06/2005, “C., M. C. c./ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, LL online, cita digital: AR/JUR/4182/2005.

preocupacional. El tribunal consideró la posibilidad legítima de haber sido contratado, cuya frustración era imputable a la conducta de la empresa¹²⁵³.

En la jurisprudencia chilena también se ha admitido la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable en el contexto laboral. Se ha reconocido que, cuando un tercero frustra de manera injustificada la contratación de una persona que ya había sido seleccionada para un puesto de trabajo, se configura una afectación relevante. En estos casos, los tribunales han sostenido que “la chance en sí misma posee un valor económico”, sin que sea necesario demostrar el beneficio final con certeza¹²⁵⁴.

Así entendida, la pérdida de oportunidad permite dar respuesta a situaciones en las que el daño no consiste en una pérdida definitiva, pero sí en la privación de una posibilidad concreta. No se trata solo de perder un empleo: se desconoce, además, el esfuerzo de quien había comenzado a construir, con perseverancia, su propia trayectoria profesional.

d. Frustración del progreso profesional por incapacidad

Hay situaciones en las que la carrera laboral no termina de forma abrupta, pero sí se ve truncada, casi imperceptiblemente. Una lesión, una incapacidad permanente, una secuela física o psíquica que persiste en el tiempo no necesariamente ponen fin a la actividad productiva de quien la sufre, pero alteran su curso. En estos casos, el daño no reside en la pérdida del trabajo actual, sino en la frustración de una posibilidad de progreso que, de no mediar el hecho dañoso, habría podido concretarse. En estos casos, lo que se frustra es la chance de continuar avanzando en una carrera que ya se había comenzado a consolidar.

La pérdida de oportunidad, en estos contextos, permite reconocer ese tipo de daños. No se repara aquí un salario no cobrado ni un ascenso frustrado con nombre y apellido. Se indemniza una expectativa razonable de progreso que se vio truncada, aun cuando el vínculo laboral continúe o el trabajador siguiera activo. En un mercado laboral

¹²⁵³ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Neuquén, sala II, 11/06/2015, “A. J. C. c./ A. E. S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-94222-AR.

¹²⁵⁴ CS Chile, 21/02/2017, “Marchant Abarca David José con Banco de Chile”, rol n.º 84780-2016. En sentido similar: CA de Concepción, 10/02/2021, “Sociedad Comercial Boero y Boero Limitada con Ilustre Municipalidad de Nacimiento”, rol n.º 2164-2019.

exigente y con alta competencia, cualquier disminución de aptitudes físicas o psíquicas puede reducir las oportunidades de acceder a mejores posiciones o de conservar las actuales. Esa merma, cuando se acredita con fundamento, constituye una pérdida de chance indemnizable.

Así lo entendió un tribunal al establecer que, si bien la víctima de un accidente no había dejado de trabajar, debía reconocerse el rubro pérdida de chance y no el de lucro cesante, ya que en un contexto recesivo, con abundante oferta de mano de obra, una persona con una incapacidad —aunque sea leve— enfrenta mayores barreras para mejorar su situación laboral o incluso para conservarla¹²⁵⁵.

Lo mismo se ha reconocido cuando la incapacidad deriva de un accidente laboral. En uno de esos casos, una trabajadora de salud mental fue agredida por un paciente y sufrió una incapacidad permanente del 20%. El tribunal entendió que, a causa de esa lesión, la actora había perdido la chance concreta de acceder a un ascenso o de mejorar sus condiciones laborales en el futuro y que esa proyección frustrada debía ser reparada como un daño autónomo¹²⁵⁶.

La pérdida de chance ha sido reconocida incluso en situaciones de daño estético. No se trata solo de una valoración subjetiva del perjuicio, sino de su impacto concreto sobre la posibilidad de acceder a ciertos empleos o espacios sociales. Así ocurrió en el caso de una mujer atacada por perros en el domicilio de la demandada, cuyas secuelas visibles generaron no solo dolor físico, sino también un obstáculo para su inserción laboral y desarrollo familiar. El daño estético fue comprendido como parte de una pérdida de oportunidad con efectos patrimoniales y existenciales¹²⁵⁷.

La pérdida de oportunidad también ha sido reconocida en casos en que una persona queda excluida, de hecho, de una trayectoria ascendente. En la justicia contencioso administrativa de la Ciudad de Buenos Aires, se admitió el reclamo de un trabajador que antes de un accidente, había comenzado a asumir funciones vinculadas con la jefatura de un bar y se perfilaba para reemplazar al encargado próximo a jubilarse. Tras el hecho dañoso, sus funciones fueron reducidas a tareas administrativas, cerrándose así

¹²⁵⁵ C. Apel. Civ. Com. Córdoba, sala VI, 22/02/2008, “Campellone Llerena, Mariano Tomás c./ Andrada, Isidro y otro”, LL online, cita digital: AR/JUR/573/2008.

¹²⁵⁶ C. Nac. Apel. del Trabajo, sala VII, 31/03/2014, “Ortega, María Cristina c./ Blanef S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-86079-AR.

¹²⁵⁷ C. Apel. Civ. Com. Resistencia, 13/07/2018, “B., M. E. c./ F., M. H.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-113756-AR.

la posibilidad de ascender. El tribunal consideró que no se trataba de una conjetura, sino de una probabilidad fundada y que la frustración de esa expectativa debía ser indemnizada¹²⁵⁸.

En el caso de personas jóvenes o sin ingresos previos comprobables, la incapacidad puede justificar un resarcimiento basado en su capacidad productiva potencial. Así frente a una lesión irreversible en una persona sin empleo formal, se ha cuantificado la pérdida de chance en función del salario mínimo, proyectado hasta los 70 años, atendiendo a la expectativa de una vida laboral activa¹²⁵⁹.

Del mismo modo, se ha admitido esta figura en favor de un niño que sufrió lesiones permanentes en el rostro tras un accidente escolar. El tribunal reconoció que las cicatrices visibles podían limitar sus posibilidades futuras en el mercado laboral, especialmente en empleos que exigen buena presencia. La reparación fue concedida como una chance frustrada, sin exigir certeza sobre un empleo específico, sino valorando una expectativa legítima proyectada sobre la vida futura¹²⁶⁰.

Ahora bien, no todas las hipótesis de incapacidad deben ser tratadas como pérdida de chance. Cuando el evento dañoso clausura de manera definitiva toda posibilidad de desempeño laboral —como ocurre con ciertos jóvenes gravemente lesionados—, el perjuicio ya no es una expectativa frustrada, sino un daño material cierto, que exige reparación plena como daño emergente. Como advierte Zavala de González, es importante no forzar el encuadre de las situaciones en categorías jurídicas que no les corresponden¹²⁶¹.

Por último, una advertencia metodológica: algunos fallos han intentado encuadrar estas situaciones como lucro cesante, lo que ha llevado a errores. Si se exige certeza plena sobre los ingresos futuros, la demanda será rechazada por falta de prueba. Si, en cambio, se admite la indemnización completa como si el daño fuera cierto, se incurre en una ficción. La figura de la pérdida de oportunidad evita ambos extremos. Permite reparar con mesura una expectativa legítima, frustrada por una causa injusta y cuantificar el daño

¹²⁵⁸ C. Apel. Cont. Adm. y Tributario de la Ciudad Autónoma BA, sala II, 05/08/2003, “Macegui S.A. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” y “Capuchinelli, Vicente Luis c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Hospital Municipal Dr. Teodoro Álvarez)”.

¹²⁵⁹ C. Apel. Civ. Com. Córdoba, sala VIII, 07/02/2006, “Palacios, María del R. c/ López, Juan R. y otro”, LL Córdoba, 2006-838, p. 32.

¹²⁶⁰ C. Apel. Civ. Com. Lab. y de Min. de Neuquén, sala III, 03/04/2018, “M. C. G. c/ Consejo Provincial de Educación”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111089-AR.

¹²⁶¹ Zavala De González (2009), p. 278.

según el grado de probabilidad demostrada. Ni conjetura ni certidumbre: una solución intermedia, razonable y justa¹²⁶².

En todo caso, más recientemente, los tribunales han comenzado a reconocerla como una manifestación autónoma del daño indemnizable. Así ocurrió, por ejemplo, en un caso en que se concedió reparación por la frustración de una oportunidad laboral, derivada de la publicación errónea de una deuda ya pagada¹²⁶³. Este hecho motivó la exclusión del demandante de un proceso de selección para un cargo con mejores condiciones económicas. El tribunal entendió que la conducta ilícita del banco había generado un daño autónomo, sin necesidad de acreditar que la víctima habría sido efectivamente contratada.

2.2.2. Requisitos de procedencia

El reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo no implica que toda expectativa frustrada sea indemnizable. Su procedencia requiere siempre un juicio prudente sobre tres elementos fundamentales: el mérito previo de la víctima, la existencia de un nexo causal entre el hecho lesivo y la frustración de una probabilidad suficiente, que no sea genérica ni meramente conjetural.

a. Antecedentes objetivos: mérito previo y trayectoria profesional

La chance no se construye desde la nada. Exige, como punto de partida, que la víctima cuente con condiciones personales, profesionales o laborales que justifiquen la existencia

¹²⁶² En la jurisprudencia chilena se han identificado diversos casos en los que, si bien la fundamentación alude a una pérdida de oportunidad, la indemnización se concede bajo la figura del lucro cesante. Así lo advierte Tapia Rodríguez, a propósito de fallos como el de la CS Chile de 13 de junio de 2006 (rol n.º 4514-2005), y los dictados por la CA Stgo el 23 de marzo y el 31 de diciembre de 2007. El autor observa que “si bien la intención es loable, los medios no son los idóneos, pues de esta forma se desdibuja un concepto de lucro cesante de un modo bastante alejado del imperativo de igualdad ante la ley” Tapia (2015).

¹²⁶³ CS Chile, 21/02/2017, “Marchant Abarca, David José con Banco de Chile”, rol n.º 84.780-2016. Señala la sentencia: “Esta Corte comparte el razonamiento desarrollado por los sentenciadores en lo relativo a la relación de causalidad que determinan en el fallo censurado, pues si el Banco de Chile no hubiese incurrido en la ilicitud que establece el fallo, al demandante no se le hubiese impedido de continuar con el proceso de selección en razón de su comportamiento comercial, decisión que fue propiciada por una equivocada información que suministró la recurrente y que le hizo perder la chance u oportunidad de seguir avanzando en un concurso que era de su interés”.

de una expectativa fundada. Se trata de personas que ya estaban en condiciones reales de acceder a un beneficio futuro: un ascenso, una contratación, una mejora económica. Por lo mismo, lo que debe valorar el juez es la potencialidad de lograr en el mercado laboral, de acuerdo a las propias capacidades, lo que razonablemente hubiese tenido el damnificado de no mediar el ilícito¹²⁶⁴.

En este sentido, los tribunales valoran especialmente el mérito previo: evaluaciones positivas, trayectoria sostenida, formación, desempeño, reconocimiento dentro de una institución o incluso el hecho de haber superado etapas avanzadas en un proceso de selección. No es necesario que el resultado fuera seguro, pero sí que la persona estuviera bien posicionada para alcanzarlo.

b. Nexa causal entre el hecho lesivo y la oportunidad frustrada

El segundo requisito es la existencia de un vínculo causal entre el hecho ilícito y la frustración de la oportunidad. No bastan posibilidades de progresar: es necesario que haya sido el hecho lesivo —el accidente, la imputación, la exclusión arbitraria— el que impidió que esa expectativa pudiera concretarse.

Este punto ha sido destacado en múltiples fallos. En un caso, por ejemplo, una médica psiquiatra sostuvo que no pudo participar en un concurso de jefatura hospitalaria debido a su prolongada convalecencia por un accidente de tránsito. Sin embargo, el tribunal desestimó el reclamo al constatar que el concurso se había convocado después de su reincorporación laboral y que no se acreditó que su ausencia temporal hubiera influido en el resultado. La chance en ese caso, no se vio afectada por el hecho lesivo¹²⁶⁵.

c. Probabilidad suficiente: estándar probatorio y valoración prudente

Finalmente, el juez debe verificar que la oportunidad frustrada no era una mera hipótesis. La pérdida de chance no exige certeza, pero sí una probabilidad razonable. Lo que se

¹²⁶⁴ Nisnevich (2020), p. 282.

¹²⁶⁵ C. Nac. Civ., sala I, 02/06/2015, “Pallares, María Cristina c./ Transportes Sur-Nor Comercial e Industrial S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-93376-AR.

indemniza no es el beneficio final, sino la verosimilitud de haberlo alcanzado. Esa verosimilitud debe ser demostrada mediante elementos de juicio objetivos, que permitan excluir las expectativas meramente conjeturales.

Por más destacada que sea la trayectoria del damnificado, el solo mérito personal no supe la necesidad de probar una oportunidad específica y verosímil. La calidad profesional o la experiencia previa constituyen un presupuesto valioso, pero no bastan, por sí solos, para presumir la existencia de una chance jurídicamente relevante. Así lo recordó un fallo que involucró a una médica psiquiatra con amplio recorrido profesional, que afirmó haber perdido la chance de concursar por una jefatura como consecuencia de una prolongada convalecencia. El tribunal, sin desconocer su idoneidad ni el contexto laboral en el que se desenvolvía, consideró que no se había acreditado suficientemente la existencia concreta de un concurso en curso ni el vínculo directo entre el accidente y su exclusión. En definitiva, el mérito de la víctima importa, pero no exime del deber de probar que ese mérito ya se proyectaba en una oportunidad real, próxima, objetivamente fundada y frustrada directamente por el hecho lesivo¹²⁶⁶.

En este sentido, los tribunales han señalado que una expectativa genérica, por más lógica que parezca, no es suficiente para fundar una indemnización por pérdida de chance. Así se resolvió en el caso de un trabajador que, tras sufrir una fractura grave de fémur con múltiples secuelas anatómicas, incluyendo claudicación, acortamiento del miembro inferior y varias intervenciones quirúrgicas, alegó haber perdido oportunidades de desarrollo económico y laboral. El actor, que se desempeñaba como mensajero en moto y cocinero, además de realizar actividades deportivas recreativas, sostuvo que sus posibilidades futuras habían quedado severamente limitadas por las secuelas del accidente. Sin embargo, el tribunal rechazó el rubro correspondiente a la pérdida de chance al considerar que no existían elementos de juicio suficientes que acreditaran una pérdida de probabilidad concreta de obtener un beneficio económico. Llegó a la conclusión de que lo alegado solo era una manifestación genérica, sin precisión acerca del tipo de oportunidad frustrada, ni sobre el grado de probabilidad de que esa expectativa se concretara en condiciones normales. Además, señaló que los argumentos sobre pérdida de ingresos ya habían sido debidamente valorados al momento de cuantificar el daño físico en la indemnización por incapacidad sobreviniente, por lo que no correspondía

¹²⁶⁶ C. Nac. Civ., sala I, 02/06/2015, “Pallares, María Cristina c./ Transportes Sur-Nor Comercial e Industrial S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-93376-AR.

reconocerlos nuevamente bajo el rótulo de pérdida de chance. En otras palabras, el daño, para ser resarcible, requiere ser respaldada por prueba suficiente sobre su existencia¹²⁶⁷.

Es decir, si solo existe una chance vaga, que no se ha fundamentado, no debe indemnizarse. Por lo mismo, resulta, a mi juicio, criticable una decisión en que el tribunal concedió la chance fundamentando que: “resulta lógico inferir que podrían habersele presentado oportunidades o chances laborales relacionados con su actividad normal que le hubieran permitido obtener alguna ventaja patrimonial”¹²⁶⁸. Sin embargo, esta afirmación no se acompaña de datos concretos que permitan identificar qué tipo de oportunidades se habrían frustrado ni en qué medida esas oportunidades eran efectivamente viables. En estas circunstancias, ¿puede considerarse suficientemente acreditado un daño que no ha sido siquiera descrito con un mínimo de precisión?

En el mismo sentido, en un precedente chileno si bien se reconoció acertadamente que la indemnización se trataba de una pérdida de la chance y no de un lucro cesante, el fallo ha merecido reparos doctrinarios por su fundamentación escasa en relación con las oportunidades concretas que se consideran frustradas. En lugar de construir su razonamiento a partir de pruebas específicas, recurre a inferencias generales, sin detallar elementos objetivos que sustenten la existencia de la chance¹²⁶⁹.

Este tipo de razonamientos, que descansan en indicios sin fundamentos objetivos, debilitan la solidez del reconocimiento jurisprudencial de la pérdida de chance. El derecho de daños exige una carga de prueba concreta, que no puede ser reemplazada por generalidades. La indemnización por pérdida de oportunidad requiere pruebas adecuadas y suficientes; descartándose una invocación genérica.

Ahora bien, no debe perderse de vista que, si bien los ascensos en cualquier ámbito profesional dependen de múltiples variables, la existencia de una incapacidad física o

¹²⁶⁷ C. Nac. Civ., sala L, 27/04/2015, “Carrasco, Bruno Daniel c./ Sosa, Adriano Roberto y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-92579-AR.

¹²⁶⁸ Cámara en todos los fueros de San Martín de los Andes, 18/02/2010, “Herzig, Silvia Stella Maris c./ Nieves del Chapelco”, RCyS 2010-XI, p. 220

¹²⁶⁹ Cárdenas Villarroel (2024). Aunque no comparto la tesis del autor en torno a la responsabilidad proporcional, posición que he desarrollado en otros pasajes, considero atendible su señalamiento sobre los desvíos en la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad. Coincido en que, con frecuencia, se recurre a esta construcción en supuestos donde no hay verdadero azar, ni tampoco un estándar probatorio mínimo que permita sostener, siquiera de forma razonable, la existencia de una chance real y jurídicamente relevante. El riesgo de banalizar la figura no es menor, sobre todo cuando se la utiliza para suplir una prueba débil o inexistente en contextos de causalidad incierta. Pero es importante destacar que este no es un defecto intrínseco de la figura, sino una consecuencia de su indebida utilización: no es la chance la que falla, sino el modo en que, a veces, se la invoca.

psíquica sin duda representa un obstáculo en la trayectoria laboral del afectado. En esta línea, comparto lo sostenido por Zavala de González, en cuanto a que tales barreras alteran de manera sustancial el conjunto de factores que, de otro modo, habrían contribuido a la superación y el avance profesional del individuo¹²⁷⁰.

En el fondo, la pérdida de oportunidad requiere una prueba suficiente, pero no imposible. El juez debe ponderar con atención las condiciones de la víctima, el contexto del hecho y el grado de probabilidad de que el beneficio frustrado hubiera podido concretarse. No se exige certeza, pero sí un umbral de verosimilitud que permita distinguir la posibilidad real de la ilusión, pues de lo contrario, se arriesga otorgar indemnizaciones ficticias o negar daños que aunque difíciles de acreditar, son igualmente reales.

2.3. Pérdida de oportunidad en el desarrollo profesional

El desarrollo profesional no siempre transcurre bajo una relación de dependencia. Muchos oficios y profesiones se ejercen de forma autónoma, en trayectorias que se construyen con esfuerzo, experiencia y vínculos generados a lo largo del tiempo. En estos contextos, un hecho dañoso puede afectar seriamente las posibilidades de crecimiento, no por lo que quita en el presente, sino por lo que frustra hacia el futuro. La pérdida de chance permite, precisamente, reconocer ese daño que no se traduce en ingresos actuales, sino en la frustración de una expectativa legítima de consolidación o expansión profesional.

Para ello es necesario acreditar que existían probabilidades razonables de progreso y que el hecho lesivo impactó de manera concreta en ese porvenir económico¹²⁷¹. Si se cumple esa carga probatoria, no estamos ante una hipótesis meramente conjetural, sino frente a una oportunidad real que ha sido frustrada y que, por tanto, merece reparación jurídica.

La jurisprudencia ha señalado que este tipo de daño puede abarcar tanto la imposibilidad de realizar tareas propias de la profesión, como las proyecciones que, con el tiempo, tales limitaciones generan sobre la productividad, la reputación o la inserción sostenida en el mercado laboral¹²⁷². Quienes trabajan de forma independiente, artistas,

¹²⁷⁰ Zavala De González (2009), p. 276.

¹²⁷¹ Trigo Represas (2008a), p. 107.

¹²⁷² Trigo Represas (2008a), p. 107.

profesionales liberales, pequeños emprendedores; sostienen su desarrollo a partir de contratos, encargos, concursos o vínculos técnicos renovados por mérito y reputación. Cuando una conducta antijurídica interrumpe ese recorrido, lo que se pierde no es solo el ingreso del presente, sino un camino de progreso legítimamente iniciado.

En Argentina, un fallo se ha resuelto en este sentido. En un caso, un integrante de un trío musical folklórico, sufrió un accidente de tránsito, lo que le impidió participar en un proyecto artístico internacional. El tribunal distinguió entre el lucro cesante y la pérdida de chance, y acogió esta última figura, ordenando la indemnización. Aunque el contrato con la discográfica aún no se había perfeccionado, las negociaciones estaban avanzadas y existía un vínculo en formación con un artista de renombre. Con las pruebas aportadas, se estimó el valor del contrato frustrado y se concedió una indemnización considerando que existía un 70% de posibilidades de éxito¹²⁷³. A mi juicio, este fallo aplica correctamente la figura: no exigió certeza, pero sí una probabilidad suficientemente fundada.

En otro caso, a propósito de un concurso literario, se acreditó que la editorial organizadora había alterado las bases y condiciones con el objeto de favorecer a uno de los participantes. Por ello, se condenó a la editorial, puesto que a partir del análisis de los diversos antecedentes, existía una probabilidad suficiente de que el demandante ganara, máxime si en el hecho el actor resultó preseleccionado entre diez concursantes¹²⁷⁴. La consecuencia de esa conducta no fue solo la pérdida del premio específico, sino también frustró una oportunidad concreta de proyección profesional. En el ámbito literario, el reconocimiento en concursos de prestigio puede abrir espacios editoriales, generar visibilidad en medios especializados, facilitar el acceso a redes culturales y consolidar el prestigio del autor. Así, a partir de hechos verificables, como la postulación, la preselección y la existencia de mérito, puede concluirse que la alteración ilegítima del resultado privó al demandante de una chance fundada de avanzar en una trayectoria profesional prometedora.

Desde la doctrina, también se ha advertido que negar este tipo de reparaciones puede reforzar desigualdades estructurales. No se puede suponer que la capacidad de progreso solo pertenece a quienes ya gozan de estabilidad económica o alto nivel

¹²⁷³ C. Nac. Civ., sala A, 13/10/2017, “Z., V. A, c./ Bariló S. R. L. y otro”, autos n.º 17.047-2007.

¹²⁷⁴ Cámara Nacional en lo Civil, sala G, 21/02/2005, “Nielsen, Gustavo E. c./ Editorial Planeta Argentina S.A.I.C. y otros”, RCyS, 2005-5, p. 103.

educativo. Encerrar a las personas en su condición presente, como si su futuro fuera una prolongación lineal de su pasado, es desconocer su autonomía y dignidad¹²⁷⁵. Si esa mirada se impusiera, la pérdida de chance de un empresario sería siempre más valiosa que la de un desempleado, lo que resulta incompatible con los principios de igualdad y reparación integral.

Naturalmente, como en toda hipótesis de aplicación de la pérdida de chance, se exige prueba adecuada. Así lo ha recordado la jurisprudencia en un caso en que se demandó la reedición frustrada de un libro premiado, cuya publicación posterior fue impedida por la incautación de ejemplares por parte de fuerzas militares. Aunque el hecho fue reconocido, el tribunal rechazó el reclamo: no se acreditó una probabilidad concreta de reedición ni existía compromiso editorial alguno. No bastaba con el mérito literario ni con el hecho dañoso: faltaba el enlace objetivo entre uno y otro¹²⁷⁶.

En todo caso, a partir de lo expuesto queda claro que la pérdida de chance por desarrollo profesional es procedente. Porque, a veces, lo que se pierde no es lo que ya se tenía, sino lo que con esfuerzo se estaba empezando a construir.

2.4. Pérdida de oportunidad en el ámbito deportivo

La carrera deportiva se desarrolla en etapas breves, intensas y altamente competitivas. En ese marco, participar en torneos, lograr visibilidad, obtener una transferencia o acceder a un mejor contrato no son meras aspiraciones personales, sino oportunidades concretas, con un valor económico y profesional. Cuando una conducta antijurídica frustra alguna de esas instancias, el perjuicio no siempre se manifiesta en ingresos efectivamente perdidos. Aun así, lo que se desvanece es una posibilidad real de alcanzar una mejora. Esa probabilidad frustrada constituye un daño autónomo e indemnizable.

La indemnización por pérdida de chance en el ámbito deportivo requiere, como en cualquier otra hipótesis de aplicación, un examen de tres elementos centrales: la existencia de una oportunidad cierta y verificable, un nexo causal razonable con el hecho

¹²⁷⁵ CS de Justicia de Santa Fe, 23/09/2009, “Herrera, Anselmo y Taborda de Herrera, Claudina c./ Gallo, Aldo José y/o Compañía de Seguros El Norte S.A.”, voto de la Dra. Gastaldi, El Derecho digital, cita online: ED-DCCXCIC-459.

¹²⁷⁶ C. Nac. Apel. Com., sala B, 07/02/1989, “Muraro, Heriberto c./ Eudeba”, LL 1989- D, p. 288, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

dañoso, y la exclusión de expectativas infundadas. El talento o la dedicación del deportista no bastan por sí solos: debe demostrarse que la trayectoria ya estaba en curso, que el progreso era plausible y que la interrupción fue efectivamente causada por un acto ilegítimo. Solo así se distingue entre una ilusión frustrada y una oportunidad legítima cuya pérdida merece reparación.

Este estándar ha sido acogido en la jurisprudencia argentina desde hace décadas. En el conocido caso “Cotroneo”, se admitió el reclamo de un jugador amateur de la cuarta división del Club Atlético Banfield, lesionado gravemente por una agresión intencional de un arquero rival durante un partido oficial. El tribunal consideró acreditado que el actor se encontraba próximo a ser promovido a la tercera división, puerta de entrada al profesionalismo, y que su desempeño, condiciones físicas y proyección estaban respaldados por prueba suficiente. La lesión no solo interrumpió su rendimiento inmediato, sino que frustró una posibilidad concreta de carrera profesional. Por ello, se reconoció el rubro de pérdida de chance y se fijó una indemnización fundada en el valor estimado de la oportunidad malograda¹²⁷⁷.

En una línea semejante, el caso “Zacarías”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1998, amplió este criterio. Allí, un joven futbolista fue afectado por la explosión de un petardo en el vestuario del club donde se disputaba un encuentro. El Máximo Tribunal reconoció que el actor no era aún un profesional consolidado, pero sí se encontraba en pleno desarrollo de su carrera, con un potencial cierto respaldado por testimonios de periodistas deportivos y pruebas objetivas de su proyección. La Corte concluyó que la afectación de ese itinerario incipiente, por una causa ilegítima, configuraba un daño cierto y reparable¹²⁷⁸. En sus palabras:

Corresponde indemnizar la frustración de la probabilidad de éxito en el plano deportivo como consecuencia del daño sufrido por un jugador de fútbol, cuando existen posibilidades suficientes de buen éxito deportivo y económico que superan la hipótesis del daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible¹²⁷⁹.

Pero no todo sucede en el fútbol. Respecto de un jockey aprendiz que, a raíz de un accidente durante un entrenamiento, quedó con secuelas físicas irreversibles, también

¹²⁷⁷ C. Nac. Civ., sala D, 17/12/1982, “Cotroneo, R. c./ Club Atlético Banfield y otro”, LL, 1983-D, p. 385 y Jurisprudencia Argentina, 1984-II, p. 21.

¹²⁷⁸ CSJN, 28/04/1998, “Zacarías, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, LL, 1998-C, p. 322.

¹²⁷⁹ CSJN, 28/04/1998, “Zacarías, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, LL, 1998-C, p. 322.

se reconoció la procedencia de la chance. El tribunal ponderó su juventud, el estado incipiente de su carrera y el hecho de estar formándose en una disciplina altamente competitiva. Consideró que existía una probabilidad razonable de que pudiera haber consolidado una actividad profesional con sustento económico, por lo que correspondía reconocer jurídicamente el valor de esa trayectoria interrumpida antes de su consolidación¹²⁸⁰.

En otro fallo, se concedió reparación a un joven que, antes de un accidente de tránsito, se perfilaba como boxeador profesional. El juez valoró la seriedad de su entrenamiento, las competencias en que había participado y su edad, concluyendo que las lesiones sufridas lo excluían definitivamente del circuito competitivo. Aunque no existía contrato firmado ni competencia concreta perdida, el daño se reconoció por la afectación de una expectativa legítima¹²⁸¹.

También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia en materia de básquetbol. En un caso, un joven deportista sufrió lesiones en un accidente de tránsito. El tribunal consideró su juventud y las pruebas documentales, incluidas notas periodísticas, para concluir que, de no haber mediado el accidente, existía una alta probabilidad de que el jugador hubiese continuado progresando en su carrera, con consecuencias patrimoniales positivas. Por ello, acogió el rubro pérdida de chance, evaluando prudencialmente el valor económico de esa expectativa¹²⁸².

Todos estos precedentes coinciden en una premisa central: la chance deportiva es resarcible cuando existe una expectativa seria, fundada y atribuible a la víctima. No se exige certeza sobre el resultado ni sobre la ganancia frustrada, pero sí pruebas objetivas que permitan inferir una oportunidad real de mejora en la trayectoria. Este estándar, en el ámbito deportivo, permite reconocer el impacto concreto que una frustración puede tener sobre todo un proyecto de vida.

3. Algunas reflexiones finales en torno al azar mixto

¹²⁸⁰ Trigo Represas (2008a)06/10/25 11:11:00p. 108

¹²⁸¹ Trigo Represas (2008a)06/10/25 11:11:00p. 108

¹²⁸² CCiv. y Com. de Azul, sala II, 07/06/2001, “Barzottini, H. c./ Lazarte, Juan”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2337/2001.

1. No todos los proyectos personales dependen exclusivamente de las decisiones y acciones del sujeto. A menudo, para llevarlos a cabo es necesaria también la intervención de otras personas: una selección, una contratación, un reconocimiento institucional. El mérito, por sí solo, no basta. En esos casos, la oportunidad no se construye de manera unilateral, sino en el cruce entre el esfuerzo individual y factores externos. Estos factores pueden consistir tanto en el juicio de un tercero como en un entorno social, económico o institucional que sea favorable para que esa expectativa se concrete. Así, el azar mixto engloba aquellos supuestos en los que la posibilidad de obtener un beneficio o evitar un daño depende al mismo tiempo de las condiciones objetivas del sujeto y de elementos que escapan a su control.
2. A diferencia del azar subjetivo en que el resultado depende exclusivamente de una evaluación de terceros, o del azar contextual en que la oportunidad surge del entorno sin intervención de la voluntad ajena, el azar mixto combina ambos elementos. La víctima ha generado condiciones reales para acceder a un resultado más favorable, que, por sí solas, no aseguran el resultado, pero lo vuelven razonablemente esperable. Sin embargo, para que esa expectativa se transforme en realidad, es necesario que otro adopte una decisión a través de un nombramiento, una contratación, una concesión o que el entorno preserve las condiciones que la hacían viable. Lo que se pierde, entonces es una oportunidad concreta, que se sustenta en dos elementos: el esfuerzo del sujeto y la existencia de condiciones externas que, juntas, delineaban un escenario de mejora plausible.
3. Esta idea se evidencia con nitidez en el ámbito laboral, cuando un despido arbitrario, una discriminación o un traslado injustificado ponen fin a un proceso en evolución. La víctima contaba con una trayectoria consolidada, con antecedentes positivos y con oportunidades reales de progreso. Pero el hecho ilícito se produce antes de que esa expectativa pueda materializarse. No se trata de especular sobre lo que habría decidido la empresa o de reconstruir un juicio que nunca se emitió. Se trata, más bien, de reconocer que la persona se encontraba en una situación que, basándose en datos objetivos y observables, hacía razonable esperar un desarrollo prometedor.
4. Como en todos los casos de pérdida de oportunidad, no basta con alegar que existía una probabilidad. Debe acreditarse que esa oportunidad era real, que se

apoyaba en antecedentes verificables y que existía una trayectoria discernible. La idea no es abrir la puerta a indemnizaciones basadas en meras expectativas, sino de reparar la privación injusta de una evolución razonable que el hecho dañoso interrumpió. El juez no debe imaginar un futuro alternativo, sino reconstruir, a partir de la experiencia y las circunstancias del caso, si existía una posibilidad concreta de obtener un beneficio o evitar un perjuicio y si esa posibilidad se frustró definitivamente.

5. También he incluido en el análisis del azar mixto, el caso de la compensación económica, aunque no es un caso de pérdida de oportunidad. La compensación no tiene como objetivo indemnizar un daño futuro frustrado, sino corregir un desequilibrio económico producido durante la vida en común como consecuencia directa de la distribución de roles dentro del matrimonio y de la ruptura posterior. Sin embargo, el juez al determinar si corresponde o no otorgar esta compensación, no solo tiene en cuenta el desequilibrio actual, sino también la proyección razonable que el cónyuge afectado podría haber tenido si no hubiera renunciado a su desarrollo económico o profesional, en pos de la familia en común. Esa proyección, aunque no constituye el eje exclusivo del análisis, introduce elementos propios de la lógica de la pérdida de oportunidad.
6. En otras palabras, aunque la compensación económica no es una aplicación directa de la teoría de la pérdida de oportunidad, su análisis puede incluir componentes que la remitan a esta figura. Por eso, la inclusión de esta hipótesis dentro del azar mixto obedece a la necesidad de reconocer que el juez puede y debe tomar en consideración la pérdida de ciertas posibilidades reales de desarrollo. Sin embargo, es importante reconocer que la compensación económica es una institución autónoma que goza de sus propios fundamentos, por lo que reducirla únicamente a una cuestión de oportunidades frustradas implica trivializarla.
7. El azar mixto, por lo tanto, no se refiere al azar en sentido estricto. Se trata de una forma de incertidumbre que ocurre cuando la expectativa surge de la interacción entre lo propio y lo externo, entre lo construido por la víctima y lo que dependía de otros. No se trata de una ilusión ni de una simple esperanza. Se trata de una oportunidad fundada cuya pérdida injusta debe ser indemnizada.

Conclusiones del capítulo

El propósito de este capítulo ha sido identificar en qué casos estamos verdaderamente ante una pérdida de oportunidad indemnizable. En lugar de centrarme en las distintas áreas del derecho en las que puede manifestarse esta figura, he optado por una visión estructural basada en el tipo de azar que configura cada hipótesis. Esta clasificación responde a la necesidad de comprender cómo opera el daño en contextos en los que lo que se indemniza no es un resultado final. Las conclusiones que siguen son una forma de ordenar los criterios esenciales que permiten reconocer cuándo la oportunidad frustrada adquiere entidad propia y merece protección jurídica.

1. Si se intentara clasificar la pérdida de oportunidad según materias jurídicas, el esfuerzo resultaría estéril. Las oportunidades están presentes en casi todos los ámbitos de la vida: la salud, el trabajo, las relaciones personales, el patrimonio, la formación, etc. Así, lo decisivo no es en qué materias hay oportunidad frustrada, sino si, en las condiciones del caso, merece ser indemnizada. Por eso, más que un catálogo cerrado de hipótesis, lo esencial es identificar el elemento común que justifica su reparación: el azar.
2. El azar en sus distintas formas y variantes permite distinguir con precisión el tipo de incertidumbre que estructura el caso. Aun cuando la variedad de supuestos abordados parece, en una primera lectura, dispersa, todas comparten un denominador común: existe una incertidumbre que impide atribuir causalmente el resultado final a la conducta negligente, pero que se estructura sobre una base verificable de probabilidad fundada. Esa es la clave: no toda incertidumbre habilita la aplicación de la chance, solo aquella que tiene como antecedente el azar y puede ser valorada jurídicamente como oportunidad frustrada.
3. Desde esa perspectiva, clasificar las hipótesis según el tipo de azar que las atraviesa no constituye una estrategia expositiva, sino una herramienta analítica indispensable. Permite delimitar con claridad el campo legítimo de aplicación de la pérdida de oportunidad, más allá del área sustantiva en que se manifieste.
4. Cuando la hipótesis se funda en un azar de carácter decisional, lo que está en juego es la exclusión ilegítima de un proceso de decisión que ofrecía una probabilidad razonable de éxito para la víctima. Si se hubiese dado la posibilidad a la víctima

de tomar la decisión que le competía, el resultado podría haber sido distinto y más beneficioso para la víctima.

5. Ahora bien, conviene distinguir con claridad este tipo de hipótesis de aquellas en que lo que ha sido lesionado es el derecho a la autodeterminación. En estos casos, como ocurre, por ejemplo, con la omisión del consentimiento informado, no se trata de un supuesto de azar ni de chance frustrada, ya que el perjuicio no depende del resultado que se habría producido, sino de la privación misma de decidir sobre intereses personales. La reparación se justifica por la negación de la posibilidad misma de decidir, con independencia del resultado que podría haberse producido si la decisión hubiese sido distinta.
6. En el azar contextual, lo que se pierde no es una decisión futura ni una evaluación ajena, sino una trayectoria en curso, real, constatable, que había comenzado a desarrollarse antes del hecho dañoso. La oportunidad se configura cuando el sujeto se encontraba inmerso en un proceso verificable de mejora, progreso o beneficio, cuyo desarrollo fue truncado por la conducta antijurídica. El caso por excelencia es el de la responsabilidad médica por pérdida de chance de curación y sobrevida: no se trata de curar lo incurable, sino de reparar la frustración de una posibilidad razonable de evitar un desenlace más gravoso.
7. El caso de azar contextual por excelencia es el de la responsabilidad médica por pérdida de chance de curación y sobrevida: no se trata de curar lo incurable, sino de reparar la frustración de una posibilidad razonable de evitar un desenlace más grave. En este sentido, el azar adopta una forma particular: no se trata de curación asegurada, sino de evitar un daño mayor. El perjuicio no radica en la enfermedad ni el fallecimiento, sino en haber sido privado de una oportunidad fundada de mejorar el pronóstico, reducir secuelas o acceder a un tratamiento menos grave. El punto de partida es el cuadro clínico existente y el conocimiento médico disponible al momento del hecho. A partir de esos datos, es posible evaluar si existía una chance concreta y fundada que ha sido frustrada por la omisión imputable.
8. El azar mixto se presenta cuando la oportunidad frustrada dependía tanto de un proceso objetivo en marcha como de una decisión posterior que, sin ser asegurada, podía razonablemente verse influida por la trayectoria previa del afectado. El mérito acumulado y la instancia evaluadora estaban jurídicamente articulados, de

forma tal que existía una probabilidad real de beneficio, y la conducta negligente interrumpió ese recorrido.

9. Ese ha sido el eje metodológico de este capítulo: no clasificar por áreas del derecho, sino por la estructura del azar. Esta aproximación permite distinguir con claridad cuándo estamos frente a una verdadera chance y cuándo no. La pérdida de chance no reemplaza la causalidad, ni disminuye las exigencias probatorias. Al contrario, las desplaza hacia un terreno más exigente: el de lo probable. El derecho no puede reparar lo imaginable, pero sí debe hacerse cargo de lo probable y frustrado.
10. En definitiva, lo relevante no es cuántas materias abarca esta figura, sino cómo se estructura la hipótesis dentro del mapa del azar. Ese es el único modo de saber qué debe probarse, qué tipo de relación causal es exigible y qué función cumple la reparación. La pérdida de la chance no es un atajo para suplir la falta de certeza, sino una herramienta para hacer justicia frente a procesos truncados. No se trata de proteger lo incierto, sino de indemnizar lo probable. No se trata de reconstruir lo que pudo ser, sino de valorar lo que legítimamente se perdió.

Con ello, no se llega a un cierre, sino a un nuevo comienzo. Si lo que se ha perdido es una probabilidad y no un resultado, la tarea que sigue es tan compleja como necesaria: determinar cuánto vale esa chance. Para ello será necesario desarrollar una metodología de cuantificación que permita traducir el valor de lo probable en términos indemnizatorios. Pero antes de calcular había que definir. Ese ha sido el propósito de este capítulo: trazar el contorno de la chance, identificar sus formas y distinguirla de aquello que por falta de fundamento, debe quedar fuera del ámbito de la responsabilidad civil.

Capítulo V: La cuantificación del daño por pérdida de la chance

Primera Parte: Fundamentos generales de la cuantificación

1. La indemnización del daño autónomo: chance no es resultado, aunque se relacionen

Reconocida la pérdida de chance como daño autónomo resarcible, el análisis se desplaza a determinar el modo en que debe asignarse su cuantificación indemnizatoria. La dificultad en esta etapa no reside en establecer si existió el perjuicio —cuestión ya superada—, sino en establecer cómo debe ser valorada la pérdida de una probabilidad legítima. La chance carece de la certeza que caracteriza a otros daños tradicionales, pero ello no autoriza a desatender su cuantificación.

La peculiaridad de este daño radica precisamente en su objeto: no se trata de reparar un resultado frustrado, sino de indemnizar la supresión ilegítima de una expectativa fundada de obtenerlo¹²⁸³. La conducta antijurídica interrumpió el proceso mediante el cual esa expectativa pudo proyectarse hacia un beneficio, sin que llegara a consolidarse¹²⁸⁴. Lo que debe ser objeto de valoración es, por tanto, la entidad de esa probabilidad perdida.

Cuantificar la chance no equivale a calcular el resultado hipotético, ni a asignar porcentajes causales sobre un resultado final. La reparación de la chance exige atribuir un valor autónomo a la expectativa suprimida, considerando la probabilidad fundada que existía en el momento en que la conducta antijurídica impidió su eventual realización. Como señala Bustamante,

“La indemnización deberá ser de la chance misma que se frustra y no de la ganancia eventual, por lo que aquella deberá ser apreciada judicialmente según el mayor

¹²⁸³ Sáenz (2013). En este sentido, ha señalado que “la indemnización por pérdida de chance no puede identificarse con el eventual beneficio perdido, sino que lo resarcible es dicha chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor grado de probabilidad de convertirse en cierta”.

¹²⁸⁴ Garay (2009), p. 756.

o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad”¹²⁸⁵.

Es decir, cuanto más probabilidad exista de alcanzar el beneficio esperado, mayor será su valor¹²⁸⁶.

En esta lógica, además, el monto indemnizatorio será, por naturaleza, inferior al beneficio total que pudo haberse obtenido, precisamente porque lo que se repara es la supresión de la probabilidad fundada, no el resultado finalmente frustrado¹²⁸⁷.

El error frecuente en esta materia consiste en trasladar el análisis al resultado frustrado, fragmentándolo en porcentajes de imputación causal, como si la chance representara un tramo parcial del resultado final. Este razonamiento, propio de la denominada causalidad probabilística, ajeno al esquema propio de la pérdida de chance como figura autónoma¹²⁸⁸.

Como señala la doctrina: “Que ella [la pérdida de chance] pueda suponer, frecuentemente, un resarcimiento inferior al que correspondería en aquel supuesto, no importa que este deba ser no pleno”¹²⁸⁹.

La tarea de cuantificación exige, en consecuencia, establecer cuánto valía, desde el punto de vista jurídico y económico, la probabilidad que fue suprimida. No se trata de distribuir causalidad sobre un resultado nunca alcanzado, sino de asignar valor a la oportunidad legítima cuya frustración constituye el daño.

Para ello, los tribunales deben considerar criterios técnicos y circunstancias fácticas que rodean el caso, para determinar el grado de probabilidad de éxito de la pretensión. Con base en ese complejo de elementos, se debe establecer un coeficiente de aleatoriedad, estimando porcentualmente la probabilidad de éxito y proyectando la cuantía de la chance efectivamente perdida¹²⁹⁰.

Cuando los tribunales aplican esta lógica, reconocen a la chance un valor propio. Aunque necesariamente inferior al beneficio máximo hipotético, su reparación debe

¹²⁸⁵ Bustamante Alsina (1993), p. 208.

¹²⁸⁶ Jalil (2020b). En este sentido, ha señalado que “en lo que atañe a la indemnización por pérdida de chance el juez no debe guiarse por pautas rígidas, pues la indemnización no puede identificarse con el eventual beneficio perdido, sino que lo resarcible es dicha chance, la que será apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta”.

¹²⁸⁷ Hersalis (2020b).

¹²⁸⁸ Barría Díaz (2019), pp. 261-262.

¹²⁸⁹ Pizarro (1994), p. 77.

¹²⁹⁰ Calderón (2011), pp. 172-173.

abarcó la totalidad del perjuicio derivado de la supresión de la probabilidad fundada. Lo que la víctima perdió no fue el resultado, sino su posibilidad jurídicamente relevante de alcanzarlo. Esa pérdida, aun con el grado de aleatoriedad que lo caracteriza, reviste certeza suficiente en su existencia como para justificar la reparación.

2. Cuantificación de la chance como bien jurídico propio

Superada la cuestión relativa a la existencia del daño, el análisis se traslada al terreno de su cuantificación. La dificultad aquí no surge porque la chance carezca de entidad reparable, sino por la singularidad que presenta todo aquello que, siendo real en su existencia, permaneció incierto en su desenlace.

Conviene precisar, desde el inicio, que no debe confundirse la determinación del daño con la cuantificación de la indemnización. Son operaciones distintas, aunque estrechamente vinculadas¹²⁹¹. La existencia del perjuicio ha sido verificada; lo que aquí preocupa es su traducción en términos económicos.

Parafraseando a Ricardo Pascale¹²⁹², la oportunidad perdida no es un anhelo etéreo ni una expectativa ilusoria. Es una probabilidad concreta, construida sobre antecedentes verificables, que poseía valor económico y jurídico propio, más allá de que su concreción definitiva no estuviera garantizada.

La oportunidad no se configura como un hecho aislado, sino como un proceso compuesto por una sucesión de factores concurrentes. El mérito previo de quien detentaba la chance, las condiciones en que debía desplegarse, los antecedentes que robustecían su viabilidad y el grado de verosimilitud de su eventual concreción, constituyen elementos que el juez deberá ponderar cuidadosamente.

No se trata de proyectar un único resultado, como si el futuro hubiera estado previamente escrito, ni de asignar cifras cerradas sobre aquello que no llegó a consolidarse. Pero tampoco resulta aceptable reducir la reparación a sumas simbólicas que, en los hechos, significarían desconocer el perjuicio real. El derecho no exige a la

¹²⁹¹ C. Apel. Civ. Com., Sala I, 18/08/2001, “Gallardo, Claudia E. c./ Chávez”, autos n.º 142224/340.

¹²⁹² Pascale (2018), pp. 213-214.

víctima pruebas imposibles; tampoco puede abdicar de su función reparadora cuando los antecedentes permiten, con razonabilidad, valorar el perjuicio sufrido.

Cuantificar la chance exige, en consecuencia, apartarse tanto de la pretensión de certeza absoluta como del riesgo opuesto de arbitrariedad. La oportunidad frustrada exige tutela. Su cuantificación no es sencilla, pero no por ello puede quedar librada al azar. El juez debe estimar, con base en elementos razonables y verificables, cuánto valía esa probabilidad real de éxito que la víctima poseía antes del hecho dañoso. Porque el perjuicio no reside en el resultado no alcanzado, sino en la pérdida de la posibilidad concreta de haberlo logrado.

3. ¿Es suficiente el prudente arbitrio judicial?

El derecho argentino no ofrece una fórmula predeterminada para traducir la pérdida de chance en un monto indemnizatorio, ni la ley, ni en la jurisprudencia de la Corte Suprema. La norma no establece reglas aritméticas ni algoritmos que conduzcan directamente del reconocimiento del daño a la determinación de su cuantía. La ley guarda silencio, por lo que la tarea queda en manos de los jueces. Pero ese silencio no debe significar ausencia de método.

La primera pregunta es cómo debe proceder el juez ante ese vacío de fórmulas para estimar el monto correspondiente a la chance perdida. La doctrina y la jurisprudencia han trazado, en este punto, dos grandes líneas de actuación. La primera opción, seguida mayoritariamente, otorga al prudente arbitrio judicial la responsabilidad de efectuar esa cuantificación. El segundo, minoritario, postula la necesidad de construir procedimientos más estructurados y transparentes.

En el primer grupo, diversos autores argentinos sostienen que no es posible establecer pautas rígidas y que, en cada caso, corresponde al juez valorar el grado de probabilidad con el que la víctima podía obtener el beneficio o evitar el perjuicio¹²⁹³. Esta posición ha sido seguida por la jurisprudencia de los tribunales inferiores. La mayoría de las decisiones invocan el prudente arbitrio judicial como fundamento para la fijación del

¹²⁹³ Ver, por ejemplo: Zannoni (2005), p. 52; Bustamante Alsina (1997), p. 153.

quantum, amparándose en el criterio de equidad que permite ponderar las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Desde el punto de vista normativo, este margen de apreciación judicial encuentra su apoyo en los artículos 3 del CCyC, que exige al juez dictar decisiones razonablemente fundadas y 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Así entendido, el prudente arbitrio judicial constituye una herramienta legítima y ajustada a derecho cuando se ejerce con seriedad argumentativa.

Además, se ha argumentado que este modelo ofrece ciertas virtudes prácticas. Permite al juzgador adaptar la cuantificación a la multiplicidad de situaciones fácticas que presenta la pérdida de chance, sin quedar atado a esquemas inflexibles que podrían no ser aplicables a los casos concretos. También evita la adopción apresurada de modelos cuantitativos que podrían generar dificultades de coherencia futura si no logran compatibilizarse con la heterogeneidad de supuestos que se presentan en la práctica¹²⁹⁴.

Pero, también plantea críticas. La principal es su falta de transparencia. Cuando la decisión judicial no explica cómo se llegó al número finalmente fijado, se dificulta el control de razonabilidad, la crítica doctrinal, la revisión en instancias superiores y, en definitiva, la garantía de una justicia previsible, igualitaria y controlable. La falta de explicitación de los criterios aplicados puede afectar a principios de la reparación integral, la seguridad jurídica y la defensa en juicio, lo que erosionaría la confianza en el sistema de responsabilidad civil.

El recurso a la prudencia judicial, si bien inevitable en todo ejercicio de cuantificación de daños probabilísticos, no puede ser entendido como una autorización para decidir sin explicación ni control. La prudencia no es un margen de discrecionalidad vacía. La doctrina más rigurosa ha advertido que el riesgo latente de esta noción reside precisamente en su utilización como fórmula de cierre argumental, detrás de la cual el tribunal fija sumas indemnizatorias sin explicitar el camino lógico que condujo a esa cifra.

Este déficit de motivación es incompatible con el principio de fundamentación objetiva de las decisiones judiciales¹²⁹⁵, que constituye una garantía esencial para las partes y un requisito insoslayable de la racionalidad del proceso. En el contexto específico

¹²⁹⁴ Guibourg (2021), p. 14.

¹²⁹⁵ Pizarro (1994), p. 78.

de la pérdida de chance, en que por definición el daño indemnizable es incierto, pero no imaginario, la exigencia de motivación adquiere una relevancia todavía mayor.

Frente a estas dificultades han surgido, en doctrina y jurisprudencia, propuestas orientadas a diseñar mecanismos de cuantificación más razonados y explícitos que permitan conocer, reconstruir y eventualmente discutir los fundamentos que conducen al monto indemnizatorio. La idea de este capítulo es profundizar en ciertos parámetros objetivos que permitan fundamentar la cuantificación de las chances.

4. El rol del juez en la cuantificación: valoración prudente y fundamentación racional

Reconocida la resarcibilidad de la pérdida de chance, corresponde ahora al juez una tarea no menos delicada: atribuirle un valor indemnizatorio. La cuantificación de una expectativa frustrada no proporciona al juez márgenes de certeza plena, como puede ocurrir en otros supuestos en los que el daño adopta contornos plenamente determinados. Aquí, el objeto de la reparación es una probabilidad legítima que no llegó a realizarse, pero que revestía suficiente entidad jurídica para ser reparada.

Valorar el daño supone determinar qué bien ha sido afectado y en qué extensión; cuantificarlo¹²⁹⁶, en cambio, implica traducir ese menoscabo, ya delimitado en su entidad, en términos patrimoniales concretos, a fin de fijar la indemnización correspondiente¹²⁹⁷.

En este escenario, la primera tarea del juez consiste en revisar cuidadosamente los elementos que daban sustento a la chance: el recorrido previo de la víctima, las condiciones concretas en que la oportunidad habría de desplegarse, las perspectivas razonables de éxito y el vínculo lógico que unió la conducta antijurídica con la frustración de esa posibilidad. Sobre la base de esos antecedentes se construye la estimación cuantitativa del daño.

El juez no trabaja aquí con fórmulas automáticas. La chance no admite aritméticas rígidas. La cuantificación exige prudencia, sensatez y un análisis detenido de las circunstancias del caso. Se trata de valorar, en equilibrio, tanto los factores que fortalecían

¹²⁹⁶ De los Santos (2021), p. 242.

¹²⁹⁷ Zavala De González (1992).

la expectativa como aquellos que pudieron razonablemente haberla obstaculizado¹²⁹⁸. De ese ejercicio ponderado surge el *quantum* que mejor refleja el perjuicio sufrido.

Esta valoración debe fundarse en elementos objetivamente comprobables. No bastan apreciaciones generales o afirmaciones dogmáticas. Los antecedentes verificables, los informes periciales, los parámetros comparativos y las máximas de experiencia ofrecen al juez herramientas útiles para sustentar su decisión. Las estadísticas, cuando resultan pertinentes y correctamente construidas, pueden aportar referencias valiosas, sin que ello implique exigir una certeza matemática que sería ajena a la naturaleza misma de este daño. No se demanda exactitud absoluta, pero sí razonabilidad y seriedad metodológica en la elaboración del pronunciamiento¹²⁹⁹.

En este contexto, conviene subrayar que el papel de la víctima como demandante se limita a proporcionar las bases para la apreciación del daño¹³⁰⁰, sin que pueda exigírsele prueba destinada a determinar con precisión su cuantía. La fijación del quantum queda reservada al prudente arbitrio judicial, sobre la base de los antecedentes reunidos en el proceso.

En consecuencia, la sentencia debe mostrar con claridad cómo se ha llegado al monto fijado. La fundamentación adquiere aquí particular relevancia: es ella la que otorga legitimidad a la cuantificación adoptada, pues permite verificar que el juez no lo ha resuelto por mera intuición, sino sobre la base de un razonamiento transparente, razonable y controlable. La dificultad propia de la chance exige, precisamente, que cada decisión sea cuidadosamente explicada, para evitar tanto la arbitrariedad como la inseguridad jurídica.

Como advierte parte de la doctrina, no resulta indiferente procurar cierta homogeneidad en las cuantificaciones judiciales, frente a la variabilidad que suele observarse en la práctica¹³⁰¹. Para ello, he elaborado algunos criterios orientadores, que ofrecen al juez pautas derivadas de la experiencia acumulada.

La dificultad de la cuantificación de la chance no autoriza al juez a desentenderse de su responsabilidad. Su función es indelegable: debe valorar los antecedentes que sostenían la probabilidad, estimar con prudencia su entidad económica y fundamentar, de

¹²⁹⁸ Muller (2008), p. 555.

¹²⁹⁹ Jalil (2020b).

¹³⁰⁰ Domínguez Hidalgo (2023).

¹³⁰¹ Alferillo (2016).

modo detallado y argumentado, por qué el monto fijado constituye una reparación justa. Solo así se preserva el equilibrio resarcitorio, evitando tanto la denegación de justicia por exigencias probatorias desmedidas como el riesgo contrario de indemnizaciones simbólicas, que desnaturalizan la función reparadora del sistema.

Podría sostenerse, al igual que se ha hecho en torno al daño moral, que la dificultad de cuantificar la pérdida de una chance haría imposible su reparación. No es así. La idea de reparación integral no supone reproducir aritméticamente lo que la víctima habría obtenido de no mediar el hecho dañoso, sino brindar una “reparación razonable, en el sentido de que la indemnización debe ser lo más integral posible, entendido como la aproximación mejor posible a la entidad al daño y no como una devolución exacta de lo afectado”¹³⁰². Como recuerda Domínguez Hidalgo a propósito del daño moral, pero que resulta perfectamente aplicable a la pérdida de oportunidad, “es una reparación fijada por la magnitud del daño en la mayor medida posible”¹³⁰³. La dificultad en la cuantificación esta figura no autoriza a desentenderse de su reparación; por el contrario, impone al juez una valoración prudencial, guiada por parámetros objetivos, para evitar que la complejidad de la tarea se traduzca en arbitrariedad.

5. Parámetros generales de cuantificación

Reconocida la existencia de la chance como daño autónomo, la tarea de cuantificación implica asignar un valor indemnizatorio a aquello que, sin haberse concretado, constituía una probabilidad fundada de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio¹³⁰⁴. A diferencia de los daños tradicionales, aquí lo que se valora no es el resultado frustrado, sino la pérdida de la expectativa fundada de alcanzarlo.

El primer deber consiste en reconstruir, con la mayor fidelidad posible, el escenario en que la oportunidad habría debido desarrollarse. Este análisis es, por naturaleza, *ex post facto*¹³⁰⁵: el juez debe valorar los antecedentes disponibles al momento en que la conducta antijurídica interrumpió el proceso causal, sin contaminar la valoración con el conocimiento de lo que finalmente no ocurrió.

¹³⁰² Domínguez Hidalgo (2013).

¹³⁰³ Domínguez Hidalgo (2013).

¹³⁰⁴ Trigo Represas y López Mesa (2004), p. 416.

¹³⁰⁵ Sáenz (2008), p. 602.

La doctrina ha propuesto ciertos lineamientos generales que orientan esta operación judicial. Si bien no existe un único método, puede identificarse una estructura común que organiza el razonamiento cuantificatorio.

En primer lugar, debe determinarse cuál habría sido el beneficio económico que la víctima habría obtenido o el perjuicio que habría evitado, de haberse concretado la oportunidad frustrada¹³⁰⁶. Esta estimación constituye la base de cálculo inicial. Evidentemente que si lo que se indemniza es el truncamiento de una ganancia o la evitación del daño, que están en camino de concretarse, la ganancia posible o el daño efectivo son las bases necesarias para cuantificar la chance”¹³⁰⁷.

En segundo término, corresponde establecer el grado de probabilidad con que la víctima contaba para lograr ese resultado¹³⁰⁸. Aquí no se trata de construir conjeturas abstractas, sino de valorar, a partir de los antecedentes concretos del caso, qué grado de probabilidad real existía en el momento anterior al hecho dañoso. Intervienen en esta valoración factores como el mérito previo, el contexto en que debía desplegarse la chance, los antecedentes personales y profesionales de la víctima, y cualquier otro elemento verificable que permita asignar un peso razonado a esa expectativa. Esa medida determinará el porcentual de disminución de la indemnización¹³⁰⁹.

La interacción entre estas dos variables, constituye el núcleo del cálculo indemnizatorio. El monto resultante surge al aplicar al valor base el porcentaje correspondiente al grado de chance perdida¹³¹⁰. De este modo, la indemnización refleja la entidad de la oportunidad frustrada, evitando tanto la ficción de un resarcimiento pleno como la reducción a cifras simbólicas que desconozcan la existencia del daño.

Este esquema general admite dos variantes según la naturaleza del perjuicio¹³¹¹:

¹³⁰⁶ Márquez (2021), pp. 384-385.

¹³⁰⁷ En este sentido: TSJ Córdoba, sala civil y comercial, 07/11/2007, “Di Lello, Pablo c./ Barancelli, Cristián R.”, sentencia n.º 43, Rubinza online, cita digital: RC J 2778/21; Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala II, 16/03/2004, “Prieto, Roberto Ángel c./ Encontel”, Rubinza online, cita digital: RC J 2787/04.

¹³⁰⁸ Márquez (2021), pp. 384-385.

¹³⁰⁹ Márquez (2021), pp. 384-385.

¹³¹⁰ C. Nac. Civ., sala A, 24/10/2017, “M., G. A. c./ Socorro. Médico Privado S.A y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/78072/2017; Cour de cassation, première chambre civile, 18/01/2015, Bulletin civil, n.º 29. En la doctrina argentina son muchos los casos en que se procede de esta manera. Entre otros: C. Nac. Civ., sala A, 18/05/2020, “Filipuzzi, Marina Gabriela y otros c./ Clínica Privada Monte Grande S.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/16247/2020.

¹³¹¹ Sáenz (2008), pp. 602 y ss.; Picasso y Sáenz (2019), p. 498.

Cuando se ha perdido la posibilidad de obtener una ganancia, la cuantificación comienza por determinar el valor de dicha ganancia, deduciendo eventuales costos o gastos asociados, y se aplica luego el porcentaje de probabilidad razonable de haberla obtenido.

Cuando lo que se frustra es la posibilidad de evitar un perjuicio futuro que finalmente se concretó, la cuantificación parte del daño efectivamente producido, sobre el cual se proyecta el porcentaje de probabilidad de haberlo evitado.

En ambos supuestos, la reparación debe abarcar todos los componentes patrimoniales y extrapatrimoniales que, de haberse concretado la oportunidad, habrían integrado el perjuicio resarcible¹³¹².

Ahora bien, este esquema básico no se agota en una mera operación aritmética. La determinación del porcentaje de probabilidad exige una valoración de los elementos disponibles en la causa. La doctrina más consistente señala que el juez debe recurrir, en primer término, a las pruebas objetivas incorporadas al expediente: peritajes, antecedentes estadísticos pertinentes, datos clínicos, parámetros comparativos o precedentes análogos¹³¹³. Sólo en ausencia o insuficiencia de estos elementos podrá el juzgador acudir a su prudente valoración, la que, en todo caso, deberá estar debidamente motivada y fundada en el expediente.

Además, me parece importante aclarar que en esta etapa, la gravedad subjetiva de la conducta antijurídica carece de incidencia¹³¹⁴. La indemnización no se ve incrementada ni reducida por la mayor o menor reprochabilidad del autor del daño. Se mantiene fiel a su objeto: reparar la supresión ilegítima de una expectativa fundada.

En este marco, los métodos auxiliares de cuantificación que explicaré a continuación: matemático, estadístico, probabilístico epistémico, bayesiano o lógico, cumplen una función relevante. No sustituyen el juicio judicial, pero ofrecen herramientas que permiten respaldar el razonamiento con fundamentos más transparentes y controlables. Cada uno de estos métodos encuentra mayor o menor aplicabilidad según la naturaleza de la chance que se valora y la disponibilidad de antecedentes objetivos.

¹³¹² Picasso y Sáenz (2019), p. 499.

¹³¹³ Picasso y Sáenz (2019), p. 498.

¹³¹⁴ Sáenz (2008), p. 604.

6. Los métodos auxiliares de cuantificación

Cuando se trata de valorar la pérdida de una chance, el derecho exige abandonar el esquema habitual en que el daño se mide a partir de un resultado que efectivamente se produjo. Aquí, por definición, lo que falta no es el daño mismo —ya reconocido—, sino el desenlace que nunca llegó a verificarse. Sin embargo, el hecho de que el resultado no haya ocurrido no autoriza a renunciar a su cuantificación. Tampoco habilita, en sentido contrario, a una valoración puramente intuitiva o arbitraria.

La dificultad reside, precisamente, en traducir en términos económicos el valor de una probabilidad que quedó truncada. La ausencia de certezas no impide la reparación; obliga, en cambio, a construir criterios de estimación que permitan atribuirle un contenido patrimonial razonable a la oportunidad perdida.

En este contexto, los métodos de cuantificación no persiguen transformar lo incierto en certeza, sino ofrecer herramientas racionales que acompañen al juez en la delicada tarea de ponderar lo que, sin haber llegado a consolidarse, tenía una probabilidad fundada de realizarse. Son instrumentos de aproximación, no de exactitud.

Cada método presenta alcances y limitaciones. Ninguno es, por sí mismo, universalmente aplicable. Su empleo dependerá siempre de las particularidades del caso, de la naturaleza de la oportunidad frustrada y de la existencia o no de antecedentes objetivos que orienten la estimación. No corresponde al juez elegirlos por conveniencia, sino por su aptitud para reflejar, con la mayor fidelidad posible, la entidad real de la chance suprimida.

La doctrina ha advertido, con razón, que estos mecanismos buscan, además de facilitar la tarea judicial, restringir el margen de discrecionalidad, favoreciendo soluciones prudentes y, en lo posible, armónicas para supuestos análogos:

“Para morigerar la amplitud interpretativa del arbitrio judicial, se idearon sistemas para mensurar los perjuicios, como es, por ejemplo, el basado en fórmulas de la matemática financiera, como las que se emplean para cuantificar algunos daños producidos a la persona. En otras palabras, este mecanismo tiene la doble intención de

limitar el voluntarismo judicial y, con ello, propender a indemnizaciones similares para casos semejantes.”¹³¹⁵

Sin embargo, no puede desconocerse un riesgo adicional que acompaña el uso de estos instrumentos técnicos: la ilusión de objetividad que a menudo genera la utilización de fórmulas numéricas. Con frecuencia se cree que si algo se expresa con un número, adquiere automáticamente un carácter de certeza, como si la expresión cuantitativa garantizara la corrección del razonamiento y limitara el margen de error. No es sorprendente, por tanto, que muchos depositen su confianza en concepciones estadísticas de la prueba, adhieran a modelos bayesianos o sostengan que el peso de la prueba debe expresarse mediante valores numéricos, aunque muy pocos estén realmente en condiciones de desarrollar los cálculos complejos que tales teorías exigirían para su correcta aplicación en sede judicial¹³¹⁶.

Entre los diversos intentos de aproximación al problema de cuantificar la pérdida de chance, se ha barajado la posibilidad de aplicar algunos criterios propios de la matemática y estadística, para determinar las chances. A continuación, examinaré los principales métodos que la doctrina y la jurisprudencia han propuesto aplicar para este propósito: la probabilidad matemática (6.1), estadística (6.2), probabilidad epistémica (6.3) y lógica-racional (6.4). Cada uno será considerado en su capacidad de auxiliar, sin sustituir, el juicio prudencial que exige la valoración de la chance como daño autónomo.

6.1. La probabilidad matemática: Ley de Laplace

Se ha considerado que para cuantificar la chance es preciso una probabilidad matemática. En este sentido, la regla más conocida del cálculo matemático fue formulada por Pierre Simón de Laplace (1749-1827), que considera una hipótesis de simetría inicial entre las alternativas posibles, fundadas en situaciones en las que los escenarios presentan, al menos en apariencia, igual probabilidad de realización.

El método matemático de equiprobabilidad descansa en esta premisa: cuando los resultados posibles son numéricamente delimitados y cada uno presenta idéntica posibilidad de ocurrencia, puede asignarse a cada uno de ellos un valor porcentual exacto.

¹³¹⁵ Alferillo (2020), p. 221.

¹³¹⁶ Sánchez-Rubio (2018), p. 193.

Así, por ejemplo, al lanzar un dado, cada cara tiene una probabilidad de 1/6; en un sorteo con diez participantes, cada uno detenta, en principio, un 10% de probabilidades de resultar favorecido¹³¹⁷.

En ciertos supuestos, este método ha sido admitido cuando la estructura objetiva del caso permite identificar de manera precisa el número de alternativas y distribuir aritméticamente las probabilidades entre los involucrados. Es el ejemplo que ofrece el conocido caso *Chaplin v. Hicks* (Inglaterra, 1911), en el que se reconoció una indemnización a favor de una participante excluida de un concurso, valorando sus posibilidades en función del número de postulantes y de las vacantes disponibles¹³¹⁸.

Su aplicación resulta razonable en aquellos contextos en los que el azar está reglado y los datos permiten distribuir objetivamente las probabilidades: sorteos, concursos públicos de acceso con criterios estrictamente objetivos o licitaciones bajo bases numéricas cerradas. Allí, la equiprobabilidad ofrece un punto de partida válido para asignar un valor indemnizatorio a la chance frustrada.

La aparente simplicidad de este método, sin embargo, puede resultar engañosa¹³¹⁹. Así lo revela, por ejemplo, el análisis de una competencia entre cuatro caballos, en la que uno de los ejemplares es impedido de participar por la conducta antijurídica de un tercero. Podría afirmarse, en un primer acercamiento, que su chance de triunfo equivalía a un 25% del premio total. Pero la realidad del caso exige una mirada más cuidadosa. Factores como el historial de rendimiento, la condición física del caballo, la habilidad del jinete, las características de la pista o las condiciones climáticas inciden directamente sobre sus verdaderas posibilidades de éxito¹³²⁰.

Como ha señalado la doctrina, “el mayor o menor grado de probabilidad de la chance indemnizable dependerá, en cada caso, de las particulares circunstancias fácticas del mismo”¹³²¹.

Por ello, si bien el método de equiprobabilidad puede resultar útil en supuestos excepcionalmente delimitados, no puede erigirse en método rector de cuantificación de la pérdida de chance. Su empleo debe reservarse a aquellas hipótesis en las que la igualdad

¹³¹⁷ Méral (2024), p. 294

¹³¹⁸ Vitale (2020), pp. 213-214.

¹³¹⁹ Méral (2024), p. 294.

¹³²⁰ Ríos Erazo y Silva Goñi (2014) p. 270.

¹³²¹ Trigo Represas (2008a), p. 61.

de condiciones inicial pueda ser objetivamente verificada. Pretender aplicarlo de modo mecánico en situaciones en las que intervienen variables singulares propias de cada caso conduciría a desvirtuar la valoración prudente que exige esta figura.

6.2. La probabilidad estadística

En determinadas hipótesis de pérdida de chance, el juez dispone de una fuente empírica que puede contribuir a cuantificar el daño: los datos estadísticos. Si bien su utilidad no radica en ofrecer certezas absolutas, brinda un marco de referencia construido sobre experiencias comparables, que permite dimensionar con mayor fundamento la expectativa que fue injustamente suprimida. Lejos de sustituir el juicio prudencial que exige toda cuantificación resarcitoria, la estadística puede aportar una base objetiva sobre la cual proyectar con mayor solidez el valor de la oportunidad frustrada.

A diferencia del método matemático que parte de una hipótesis de igualdad abstracta entre los escenarios posibles, la probabilidad estadística, también llamada frecuentista u objetiva, analiza fenómenos repetidos bajo condiciones similares y deduce de ellos la frecuencia con que ciertos resultados se han producido¹³²². No se trata de una construcción abstracta ni especulativa, sino de un conocimiento acumulado que, en determinadas materias, permite establecer patrones observables. La probabilidad de un suceso se mide calculando el cociente entre el número de veces que el hecho ha ocurrido y el total de repeticiones del fenómeno en cuestión, idealmente sobre series amplias y estables¹³²³.

Así, por ejemplo, afirmar que la probabilidad de obtener un cinco al lanzar un dado es de $1/6$ significa que, al reiterar el experimento muchas veces, la frecuencia relativa de aparición tendería a estabilizarse en ese valor¹³²⁴. Como es posible apreciar, la probabilidad estadística se distancia por completo de cualquier creencia personal: lo probable no depende de estados mentales, sino de frecuencias objetivas observadas¹³²⁵.

¹³²² Vitale (2020), pp. 214-215.

¹³²³ Ferrer Beltrán (2018), p. 94.

¹³²⁴ Fisher (1922).

¹³²⁵ Rivadulla (1995), pp. 60-61; Barría Díaz (2019).

Este tipo de aproximación resulta especialmente útil en aquellos ámbitos en los que existen registros homogéneos y suficientemente amplios. Así ocurre, por ejemplo, en materia médica, en que las estadísticas reflejan tasas de éxito o fracaso en función de variables como el tipo de patología, el estadio evolutivo o las características clínicas del paciente¹³²⁶, como cuando se dice que una persona “habría tenido un 40% de probabilidades de supervivencia si los exámenes ordenados por el médico hubieran detectado oportunamente la enfermedad, frente a un 10% que tenía en la época posterior a que la enfermedad le fuere descubierta”¹³²⁷.

De allí que autores como Chabas propongan referirse a las estadísticas para el cálculo de probabilidades en casos de responsabilidad médica, al considerar que estos datos ofrecen una base objetiva y verificable para estimar la chance perdida¹³²⁸. También pueden ofrecer elementos de referencia en otras hipótesis en los que existan registros suficientemente homogéneos: tasas de aprobación en concursos profesionales, porcentajes de selección en procedimientos competitivos o duración promedio de ciertos trámites administrativos o judiciales. En todos estos casos, lo que interesa al derecho no es la regularidad en sí misma, sino la posibilidad de integrar esa información al análisis del caso particular. Lo cierto es que, “hoy en día, pocos aspectos de la vida escapan al tratamiento estadístico debido a la sistematización y al creciente perfeccionamiento de la recopilación y el tratamiento de datos, en gran parte gracias al desarrollo de la informática”¹³²⁹.

Ahora bien, este método encuentra un límite natural cuando se pretende trasladar sus parámetros a casos individuales que carecen de series suficientemente homogéneas o repetibles. Las estadísticas describen comportamientos colectivos; la función resarcitoria exige reparar a sujetos singulares. Una media aritmética puede reflejar una tendencia general, pero no necesariamente representa la situación concreta de quien reclama. De allí que no toda estadística es útil ni toda media aritmética representa fielmente lo que le habría ocurrido a la víctima¹³³⁰. Su aplicación exige que el fenómeno analizado se relacione estrechamente con el caso y que los datos sean ajustados a las particularidades del sujeto dañado. Edad, antecedentes médicos, contexto social, trayectoria educativa o

¹³²⁶ Méral (2024), p. 295.

¹³²⁷ Barros Bourie (2006), p. 381.

¹³²⁸ Chabas (2014), p. 88.

¹³²⁹ Vitale (2020), pp. 214-215.

¹³³⁰ Méral (2024), p. 129.

incluso variables afectivas pueden modificar sustancialmente la expectativa real que estaba en juego. De hecho, “la estadística no tiene como finalidad describir una situación personal, sino que se basa en “fenómenos para los cuales es imposible realizar un estudio exhaustivo de todos los factores, debido a su gran número o a su complejidad”¹³³¹.

Por ello, la incorporación de este tipo de datos exige un doble ejercicio: verificar su pertinencia y su correspondencia con las circunstancias del caso. Como la doctrina ha advertido, “una apreciación exclusivamente estadística violaría el principio de apreciación in concreto de las oportunidades de la víctima, siendo contraria a la equidad que exige integrar las particularidades de cada demanda en la valoración de las oportunidades perdidas”¹³³². La frecuencia estadística ofrece una referencia, no una respuesta. Solo cuando se integra en un razonamiento prudente, que reconozca la especificidad de la situación afectada, puede cumplir un rol legítimo en la estimación del perjuicio.

La probabilidad estadística no reemplaza la tarea del juez; la acompaña. Su función es auxiliar, no sustitutiva. Puede ser especialmente valiosa en aquellos supuestos en los que se han documentado tasas confiables sobre el comportamiento de ciertos eventos, pero su valor resarcitorio solo se alcanza cuando se la utiliza como punto de partida y no como respuesta definitiva. Cuantificar el daño por pérdida de oportunidad exige, utilizando datos estadísticos no sustituye el deber del juez de motivar el razonamiento, ni permite abdicar del juicio prudencial que exige considerar la singularidad de cada caso.

6.3. Probabilidad epistémica y el aporte de la teoría de Bayes

En el análisis judicial de la pérdida de una chance, no siempre existen series estadísticas lo suficientemente amplias como para construir sobre ellas una base de cálculo objetiva y repetitiva. Sin embargo, la ausencia de estos datos no quiere decir que la probabilidad, como categoría valorativa, desaparezca. Tampoco permite que el juez decida caprichosamente. Precisamente aquí es cuando adquiere particular importancia la noción de probabilidad epistémica.

¹³³¹ Vitale (2020), p. 217.

¹³³² Méral (2024), p. 296.

Su punto de partida es distinto al de la probabilidad estadística. No busca medir la frecuencia objetiva con que un fenómeno ha ocurrido, sino valorar, sobre la base de los antecedentes disponibles en el caso concreto, hasta qué punto es posible sostener que el resultado frustrado habría tenido lugar de no mediar la conducta antijurídica. La mirada ya no se centra en el mundo exterior como objeto de conteo, sino en el grado de respaldo que la prueba reunida ofrece para sustentar esa hipótesis.

Este método tiene sus raíces en el pensamiento de Leibniz, quien advirtió tempranamente que la probabilidad no constituye una propiedad inherente al objeto, sino una expresión del conocimiento que tenemos acerca de él¹³³³. El juez, en esta tarea, no reconstruye los hechos con la pretensión de acceder a una certeza ontológica sobre lo que habría sucedido. Su función es otra: examinar los antecedentes, ponderarlos con prudencia y establecer si a partir de ellos, existía una probabilidad jurídicamente relevante de alcanzar el resultado que quedó truncado¹³³⁴.

En el marco del derecho de daños, este modo de razonar es particularmente afín al quehacer judicial. La prueba casi nunca permite afirmar con certeza qué habría acontecido de no haber mediado el ilícito. Pero eso no impide, ni exime, al juez de valorar con seriedad los datos reunidos: el mérito previo del damnificado, las oportunidades que estaban abiertas, el contexto en que la chance debía desplegarse, las circunstancias personales o profesionales que tornaban verosímil su concreción.

Ahora bien, este juicio racional plantea una dificultad propia: ¿cómo trasladar ese grado de justificación intelectual al terreno de la cuantificación económica? Frente a ese desafío, la doctrina ha explorado herramientas auxiliares. Entre ellas, merece especial atención el aporte de la teoría de Bayes.

El teorema de Bayes¹³³⁵ ofrece un mecanismo lógico para actualizar el peso asignado a una hipótesis cuando nuevos elementos de juicio se incorporan al análisis. Así, la probabilidad de que una persona hubiera obtenido un contrato de no haber sido indebidamente excluida de un proceso licitatorio, puede revalorarse considerando, por ejemplo, su formación profesional, los resultados obtenidos en etapas preliminares o el perfil histórico de los postulantes exitosos en concursos anteriores. Cada nuevo dato

¹³³³ Rivadulla (1995), p. 56 y Hacking (2005), p. 112.

¹³³⁴ Hacking (2005), p. 115.

¹³³⁵ Bayes (1763).

refuerza o debilita la hipótesis, permitiendo ajustar con mayor precisión el juicio prudencial.

Sin embargo, es importante no confundir este método con una operación puramente matemática. Bayes no elimina el juicio prudencial del juez, ni suple la valoración argumentativa. Por el contrario, constituye un auxiliar metodológico que permite ordenar el proceso inferencial de quien, a partir de los datos disponibles, debe decidir sobre la existencia y el peso de la chance frustrada.

Desde esta perspectiva, la probabilidad epistémica (con o sin el recurso a Bayes) no reemplaza a la estadística, pero la complementa cuando esta resulta insuficiente. Mientras la estadística proporciona referencias generales a partir de datos masivos, la probabilidad epistémica permite construir un juicio racional adaptado a las singularidades del caso concreto.

En definitiva, cuando el juez cuantifica la pérdida de una chance, su tarea se vuelve doblemente exigente: debe, por un lado, valorar con seriedad y fundamento los antecedentes que sustentan la hipótesis de oportunidad frustrada; y, por otro, explicitar con claridad cuáles han sido los elementos que lo han llevado a asignarle, dentro del universo de lo verosímil, el peso que justifica la reparación reconocida.

6.4. Probabilidad lógica-racional: el aporte de Keynes en la estimación de la chance

La cuantificación de la pérdida de una chance suele presentar al juez escenarios en los que las herramientas estadísticas o matemáticas no logran resolver de manera satisfactoria. No se debe a que el derecho le niegue entidad resarcible a la chance, sino porque las circunstancias de hecho dificultan su traducción en términos numéricos precisos. Es en estos supuestos en los que adquiere particular relevancia un método de valoración distinto: el fundado en el razonamiento lógico-racional que propuso John Maynard¹³³⁶ Keynes al formular su conocida teoría lógica de la probabilidad.

A diferencia de la probabilidad estadística que se basa en series repetidas de eventos observables, o de la probabilidad bayesiana que permite actualizar estimaciones

¹³³⁶ Keynes (1957), pp.138-139.

a medida que se incorpora nueva evidencia, la probabilidad lógica apunta a otro objeto: el grado de respaldo racional que, en función de los antecedentes conocidos, puede asignarse a una hipótesis determinada. No depende de la mera frecuencia empírica de los fenómenos, sino de la relación objetiva entre las premisas del caso y las conclusiones que se deducen de ella.

Este modo de razonar hunde sus raíces en el pensamiento de Leibniz¹³³⁷, quien advirtió que la probabilidad no constituye una propiedad inherente al objeto, sino una expresión del conocimiento que se tiene sobre él. Por lo tanto, el juez, no reconstruye el pasado como si pudiera acceder a una certeza ontológica sobre lo que habría sucedido; su tarea, más humilde pero no menos compleja, consiste en valorar con prudencia las pruebas rendidas y determinar la posibilidad real, fundada y jurídicamente relevante que la víctima tenía de alcanzar el beneficio frustrado.

Además, la probabilidad no solo depende de la observación empírica, sino que también puede derivarse de axiomas y reglas lógicas formales que definen la inferencia y la relación entre proposiciones, lo que asegura que las conclusiones tengan sentido lógico y probabilístico dentro de ese marco¹³³⁸.

En el ámbito de la pérdida de chance, este razonamiento ofrece al juez una herramienta particularmente idónea. La prueba casi nunca permite afirmar con certeza qué habría ocurrido de no haber mediado la conducta antijurídica. Pero ello no impide, ni exime al juez de valorar con seriedad el mérito previo del damnificado, las oportunidades disponibles, el contexto en que la chance debía desplegarse y las circunstancias concretas que hacían verosímil su realización.

La lógica de este método permite ordenar racionalmente las hipótesis enfrentadas, incluso cuando no resulte posible asignarles un porcentaje numérico exacto. Así, el juez podrá afirmar, basándose en la racionalidad de los antecedentes, que la hipótesis de éxito tenía mayor sustento que la hipótesis contraria, aun sin precisar el grado matemático de tal probabilidad. Por ello, la probabilidad lógica no exige traducciones inmediatas en cifras, pero sí requiere un razonamiento argumentado, fundado en la conexión objetiva entre las premisas y la conclusión alcanzada.

¹³³⁷ Keynes (1957), p. 313.

¹³³⁸ Keynes (1957), pp. 145-146.

Aplicada a la chance, esta valoración permite al juez reconocer, por ejemplo, que un paciente privado de un tratamiento médico oportuno contaba con antecedentes clínicos favorables; o que un abogado negligente privó a su cliente de un recurso que ofrecía razonables perspectivas de éxito. Aun sin disponer de estadísticas ni fórmulas precisas, la inferencia racional permite afirmar, con fundamento suficiente, la existencia de una chance que fue injustamente suprimida.

Naturalmente, este método no desplaza a los demás modelos de cuantificación, sino que los complementa. Cuando las estadísticas resultan insuficientes o si el análisis bayesiano carece de datos robustos, la lógica racional de Keynes ofrece un marco prudente para fundamentar la existencia y el peso jurídico de la chance. No autoriza una cuantificación automática, pero sí delimita con claridad el ámbito de la reparación, evitando tanto el voluntarismo como la negación del daño por falta de certezas absolutas.

6.5. La integración de los métodos: un camino para cuantificar la chance

La pérdida de chance obliga a valorar, no el resultado que efectivamente ocurrió, sino el contenido económico de una oportunidad legítima que fue indebidamente frustrada. El objeto del resarcimiento ya no es el desenlace consumado, sino la privación de una probabilidad razonablemente fundada de alcanzarlo. De allí que la tarea de cuantificación exija construir criterios capaces de traducir en términos patrimoniales la magnitud de lo que pudo haber ocurrido en un escenario contrafactual.

A diferencia de los daños tradicionales, aquí el juicio indemnizatorio no se apoya en la certeza, sino en la solidez argumentativa que sustente la estimación de la probabilidad perdida. La cuantificación de la chance no busca certidumbre absoluta, pero tampoco admite aproximaciones intuitivas o discrecionales.

Frente a este desafío, la doctrina ha desarrollado distintos métodos, que no deben concebirse como excluyentes sino como herramientas complementarias, cuya utilidad depende de la calidad de la prueba disponible y de las características concretas del caso.

En algunos supuestos acotados, como sorteos, la estimación puede realizarse mediante cálculos de equiprobabilidad simple, en que la proporción de oportunidades surge del número de participantes y de los resultados posibles. Sin embargo, estas

hipótesis son excepcionales y no representan la regla general en materia de responsabilidad civil.

Con mayor frecuencia, la prueba permite acudir a la probabilidad estadística o frecuentista. Este método se basa en datos empíricos obtenidos a partir de la repetición sistemática de fenómenos análogos. La frecuencia observada en series suficientemente amplias permite establecer parámetros generales de ocurrencia. Así, por ejemplo, en casos de pérdida de chance médica, los índices de sobrevivencia documentados para pacientes en situaciones clínicas similares pueden constituir referencias válidas. No obstante, la estadística nunca debe aplicarse de manera automática: requiere ser confrontada con las condiciones particulares de la víctima, su edad, su historia clínica, sus antecedentes personales y el contexto preciso en el cual la oportunidad fue frustrada.

Allí cuando los datos estadísticos resultan insuficientes o inexistentes, adquiere centralidad el razonamiento epistémico. En este marco, la probabilidad no se construye a partir de frecuencias observadas en el universo general, sino sobre la base de los antecedentes concretos reunidos en el proceso. El juez pondera aquí el mérito previo de la víctima, su posición en el proceso competitivo, la etapa alcanzada, los dictámenes favorables obtenidos o las proyecciones contractuales plausibles, a fin de determinar si existía una expectativa fundada de éxito. La ausencia de grandes números no elimina la posibilidad de indemnización, pero obliga a sostener el juicio de probabilidad mediante un razonamiento transparente y controlable.

En ciertos casos, esta valoración puede enriquecerse mediante la lógica de actualización inferencial propuesta por la teoría de Bayes. Este modelo permite ajustar el juicio inicial a medida que se incorporan nuevos elementos de convicción: evaluaciones preliminares, antecedentes de procedimientos análogos, perfiles históricos de beneficiarios en procesos anteriores. Bayes brinda una estructura argumentativa coherente al proceso de integración progresiva de la evidencia.

Incluso cuando no es posible recurrir ni a datos estadísticos suficientes ni a mecanismos de actualización bayesiana, subsiste la probabilidad lógica en el sentido desarrollado por Keynes. Este método no exige asignar porcentajes numéricos, pero permite jerarquizar racionalmente las hipótesis disponibles, estableciendo cuál de ellas cuenta con mayor sustento lógico en función de los antecedentes probados. El juez no cuantifica de manera matemática, pero sí debe exponer el itinerario racional que lo

conduce a afirmar que la chance frustrada posee entidad jurídica suficiente para justificar su reparación.

Cada uno de estos métodos aporta, según la disponibilidad y naturaleza de la prueba, diferentes niveles de precisión y control argumentativo. La elección de uno u otro no depende de preferencias teóricas, sino de su aptitud para captar la sustancia económica de la oportunidad perdida. No se trata, al fin, de matematizar la incertidumbre, sino de transformarla en una convicción fundada que otorgue respaldo jurídico a la decisión indemnizatoria.

7. Reflexiones de esta sección

El análisis realizado permite extraer varias conclusiones centrales acerca de la cuantificación de la pérdida de oportunidad.

1. En primer lugar, debe recordarse que la *chance* constituye un daño autónomo: no se repara el resultado que no aconteció, sino la privación ilegítima de una probabilidad fundada. Esta delimitación es esencial, pues evita confundir la indemnización de la oportunidad con una forma encubierta de resarcir el desenlace frustrado.
2. De allí se desprende una segunda constatación: la determinación del daño y su cuantificación son operaciones distintas. Una vez acreditada la existencia de una oportunidad real y seria, corresponde traducirla en dinero, pero esa valoración no puede confundirse con el juicio de existencia mismo. La cuantificación no supone fraccionar el resultado final ni repartir causalidad, sino atribuir un valor propio a la probabilidad que se perdió.
3. La consecuencia práctica es clara. La indemnización será siempre inferior al beneficio máximo que podría haberse alcanzado, porque lo protegido es la expectativa razonable y no su concreción plena. La chance no constituye, entonces, un atajo para introducir porcentajes causales sobre el resultado; su lógica es otra, fundada en el valor de la probabilidad *ex ante* y no en cálculos retrospectivos sobre lo que finalmente ocurrió.
4. En este sentido, el método de cálculo debe distinguir según se trate de una ganancia frustrada o de un perjuicio no evitado. En el primer caso, la base será la ganancia neta esperada; en el segundo, el daño efectivamente sufrido. A

partir de esa base, corresponde aplicar el grado de probabilidad que, según los datos del caso, permita reconstruir con razonabilidad la chance frustrada. Ello exige un esfuerzo probatorio situado: mérito previo, contexto objetivo, etapas alcanzadas, informes periciales o datos estadísticos pertinentes. Cuando tales elementos no resulten suficientes, el arbitrio judicial puede suplir la falta de precisión matemática, siempre que sea motivado, razonado y controlable.

5. El recurso al arbitrio prudente, sin embargo, no habilita cifras simbólicas ni estimaciones opacas. En materia de daños aleatorios, el deber de fundamentación adquiere una intensidad reforzada: el juez debe explicitar el itinerario seguido, las bases económicas empleadas, la probabilidad fijada y las razones que justifican el monto otorgado. En este punto, se advierte la importancia de contar con parámetros generales de trabajo, que permitan reconstruir el escenario contrafactual ex post con mirada ex ante, identificar la base de cálculo pertinente y asignar un coeficiente de probabilidad sustentado en datos objetivos.
6. Los distintos métodos de estimación cumplen aquí una función auxiliar. La equiprobabilidad puede tener cabida en escenarios reglados, como los sorteos; las estadísticas ofrecen un marco de referencia, siempre sujeto a su ajuste al caso concreto; los modelos epistémicos o bayesianos facilitan la actualización racional de las hipótesis frente a nueva evidencia; y la lógica racional de Keynes permite ordenar y jerarquizar alternativas cuando no es posible asignar probabilidades numéricas precisas. Ninguno de estos enfoques sustituye, sin embargo, la ponderación judicial. Una cifra sin justificación es una ilusión numérica, no una razón suficiente.
7. Conviene enfatizar, asimismo, que la gravedad subjetiva de la culpa no incide en la cuantificación del daño por pérdida de chance, puesto que el objeto del resarcimiento es exclusivamente la expectativa suprimida. Lo que importa es la reconstrucción del valor objetivo de esa oportunidad y no la valoración moral de la conducta del autor.
8. Finalmente, el desafío mayor consiste en construir criterios homogéneos que aseguren igualdad y previsibilidad en las respuestas judiciales, sin desconocer la singularidad de cada caso. La ausencia de certeza matemática no justifica abstenerse de cuantificar: el derecho no exige exactitud imposible, sino razonabilidad justificada. Solo así la pérdida de oportunidad podrá cumplir su

verdadera función reparadora, preservando al mismo tiempo la coherencia y legitimidad del sistema de responsabilidad civil.

En suma, la cuantificación de la pérdida de oportunidad no es un ejercicio de aritmética, sino un acto de razonabilidad jurídica. No se trata de reconstruir el resultado final ni de fraccionar la causalidad, sino de otorgar un valor autónomo a la chance, estimado a partir de una base económica verificable y de un coeficiente de probabilidad razonablemente fundado en los antecedentes del caso. La tarea judicial exige un delicado equilibrio entre rigor probatorio y prudencia, de modo que la reparación sea equivalente al daño realmente sufrido y, al mismo tiempo, preservar la seriedad y legitimidad de la figura dentro del sistema de responsabilidad civil.

Segunda Parte: Cuantificación en las hipótesis de aplicación

A partir de lo desarrollado hasta aquí sobre la naturaleza autónoma de la pérdida de chance y sobre los principios generales que rigen su cuantificación, corresponde ahora examinar su proyección concreta en algunos supuestos que ha abordado esta investigación. No se trata de reiterar lo ya expuesto, sino de desplegar, sobre cada hipótesis analizada, las pautas metodológicas que permiten precisar el *quantum* resarcitorio atendiendo a las particularidades de cada caso.

Examinaré en primer lugar, los supuestos vinculados a la responsabilidad médica, en que el daño se configura a través de la pérdida de una oportunidad de curación y sobrevida (1). Luego, los supuestos de pérdida de oportunidad procesal, particularmente aquellos derivados de la actuación negligente de profesionales del derecho que frustran las posibilidades del cliente en el desarrollo de un litigio (2). A continuación, estudiaré las hipótesis de exclusión ilegítima en procesos de licitaciones (3). Luego, analizaré la pérdida de chance derivada de juegos de azar (4); pérdida de chance por falta de reconocimiento filial (5) y por pérdida de ayuda futura (6). Luego, analizaré los supuestos de frustración de desarrollo profesional, deportivo o patrimonial (7), en los cuales el ilícito interfiere con trayectorias de progreso que, de no haber mediado la conducta antijurídica, ofrecían expectativas fundadas de evolución favorable, la pérdida de chance por prácticas anticompetitivas y de competencia desleal (8) y, finalmente, la pérdida de chance económica, a propósito de incumplimiento de contratos (9).

Ahora bien, por razones metodológicas, no será objeto de tratamiento en esta parte de la tesis la hipótesis de falta de información en materia médica vinculada al consentimiento informado. Ello obedece a que, a mi juicio, esta no constituye, en sentido estricto, una verdadera pérdida de oportunidad indemnizable. La presente investigación se concentra, por tanto, exclusivamente en aquellas hipótesis en las que el daño emerge de la frustración de un resultado beneficioso que, de no haber mediado el hecho antijurídico, presentaba una probabilidad objetivamente fundada de realización.

1. Pérdida de la chance de curación y sobrevida

Reconocida la existencia del daño, la tarea de cuantificación exige trasladar la atención desde el resultado no alcanzado hacia la valoración económica de la oportunidad concreta que fue suprimida. Lo que se indemniza no es la curación frustrada ni la vida no prolongada, sino el valor propio de aquella probabilidad fundada de haberlo logrado.

La reparación de la chance terapéutica no admite, por su propia naturaleza, fórmulas automáticas ni cálculos rígidos. Cada caso requiere integrar diversos elementos: los datos que aporta la ciencia médica, la evidencia pericial específica, las condiciones particulares del paciente y una valoración prudente que conjugue todos estos factores, respetando las singularidades del cuadro clínico.

A diferencia de otros daños, aquí no corresponde trasladar directamente el resultado económico del resultado final al quantum indemnizatorio, ni reducir la reparación a una mera operación proporcional. La indemnización debe reflejar la entidad real de la expectativa frustrada, bajo los márgenes de razonabilidad que ofrece el conocimiento disponible.

1.1. El resultado final como punto de partida

Toda cuantificación parte necesariamente de un dato objetivo: el resultado que efectivamente se produjo, ya sea la muerte, la incapacidad permanente o el deterioro de la salud del paciente. Aunque dicho desenlace no sea imputable causalmente al profesional, constituye el marco fáctico sobre el cual debe dimensionarse el valor del perjuicio¹³³⁹.

No se repara aquí el resultado mismo, porque este obedece en parte a la enfermedad de base. El núcleo del daño reside en la supresión de una posibilidad concreta de haber evitado o atenuado ese desenlace adverso. Como lo ha destacado la

¹³³⁹ Chabas (2014).

jurisprudencia, el médico no introdujo la enfermedad en el paciente, pero omitió actuar conforme a las diligencias que podrían haber contribuido a modificar su evolución¹³⁴⁰.

Por lo tanto, el primer paso exige valorar el conjunto de las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales derivadas del resultado final: los perjuicios económicos, los gastos médicos, las necesidades de asistencia futura, el daño moral y el proyecto de vida truncado. Este es el valor de referencia sobre el cual se calculará luego la chance frustrada¹³⁴¹.

Por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que, para cuantificar la indemnización, puede partirse del valor económico del daño final efectivamente sufrido —en el caso, las secuelas neurológicas irreversibles de la paciente— para, sobre esa base, calcular luego la proporción atribuible a la chance frustrada¹³⁴².

Sobre dicha base económica, corresponde aplicar el porcentaje de probabilidad que representaba la expectativa real de curación y sobrevida al momento de la omisión culpable. Así se evita tanto indemnizar la totalidad del perjuicio, que equivaldría a suponer que el resultado habría sido evitado con certeza, como desconocer la entidad del daño, reduciéndolo a cifras simbólicas.

En una segunda etapa, sobre la suma total así determinada, debe aplicarse el porcentaje que represente la probabilidad concreta que el paciente tenía de haber superado, revertido o al menos atenuado ese desenlace, de no mediar la omisión culposa¹³⁴³. Esta operación porcentual, como luego se analizará en detalle, constituye el eje esencial para transformar el daño potencial en una indemnización razonable y prudente, que refleje la magnitud efectiva de la chance suprimida.

En la práctica, la aplicación porcentual sobre el valor total de los daños ya determinados constituye el núcleo técnico de esta operación de cuantificación. El tribunal ha adoptado, en este sentido, la doctrina que dispone que, frustrada la obtención de una ganancia (en este caso, la salud o la curación), la indemnización debe calcularse a partir

¹³⁴⁰ SC Mendoza, sala primera, 07/06/2013, “L. M. A. P.S. y P.S.H.M. c./ Hospital Central y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-80109-AR.

¹³⁴¹ C. Nac. Civ., sala M, 25/06/2021, “M. C. V. c./ OSDE”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-133152-AR.

¹³⁴² C. Nac. Civ., sala C, 31/10/2024, “Carrano, Norberto Mario y otros c./ Hospital Militar Central y otros”, autos n.º 29301/2009; y su acumulado “Carrano de Carrano, Susana Graciela c/ Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y otros”, autos n.º 35154/2011.

¹³⁴³ Sáenz (2008), p. 603.

del beneficio integral frustrado y ajustarse por el grado de probabilidad con que la víctima contaba para alcanzarlo¹³⁴⁴.

Así, sobre la base de pericias médicas rigurosas, doctrina especializada y antecedentes jurisprudenciales consolidados, se ha determinado —según cada hipótesis— porcentajes razonables de chance, como el 60% de posibilidades de evitar secuelas neurológicas tras un paro cardiorrespiratorio¹³⁴⁵, o el 50% de oportunidad de conservar un embarazo viable frente a una omisión diagnóstica¹³⁴⁶. En todos estos casos, el porcentaje estimado de oportunidad perdida se proyecta sobre el valor económico integral previamente calculado, configurando de ese modo la suma resarcible por pérdida de chance.

Asimismo, cuando corresponde valorar las consecuencias económicas futuras, por ejemplo, incapacidad laboral o lucro cesante derivado de la afectación física, el tribunal puede acudir, como pauta auxiliar de estimación, a las fórmulas actuariales habitualmente utilizadas en el cálculo de indemnizaciones por incapacidad o muerte (como las fórmulas de Vuoto, Marshall o Las Heras-Requena), adaptadas naturalmente al marco específico de la chance frustrada, en el cual el centro de gravedad no está en el beneficio pleno no alcanzado, sino en la porción razonablemente probable de haberlo alcanzado¹³⁴⁷.

Conviene insistir: no corresponde proyectar directamente porcentajes sobre el valor de la vida humana o sobre la integridad de la salud, pues ello implicaría desconocer la complejidad propia de estos casos. La ponderación recae, más bien, sobre el conjunto del perjuicio verificado, en la medida en que su evitación, aunque incierta, se volvió imposible por la conducta antijurídica que privó al paciente de una expectativa real de curación y sobrevida. El juicio de probabilidad (que más adelante será analizado en detalle) constituye así el ajuste imprescindible que traduce, en términos prudentes, el valor resarcible de la chance perdida.

¹³⁴⁴ C. Nac. Civ., sala J, 15/04/2024, “Carrizo, Zulma Fanny y otros c./ Clínica Santa Isabel y otros”, autos n.º 44.568/2013.

¹³⁴⁵ C. Nac. Civ., sala E, 08/04/2025, “C. V. M. J. y otros c./ Silver Cross América Inc. SA y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-155650-AR.

¹³⁴⁶ C. Nac. Civ., sala M, 16/02/2024, “M. M. A. c./ Obra Social de Empleados Textiles (OSETYA) y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-149287-AR.

¹³⁴⁷ C. Nac. Civ., sala H, 21/03/2024, “C., L. H. N. y otros c./ Clínica La Esperanza (Celso S.R.L.) y otro”, autos n.º 49.199/2019.

1.2. El valor de la pericia médica

Una vez determinado el resultado final como referencia inicial, la cuantificación de la chance exige establecer, con el mayor grado de objetividad posible, cuál era la probabilidad real que tenía el paciente de evitar ese desenlace si hubiese recibido el tratamiento médico adecuado. La determinación del grado de probabilidad con que la víctima contaba exige incorporar, en esta etapa, la pericia médica como instrumento central de valoración.

Como primera cuestión, las estadísticas médicas brindan, en esta etapa, un marco científico inicial. Las tasas de supervivencia, los porcentajes de éxito asociados a los tratamientos disponibles y los datos epidemiológicos permiten dimensionar, en términos generales, la entidad de la oportunidad frustrada. Así, por ejemplo, se ha reconocido que en cuadros de infarto agudo de miocardio, la demora diagnóstica y terapéutica incide de manera directamente proporcional sobre la disminución de la sobrevida, conforme lo evidencian las series estadísticas especializadas¹³⁴⁸. Del mismo modo, en casos de diagnóstico tardío de embarazo ectópico complicado, los datos científicos muestran que, con diagnóstico precoz, la mortalidad se reduce drásticamente a 0,5 por mil embarazos, ilustrando así la magnitud de la chance suprimida cuando tal diagnóstico oportuno se omite¹³⁴⁹.

Ahora bien, las estadísticas, aun imprescindibles, no agotan la valoración. Si bien las matemáticas y la estadística brindan herramientas útiles para esta valoración¹³⁵⁰, la medicina no opera en términos abstractos, sino sobre pacientes concretos. Por lo mismo, se ha advertido por los tribunales que no debe que aferrarse rígidamente al cálculo actuarial, ya que este solo refleja la productividad económica y no capta todas las circunstancias del caso¹³⁵¹.

Cada individuo presenta condiciones personales que pueden alterar, al alza o a la baja, la expectativa de curación que surge de la media estadística. Es allí en que el informe

¹³⁴⁸ SC Mendoza, sala primera, 07/06/2013, “L. M. A. P.S. y P.S.H.M. c./ Hospital Central y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-80109-AR.

¹³⁴⁹ C. Nac. Civ., sala M, 25/06/2021, “M. C. V. c./ OSDE”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-133152-AR.

¹³⁵⁰ C. Nac. Civ., sala A, 11/05/2012, “T. A. R. y otro c./ Clínica Bessone y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-73004-AR.

¹³⁵¹ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Gral Pico, sala B, 12/10/2018, “B. N. I. y otros c./ Clínica Regional S.R.L. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-115752-AR.

pericial cumple una función insustituible: trasladar la ciencia general al caso particular, ponderando la edad del paciente, su estado clínico previo, la presencia de comorbilidades, el estadio evolutivo de la enfermedad al momento de la intervención fallida, la posibilidad de adherencia al tratamiento propuesto y la calidad de los recursos terapéuticos disponibles.

En esta línea, la jurisprudencia ha admitido peritajes que fijaron, sobre bases técnicas fundadas, en diversos precedentes se ha fijado, sobre la base de dictámenes periciales, una probabilidad curarse en torno al 75% si se hubiera aplicado el tratamiento médico adecuado conforme a la *lex artis*, considerando especialmente las circunstancias personales y la naturaleza no mortal inicial de la herida¹³⁵²; o se ha establecido mediante pericias médicas una probabilidad de sobrevida o cura del 80%¹³⁵³, según los casos y las patologías involucradas, cifras que luego han sido utilizadas como parámetro para fijar la porción indemnizable de la expectativa frustrada.

El trabajo pericial no puede, sin embargo, sustituir la labor del juez. Las cifras ofrecidas por los expertos constituyen un insumo altamente valioso, pero no excluyente. Como ha dicho la jurisprudencia, no se persigue aquí una exactitud matemática, sino una reconstrucción razonable que refleje lo que habitualmente sucede en el curso ordinario de las cosas, considerando tanto el dato científico como las variables humanas del caso concreto¹³⁵⁴.

En definitiva, la valoración de la probabilidad médica es el puente técnico entre el resultado final verificado y la chance cuya frustración se indemniza. Las estadísticas, correctamente interpretadas a la luz de la historia clínica individual, permiten fijar la dimensión objetiva de la expectativa suprimida, que luego será integrada con los restantes factores del caso. Pero, la prudencia judicial exige evitar tanto el mecanicismo aritmético como la desconsideración del dato científico¹³⁵⁵. Es decir, es necesario valorar también

¹³⁵² STJ Jujuy, sala I, 18/10/2017, “B. O. del V. c./ Estado Provincial – Hospital Pablo Soria y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107642-AR.

¹³⁵³ C. Nac. Civ., sala K, 01/06/2021, “L. C. c./ Estado Nacional Ministerio de Defensa Armada Argentina y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132629-AR.

¹³⁵⁴ C. Nac. Civ., sala E, 08/04/2025, “C. V. M. J. y otros c./ Silver Cross América Inc. SA y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-155650-AR.

¹³⁵⁵ C. Nac. Civ., sala D, 16/12/2024, “R. M. G. y otros c./ Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-154573-AR.

las consecuencias individuales y sociales adicionales que afectan a la víctima, de modo que la cuantificación se realice en un marco más amplio¹³⁵⁶.

1.3. Individualización del paciente y ajuste del porcentaje de chance

Superada la instancia pericial, la cuantificación de la chance exige incorporar los rasgos individuales del damnificado que otorgan contenido real a la reparación. El análisis cuantitativo de la chance no puede agotarse en el dato estadístico general. Las pericias médicas, sustentadas en evidencia científica y aplicadas al cuadro clínico concreto, trasladan la estadística al caso individual y ofrecen un primer punto de referencia objetivo sobre la probabilidad frustrada. Sin embargo, aun este análisis técnico constituye apenas el inicio de la tarea judicial de cuantificación.

Edad, antecedentes médicos, comorbilidades, estado general de salud, adherencia previsible al tratamiento, entorno familiar y acceso efectivo a cuidados adecuados son elementos que inciden directamente en la expectativa de curación y sobrevida y, por tanto, deben ser integrados en el juicio indemnizatorio.

Como lo ha destacado expresamente la jurisprudencia, para establecer el monto resarcitorio:

“deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socioeconómicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación”¹³⁵⁷.

Así lo ilustran, además, numerosos precedentes. En un caso se consideró, por ejemplo, la evidencia médica, las condiciones personales y familiares de la víctima — madre y bebé—, su historia clínica y las omisiones constatadas en el seguimiento médico,

¹³⁵⁶ C. Nac. Civ., sala F, 27/03/2025, “Mercado, Sonia Susana c./ Panzuto, Marco Horacio y otros”, autos n.º 69121/2012.

¹³⁵⁷ C. Nac. Civ., sala F, 27/03/2025, “Mercado, Sonia Susana c./ Panzuto, Marco Horacio y otros”, autos n.º 69121/2012.

para valorar el alcance concreto de la chance perdida¹³⁵⁸. Se tuvo particularmente en cuenta la condición médica inicial y el probable curso esperado si el tratamiento hubiese sido instaurado a tiempo.

Del mismo modo, la edad del paciente es otro aspecto a considerar. Así se ha destacado en relación a pacientes jóvenes, sin antecedentes mórbidos y con buena respuesta inicial a tratamientos paliativos, en quienes la expectativa frustrada alcanzaba un valor económico superior a la media¹³⁵⁹. A la inversa, en personas de edad avanzada o con patologías concomitantes, la probabilidad de éxito aparecía naturalmente más reducida.

En otro caso, el tribunal ponderó la edad de la víctima (55 años), la permanencia de las secuelas, su proyección psicológica y social, así como las pérdidas patrimoniales vinculadas, para establecer el quantum indemnizatorio¹³⁶⁰. De igual forma, se valoró especialmente el contexto psicosocial de otro actor, quien había sufrido previamente la muerte de su madre y su hermana, circunstancias que resignificaron la pérdida posterior de su padre como un abandono agravado, profundizando el impacto emocional y social del daño sufrido¹³⁶¹.

La situación familiar de la víctima también incide en la cuantificación. Así, en un fallo se consideró la condición de una paciente de 40 años, madre de tres hijos menores, cuya expectativa y proyecto familiar se vieron gravemente alterados por la falta de diagnóstico precoz. La carga materna y el cuidado de sus hijos menores constituyeron elementos que incrementaron el valor de la oportunidad frustrada¹³⁶².

En este análisis, el componente inmaterial derivado de la pérdida de chance también merece resarcimiento. Como bien lo expresó la jurisprudencia: “Creo que no puede ponerse en duda el padecimiento espiritual que habrá ocasionado la muerte de su hija, acaecida en circunstancias como las que singularizan el sub lite; y como la existencia

¹³⁵⁸ C. Nac. Civ., sala D, 03/12/2024, C., L. N. y otro c. C., N. S. y otros, Autos n.º 61.609/2014 y Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-154373-AR.

¹³⁵⁹ C. Nac. Civ., sala H, 08/08/2022, “P., J. L. d. C. d. J. y otro c./ Fundación para la Lucha de las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI) y otros”, Diario El Derecho, tomo 300, cita digital: ED-MVCXXVI-499.

¹³⁶⁰ C. Nac. Civ., sala B, 11/08/2017, “G. M. c./ Hospital Británico de Buenos Aires y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-108053-AR.

¹³⁶¹ STJ Jujuy, sala III, 04/04/2016, “P. M. A. c./ Estado Provincial”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97909-AR.

¹³⁶² C. Nac. Civ., sala J, 02/09/2024, “C. de B. A. M. c./ A. L. G. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-153469-AR.

de este padecimiento responde al orden natural, no ha menester de prueba alguna”¹³⁶³. El sufrimiento asociado a la frustración de la expectativa integra así el resarcimiento, sin requerir mayores exigencias probatorias dada su evidencia natural.

A su vez, la gravedad permanente de ciertas secuelas —amputaciones, uso definitivo de prótesis, alteraciones estéticas o funcionales— constituye otro factor que complejiza la reparación, justificando una valoración prudente y razonada del daño psicofísico y sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales¹³⁶⁴.

La cuantificación, por lo tanto, no resulta de aplicar mecánicamente porcentajes matemáticos, sino de un proceso de integración racional de los distintos elementos comprobados en el proceso. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el daño por pérdida de chance exige prueba objetiva: no basta la mera afirmación subjetiva del reclamante, sino la acreditación de antecedentes concretos que permitan reconstruir, con la mayor aproximación posible, el verdadero alcance de la expectativa frustrada¹³⁶⁵.

Finalmente, este análisis exige contemplar también el alcance temporal de la oportunidad suprimida: el período de sobrevida que razonablemente se habría prolongado, el tiempo de tratamiento omitido, los gastos médicos afrontados, la afectación en las capacidades laborales, familiares, relacionales y estéticas, así como la permanencia de las secuelas psicofísicas cuando existan.

El porcentaje estimado por la pericia, en suma, constituye apenas la base técnica inicial; corresponde al juez, en ejercicio de su prudente arbitrio, completar el juicio de cuantificación incorporando todas las particularidades vitales que otorgan contenido real a la reparación del daño¹³⁶⁶.

1.4. La dimensión temporal de la oportunidad perdida

¹³⁶³ C. Nac. Civ. y Comercial Federal, sala III, 27/04/2017, “A. C. A. c./ Instituto Obra Social del Ejército y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-106887-AR.

¹³⁶⁴ C. Nac. Civ., sala H, 01/11/2024, “P. S. C. d. V. c./ O. y otros”, autos n.º 45200/2018.

¹³⁶⁵ C. Nac. Civ., sala H, 20/07/2020, “M. A. D. c./ C. H. S. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-127047-AR.

¹³⁶⁶ C. Nac. Civ., sala F, 27/03/2025, “Mercado, Sonia Susana c./ Panzuto, Marco Horacio y otros”, autos n.º 69121/2012.

El análisis de la cuantificación de la chance terapéutica no puede desentenderse de su dimensión temporal. Toda expectativa de curación y sobrevida supone necesariamente un marco cronológico que condiciona su valoración económica y existencial. El tiempo durante el cual la oportunidad frustrada habría desplegado sus efectos forma parte integrante del daño indemnizable.

En algunos supuestos, la pérdida de chance no reside únicamente en la privación de curación definitiva, sino también en la frustración de un período de sobrevida prolongada que el paciente habría podido transitar si la prestación médica hubiese sido oportuna y diligente. El tiempo adicional de vida que pudo haberse logrado constituye un bien jurídico de innegable entidad, cuya privación debe ser ponderada en la estimación del daño.

La jurisprudencia ha subrayado esta dimensión cronológica. En un caso se consideró que la enfermedad debió haber sido diagnosticada cinco meses antes de la fecha en que efectivamente se realizó el diagnóstico y que ese intervalo temporal correspondía al lapso durante el cual el paciente habría podido gozar de un período adicional de vida, con posibilidades de asistencia familiar y económica para su núcleo íntimo¹³⁶⁷.

En otra decisión, frente a la ausencia de parámetros científicos precisos para determinar la expectativa vital remanente en ausencia de la infección, se estimó prudente computar, en función de la historia clínica, que revelaba intensos dolores, presencia de metástasis y deterioro progresivo, una sobrevida probable de un año y medio¹³⁶⁸.

Este criterio de valoración temporal no solo se proyecta en enfermedades de evolución crónica, sino también en casos de daños agudos. Así, por ejemplo, ante un cuadro de sufrimiento fetal agudo, se tomó como referencia el lapso crítico de entre 15 y 30 minutos desde el primer monitoreo no reactivo, dentro del cual debió haberse practicado la cesárea para prevenir el daño neurológico. La demora superior a dos horas y media en la intervención fue valorada como factor determinante en la configuración de la chance perdida, la cual fue cuantificada en un 80% de incidencia sobre el perjuicio neurológico final sufrido por el recién nacido¹³⁶⁹.

¹³⁶⁷ C. Nac. Civ., sala K, 20/11/2020, “F. D. N. E. c./ Mediconex S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-129414-AR.

¹³⁶⁸ C. Nac. Civ., sala M, 18/04/2024, “B., F. A. y otros c./ I. A. F. SA”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/40240/2024.

¹³⁶⁹ C. Nac. Civ., sala G, 02/11/2023, “R., K. F. y otros c./ Instituto Médico Constituyentes S.A.”, autos n.º 40.392/2018.

En otros precedentes se ha considerado también la trayectoria clínica del paciente en las horas previas al desenlace, el incumplimiento de protocolos diagnósticos y terapéuticos estandarizados, y la existencia de conductas omisivas reiteradas durante períodos críticos de evolución, como variables directamente incidentes en la delimitación del tramo temporal cuya privación constituye el núcleo de la chance suprimida¹³⁷⁰.

Finalmente, la duración estimada de la oportunidad perdida incide no sólo sobre la proyección vital frustrada, sino también sobre otros aspectos patrimoniales asociados, como la expectativa de producción económica, el sostenimiento familiar, los gastos médicos evitables o diferidos, y el valor afectivo del tiempo de vida potencialmente prolongado¹³⁷¹.

Es decir, el componente temporal de la chance también constituye un elemento en la determinación prudente de la indemnización. No se trata de indemnizar la vida perdida, sino de reparar la expectativa razonable de haber prolongado, por un período mensurable y fundado, el ciclo vital del paciente, cuyo valor, aunque naturalmente impreciso, puede ser estimado con razonabilidad sobre la base de los antecedentes médicos, periciales y personales verificados en el proceso.

1.5. La prudencia judicial como instancia final de ajuste

La operación de cuantificación de la pérdida de chance terapéutica, aun cuando asuma la máxima rigurosidad técnica posible, no permite alcanzar una exactitud matemática. Su propia naturaleza probabilística, el carácter multifacético de los bienes afectados como lo es la vida, salud, integridad psíquica; y la complejidad de los factores concurrentes, imponen que el resultado final surja de un juicio prudente y razonado del tribunal.

No se trata de indemnizar el resultado que no llegó a obtenerse, sino de valorar, dentro de los parámetros probatorios verificados, el peso real de la expectativa frustrada. Como ha señalado con acierto la jurisprudencia, la consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso “no importa desconocer la facultad

¹³⁷⁰ C. Nac. Civ., sala M, 16/02/2024, “M. M. A. c./ Obra Social de Empleados Textiles (OSETYA) y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-149287-AR.

¹³⁷¹ C. Nac. Civ., sala M, 16/02/2024, “M. M. A. c./ Obra Social de Empleados Textiles (OSETYA) y otros; daños y perjuicios”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-149287-AR.

propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta el margen de valoración de que aquellos gozan en la materia”¹³⁷².

Por su parte, el peso indemnizatorio de la chance estará directamente vinculado a la relevancia de la oportunidad perdida: cuando la probabilidad era significativa, el perjuicio económico será mayor; en cambio, “si no era muy relevante, la indemnización será reducida”¹³⁷³.

En este marco, el tribunal reconoce expresamente la dificultad y, en ocasiones cierta dosis de arbitrariedad inevitable, que presenta la cuantificación de la chance, precisamente por su carácter probabilístico y la naturaleza extrapatrimonial de los bienes en juego. Ello obliga a una aproximación prudente, fundada y razonada, que procure reflejar con fidelidad la magnitud real del perjuicio económico y existencial sufrido por la víctima¹³⁷⁴.

Este ejercicio prudencial, sin embargo, no autoriza al juez a sustituir la fundamentación técnica por apreciaciones libres de respaldo. La prudencia judicial no puede operar como correctivo para suplir carencias probatorias o como vía para eludir la tarea de determinación concreta del valor de la chance perdida. Sin embargo, en algunos precedentes la prudencia ha sido utilizada impropiamente como argumento residual para justificar cuantificaciones insuficientemente fundadas¹³⁷⁵.

Dentro de esta instancia de ajuste, cabe también ponderar, en ciertos casos, el impacto de patologías preexistentes que no sean atribuibles a la omisión médica¹³⁷⁶. Cuando la enfermedad de base o las condiciones clínicas iniciales hubieran limitado de por sí la expectativa de curación y sobrevida, el porcentaje de chance aplicable deberá ser deducido proporcionalmente para reflejar con mayor fidelidad la porción atribuible a la conducta antijurídica. No se repara la totalidad del perjuicio, sino la fracción correspondiente a la chance frustrada por la intervención culposa.

¹³⁷² C. Nac. Civ., sala D, 16/12/2024, “Rojas Manuel Gervacio y otros c./ Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros”, autos n.º 94846-2016.

¹³⁷³ Gamarra (2001), p. 341.

¹³⁷⁴ C. Nac. Civ., sala D, 16/12/2024, “R. M. G. y otros c./ Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-154573-AR.

¹³⁷⁵ Por ejemplo, ver: C. Nac. Civ., sala B, 01/06/2013, “D. la C. M. P. y otro c./ H. D. E. y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-81363-AR.

¹³⁷⁶ (Meneghini 2019b).

La jurisprudencia ha reconocido expresamente que, en ausencia de elementos científicos precisos que permitan determinar con certeza la probabilidad de supervivencia, la estimación final de la chance queda sujeta, necesariamente, al margen de apreciación judicial¹³⁷⁷.

De igual modo, cuando la determinación del quantum reparatorio implica evaluar la incidencia económica de la chance sobre las posibilidades laborales o productivas frustradas, se ha considerado pertinente acudir, como pauta orientadora, a los baremos indemnizatorios previstos en regímenes especiales —como el sistema de riesgos del trabajo— a fin de lograr una razonable armonización dentro del sistema jurídico general.

En definitiva, el juicio de prudencia no constituye una etapa aislada o autónoma dentro de la cuantificación, sino el proceso final de integración de todos los elementos objetivos, técnicos, personales y jurídicos previamente acreditados. Solo así la reparación logrará respetar el doble equilibrio que caracteriza a la pérdida de chance: evitar indemnizaciones desproporcionadas —por pretender indemnizar lo que nunca fue seguro—, pero también reparar genuinamente aquello que, aun sin certeza, constituía una expectativa fundada, hoy definitivamente perdida.

2. Pérdida de oportunidad procesal

Cuando el perjuicio alegado deriva de la pérdida de una oportunidad procesal, la discusión no recae sobre el resultado mismo del juicio frustrado, sino sobre la privación de una posibilidad real de haberlo alcanzado. No se exige probar que la acción habría prosperado; basta acreditar que existía una probabilidad fundada de éxito. Esa expectativa, hoy irrecuperable, es la que configura el daño.

La responsabilidad del abogado en estos casos no proviene de la garantía de obtener un resultado favorable, que sería incompatible con la naturaleza de su obligación de medios, sino del incumplimiento diligente que impidió el desarrollo normal del proceso, privando al cliente de la instancia jurisdiccional para hacer valer su derecho. A

¹³⁷⁷ C. Nac. Civ., sala M, 18/04/2024, “B., F. A. y otros c./ I. A. F. SA”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/40240/2024.

partir de allí y siempre que concurren los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, surge la obligación de reparar.

No se confunde, sin embargo, esta pérdida de oportunidad con el reconocimiento pleno de aquello que se pretendía obtener en el pleito frustrado. La indemnización ha de limitarse al valor de la chance perdida, apreciado en función de su probabilidad. Así lo ha sostenido la jurisprudencia: no corresponde indemnizar el monto total reclamado, puesto que su obtención dependía de múltiples factores ajenos al profesional y cuyo desenlace jamás podrá conocerse con certeza. La reparación debe referirse, exclusivamente, a la probabilidad frustrada¹³⁷⁸.

Por lo tanto, no corresponde trasladar automáticamente el contenido económico de la pretensión frustrada al monto de la indemnización. No se trata de “un daño *in re ipsa*”¹³⁷⁹. El juez puede reconocer la existencia del daño, el nexo causal, la antijuridicidad y el factor de atribución, y, aun así, fijar un resarcimiento menor si las probabilidades de éxito eran escasas¹³⁸⁰. A la inversa, si esa probabilidad era alta, el monto deberá reflejarlo.

Cuantificar esa oportunidad no es sencillo. La aleatoriedad que define a la chance dificulta trasladarlo al terreno de lo económico, pero no por ello exime al juez del deber de fundar. La prudencia no puede confundirse con discrecionalidad¹³⁸¹. Si el derecho reconoce la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, también debe ofrecer herramientas para su valoración.

La valoración económica de una oportunidad perdida no puede hacerse por intuición ni con fórmulas automáticas. Exige que el juez fundamente su decisión en razones objetivas, extraídas del caso concreto. Aunque la chance no se preste a una medición exacta, sí es posible realizar una estimación razonada, construida a partir de ciertos elementos que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como relevantes.

Sin ánimo de agotar la materia, estos elementos pueden agruparse en dos grandes categorías: criterios objetivos referidos a la probabilidad de éxito de la acción frustrada; y circunstancias subjetivas del caso.

A partir de ellos, el juez podrá formarse una opinión sobre el valor de la oportunidad perdida y fijar, en consecuencia, una indemnización que refleje de forma

¹³⁷⁸ C. Nac. Civ., sala G, 15/06/2007, “A., M. A. c./ F., J. E.”, LL online, cita digital: AR/JUR/4020/2007.

¹³⁷⁹ Hess y Zárate (2018), p.11.

¹³⁸⁰ Alferillo (2020), p. 242.

¹³⁸¹ Rugna (2011), p. 654.

justa el perjuicio sufrido. Lo que sigue no pretende ser una tabla de cálculo, sino una guía argumentativa para tomar esa decisión.

2.1. Elemento objetivo

Desde una perspectiva objetiva, el primer paso para cuantificar el valor de la oportunidad perdida consiste en evaluar la probabilidad de éxito de la acción omitida. No se repara el resultado, sino la posibilidad real de alcanzarlo, y esa posibilidad puede medirse en cierta medida a partir de los antecedentes jurídicos, de prueba y legales del caso. A ello puede contribuir también la revisión de jurisprudencia semejante, con las precauciones que impone toda comparación.

a. El daño va más allá del resultado

En primer lugar, creo importante dejar claro que cuando el abogado impide de forma negligente que el cliente obtenga una resolución sobre el fondo del asunto, causa un daño cierto: priva al representado del derecho a que su pretensión sea conocida y resuelta por un tribunal. Ese derecho, frustrado sin justificación, se configura como daño. Como muy bien lo señala Alferillo:

“Cuando a un abogado se le imputa responsabilidad por la pérdida de la posibilidad de contar con una sentencia dictada por la jurisdicción, ya produjo un daño y este consiste en haber privado a su cliente del derecho a recibir un fallo que dirima su conflicto de interés”¹³⁸².

Incluso si la pretensión no hubiese tenido éxito, el derecho a obtener una sentencia seguía siendo real. Por tanto, su pérdida no puede considerarse poca cosa. A esto se suma una segunda dimensión: el daño moral que suele acompañar a la frustración procesal. La confianza depositada en el profesional, las expectativas razonables generadas por su asesoría, el impacto de saberse definitivamente privado de un camino institucional de

¹³⁸² Alferillo (2020), p. 243.

resolución, pueden dar lugar a un sufrimiento legítimo, cuya reparación no debe ser descartada.

La jurisprudencia ha reconocido que incluso si el reclamo por pérdida de oportunidad no prospera, ello no excluye, por sí mismo, la procedencia de un resarcimiento por el daño moral sufrido. Al respecto se ha señalado:

“es cierto que si no se aportaron pruebas que permitan vislumbrar una mala praxis médica no puede reconocerse el resarcimiento por pérdida de la chance (...), pero de la improcedencia de ese rubro (...) no se sigue, necesariamente, la inexistencia del daño psicológico y moral reclamados, sin perjuicio, claro está, que esta situación incida sobre la cuantía de aquéllos o que se subsuma uno en el otro”¹³⁸³.

Aunque la obligación del abogado es de medios y no de resultados, ello no lo exime de responsabilidad cuando promueve una acción sin advertir los riesgos o cuando deja vencer un plazo tras haber alentado la expectativa de una resolución favorable. En esos casos, no basta con alegar que la causa era débil. Si esa debilidad no fue comunicada oportunamente al cliente, el profesional debe hacerse cargo de las consecuencias de su omisión.

A ello se suman efectos económicos directos, como los gastos procesales asumidos o las costas impuestas al litigante por la conducta negligente del abogado¹³⁸⁴. Ese perjuicio inmediato no requiere mayor demostración: el proceso malogrado y su costo son resultado directo de la conducta profesional reprochable.

La evaluación del daño, entonces, debe comenzar reconociendo que lo perdido no es solo un resultado hipotético, sino el derecho a intentar legítimamente su obtención. Desde allí, podrá avanzarse hacia una estimación más específica del valor económico de esa oportunidad frustrada.

b. La herramienta del juicio dentro del juicio

¹³⁸³ C. Nac. Civ., sala B, 18/05/2023, “B., M. E. c./ G., L. E.”, Autos n.º 30.922/2014, en Rubinzal Online, cita digital: RC J 2777/23.

¹³⁸⁴ Alferillo (2020), p. 243.

Determinar el valor de una oportunidad perdida no es algo que pueda resolverse en abstracto. Requiere un análisis concreto, basado en los hechos y en el derecho. Con este fin, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado un recurso particularmente útil: el juicio dentro del juicio¹³⁸⁵.

Se trata de reconstruir, con los elementos disponibles, qué habría ocurrido si el abogado hubiese actuado diligentemente. No para declarar si el juicio se habría ganado o perdido, sino para estimar si existía una probabilidad seria de éxito¹³⁸⁶. La pregunta no es si el cliente tenía razón, sino si esa razón tenía alguna posibilidad de ser reconocida por un tribunal. Solo así es posible atribuir valor a lo perdido.

Este análisis no puede basarse en especulaciones ni impresiones personales. Para ello, es necesario revisar el contenido de la pretensión, los fundamentos jurídicos invocados, las pruebas que habrían podido producirse, las eventuales defensas del demandado y los criterios que los tribunales suelen aplicar en casos semejantes. No se exige certeza sobre el resultado, pero sí una aproximación razonable a su probabilidad. Es decir:

“Para cuantificar la chance, el examen concreto a formular está vinculado con la cuestión de fondo que se dirimía en el proceso y para ello, necesariamente, el juez que falle en el juicio de mala praxis debe ineludiblemente considerar si el derecho frustrado tenía o no probabilidades de recibir un reconocimiento favorable en la sentencia que no se dictó, para lo cual deberá conocer la pretensión deducida, las defensas esgrimidas por la contraria, los medios probatorios con los cuales se pretendían acreditar los hechos invocados, la normativa aplicable y la correspondencia con los criterios conocidos de los tribunales de la jurisdicción donde se dirima el pleito, entre otras supuestos”¹³⁸⁷.

La doctrina ha reconocido que este método permite evitar decisiones arbitrarias¹³⁸⁸. En lugar de dejar la cuantificación a la mera prudencia judicial, ofrece una estructura racional para estimar el daño. En estos casos, el juez formula mentalmente dos

¹³⁸⁵ Yzquierdo Tolsada (2022), p. 677. También se ha analizado este criterio de manera bastante exhaustiva por Serra Rodríguez (2019), p. 233-268, Serra Rodríguez (1999).

¹³⁸⁶ Crespo Mora (2009), p. 123.

¹³⁸⁷ Alferillo (2020), p. 245.

¹³⁸⁸ Crespo Mora (2009), p. 124.

sentencias: una sobre el juicio omitido que no dictará pero que sirve de referencia y otra sobre el juicio actual, en la que se decide la responsabilidad del abogado¹³⁸⁹.

Este método para determinar el *quantum* indemnizatorio por negligencia del abogado ha sido reconocido por la jurisprudencia argentina. Por ejemplo, se ha señalado:

“La determinación de la seriedad de las oportunidades perdidas debe realizarse a partir de lo que se ha llamado un "juicio sobre el juicio", es decir una evaluación a la luz de las constancias documentales del expediente perimido o de la acción frustrada, de cuál era la situación en él de los derechos del actor y cuál su verdadera posibilidad de éxito en la litis”¹³⁹⁰.

En todo caso, asimismo, se ha dicho que este mecanismo exige un especial cuidado, porque implica valorar una causa que nunca se tramitó completamente¹³⁹¹. Es cierto. El juez que resuelve sobre la negligencia del abogado se encuentra, en parte, juzgando un pleito que no existió. Pero eso no invalida el método. Solo exige que se aplique con cautela, basándose en los hechos conocidos y sin exceder los límites de lo verosímil.

Por ejemplo, Vergara llama a esto un “postjuzgamiento de un caso que no se podido juzgar adecuadamente”¹³⁹², afirmando luego que

A primera impresión, esta inusual actividad judicial, puede despertar no pocos pruritos, de ahí que los jueces deban tener especial cuidado cuando toman una decisión sobre aquello que en principio ha sido ajeno a su competencia. Pero de lo que se trata es ubicar un hecho, (el otro juicio) que como tal, en el plano causal, debe analizarse bajo la variable de la previsibilidad en base un buen “modelo de referencia o comparación”¹³⁹³.

Otra objeción frecuente es que en el juicio por responsabilidad profesional no comparecen quienes habrían sido parte en el proceso frustrado y, por tanto, no pueden hacer valer sus excepciones y defensas¹³⁹⁴. Pero esa imposibilidad no puede beneficiar al

¹³⁸⁹ Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 22/09/2008, “Padrón, L.J. c/ V.C.A.M.”, LL online, voto Dr. López Mesa). “El juez que analice la segunda causa (reclamo de mala praxis abogadil) debe determinar qué hubiera decidido el en la primera sentencia, según las constancias de ella”.

¹³⁹⁰ C. Nac. Civ., sala B, 18/05/2023, “B., M. E. c./ G., L. E.”, Autos n.º 30.922/2014, en Rubinzal Online, cita digital: RC J 2777/23.

¹³⁹¹ Trigo Represas y López Mesa (2011c), p. 419.

¹³⁹² Vergara (1995), p. 80.

¹³⁹³ Vergara (1995), p. 80.

¹³⁹⁴ Crespo Mora (2009), p. 125.

letrado. Si esas defensas no llegaron a conocerse fue precisamente por su omisión. No parece justo que el perjuicio causado por el abogado se transforme luego en su escudo¹³⁹⁵.

Por eso, la estimación de la chance debe basarse en lo que se sabe: el expediente, las constancias documentales, el derecho aplicable y los precedentes relevantes. El juez debe ponderar los argumentos que se habrían esgrimido, los medios de prueba disponibles y valorar, con sentido jurídico y experiencia, cuál habría sido la posibilidad razonable de éxito del cliente¹³⁹⁶.

En este punto, la carga probatoria recae sobre quien demanda. Es el cliente quien debe acreditar que su pretensión tenía fundamentos jurídicos y probatorios suficientes para justificar la expectativa de éxito. Una vez demostrado eso, corresponde al abogado, si lo estima necesario, probar que, aun actuando con diligencia, el resultado habría sido el mismo, ya que la pretensión era inviable¹³⁹⁷.

Una advertencia que no puede pasarse por alto. Es habitual que, en los juicios por responsabilidad profesional contra abogados, el demandado intente defenderse sosteniendo que la demanda que no prosperó carecía, desde el inicio, de toda viabilidad¹³⁹⁸. Lo hace con un objetivo claro: reducir el alcance de su responsabilidad. Si el reclamo no tenía posibilidades reales, entonces, ningún perjuicio puede imputársele por el hecho de que no haya llegado a buen término.

Pero esa estrategia defensiva encierra una contradicción evidente. No se trata de un tercero que observa con distancia lo ocurrido: es el propio abogado quien patrocinó esa demanda. Si ahora afirma que era inviable, está reconociendo que actuó sin la diligencia mínima que su profesión exige. Porque si sabía o debía saber que aquello era una causa perdida, no debió haberla impulsado; y si la impulsó, no puede desentenderse luego de sus consecuencias.

No hay espacio aquí para alegar que se trataba de una “aventura judicial” o de un “tiro en el aire”¹³⁹⁹, como si se pudiera desligar de la responsabilidad bajo la excusa de que el resultado habría sido adverso de todos modos. Justamente lo que se le reprocha no es la pérdida del juicio en sí, sino haber puesto en marcha —y luego frustrado por su

¹³⁹⁵ Crespo Mora (2009), p. 125.

¹³⁹⁶ Pettis (2001), p. 943.

¹³⁹⁷ Alferillo (2020), p. 245.

¹³⁹⁸ Trigo Represas y López Mesa (2011c), p. 427.

¹³⁹⁹ Trigo Represas y López Mesa (2011c), p. 427.

propia negligencia— una pretensión que, en su momento, consideró viable. O peor aún: que no evaluó debidamente.

La jurisprudencia ha sido clara en este punto: no es lícito que el letrado, responsable de la pérdida de la oportunidad de obtener un resultado favorable, pretenda restringir los efectos resarcitorios de su actuar alegando su propia torpeza o falta de rigor en el manejo del caso. No puede beneficiarse del incumplimiento de los deberes que justamente se le reprochan¹⁴⁰⁰.

En todo caso, este método, si se aplica de la manera adecuada, permite avanzar desde una hipótesis razonada hacia una estimación cuantificable. Como se ha dicho “para considerar si existía o no probabilidad, hay que aplicar criterios objetivos, según lo que normalmente suele suceder, y no apreciaciones subjetivas que se desvanecen como las expectativas de La Lechera de La Fontaine al romperse su cántaro”¹⁴⁰¹.

De esta forma, el juicio dentro del juicio se convierte en una herramienta que transforma la incertidumbre en una probabilidad valorable y permite, cuando corresponde, imponer al abogado el deber de reparar el daño que él mismo hizo imposible de evitar.

c. Análisis de jurisprudencia como criterio de referencia

Además del juicio sobre el caso concreto, el juez puede recurrir a un recurso auxiliar: el análisis de casos similares. Si existen decisiones anteriores que hayan resuelto favorablemente pretensiones análogas, ello puede reforzar la conclusión de que la oportunidad frustrada es indemnizable. No se trata de una prueba en sentido estricto, pero sí de un indicio que puede sumar razonabilidad a la estimación.

Este ejercicio no pretende identificar un caso idéntico. La experiencia enseña que nunca hay dos causas exactamente iguales y que una diferencia menor, ya sea en los

¹⁴⁰⁰ C. Apel. Civ y Com. San Martín, sala II, 17/10/1996, “De Castro, Edison A. c./ C., D. A.”, LL Buenos Aires, 1998, p. 555.

¹⁴⁰¹ C. Nac. Civ., sala B, 18/05/2023, “B., M. E. c./ G., L. E.”, Autos n.º 30.922/2014, en Rubinzal Online, cita digital: RC J 2777/23.

hechos, en la prueba o en la norma aplicable, puede modificar el resultado¹⁴⁰². Por eso, los precedentes deben ser usados con prudencia: orientan, pero no vinculan.

Su utilidad reside más bien, en mostrar cómo han resuelto los tribunales frente a hipótesis similares, qué criterios se han aplicado y si existía una posibilidad de que la pretensión fuese acogida. Cuanto más sólida sea esa línea jurisprudencial, mayor respaldo ofrecerá para reconocer que el cliente contaba con una chance real.

Este análisis no sustituye al juicio dentro del juicio, pero puede complementarlo. Mientras aquel se apoya en los elementos del expediente omitido, este ofrece un contexto más amplio, que ayuda a situar la pretensión frustrada dentro de la práctica judicial vigente. Si los precedentes muestran que, en casos semejantes, las demandas prosperan, ello refuerza la idea de que lo perdido no fue una expectativa genérica, sino una probabilidad concreta.

2.2. Elemento subjetivo

Aunque el método del “juicio dentro del juicio” busca objetivar la labor del juez, la valoración de la chance también exige que el juez considere las particularidades del caso concreto, aquellas que rodearon la actuación profesional, el contexto de la pretensión y la situación del cliente afectado. La objetividad no está reñida con la sensibilidad jurídica. Al contrario, es necesaria.

a. La importancia de las circunstancias del caso

La cuantificación de una oportunidad frustrada no puede hacerse en abstracto. Las variables relevantes no son solo jurídicas, sino también humanas. La naturaleza del litigio omitido, el grado de urgencia de la reclamación, la calidad y disponibilidad de la prueba, la conducta previa del abogado, y otros elementos, constituyen factores que deben ser ponderados de manera cuidadosa.

¹⁴⁰² Crespo Mora (2009), p. 123.

La doctrina ha señalado que “el valor de la chance se determinará conforme las circunstancias concretas del caso”¹⁴⁰³, lo que obliga a abandonar toda pretensión de fórmulas uniformes. Aquí no hay tablas ni baremos. Hay hechos, personas, contextos¹⁴⁰⁴. La prudencia judicial no consiste en medir siempre con la misma vara, sino en elegir la más justa para cada situación.

No se trata de atenuar la responsabilidad por vía de lo subjetivo, sino de asegurar que la indemnización refleje con fidelidad la gravedad del daño sufrido. No es lo mismo la pérdida de una oportunidad en un juicio por cobro de pesos que en un proceso de alimentos, ni es equivalente un error excusable a una desidia reiterada. La seriedad del daño se agrava cuando la pérdida no fue obra del azar, sino del incumplimiento de quien debía proteger los derechos ajenos.

La jurisprudencia ha advertido sobre esto con claridad: el monto de la indemnización debe guardar relación con el objeto del pleito frustrado, para evitar soluciones arbitrarias o desconectadas del caso original¹⁴⁰⁵. Lo que se indemniza no es una abstracción, sino una posibilidad concreta que se extinguió sin haber sido juzgada.

b. El cumplimiento de la sentencia

En los casos en que la acción frustrada tenía por objeto una condena patrimonial, no basta con estimar la probabilidad de que la sentencia hubiese sido favorable. También debe valorarse si en caso de obtenerse esa sentencia, era posible hacerla efectiva. De lo contrario, el análisis quedaría incompleto¹⁴⁰⁶. En este sentido, “El ejemplo paradigmático se presenta cuando el condenado no tiene capacidad económica para lograr cumplir con el mandato judicial, aun de un modo forzoso”¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰³ Calderón (2011), p. 169.

¹⁴⁰⁴ A propósito de la evaluación de las circunstancias particulares del caso, Christian Pettis señala que “deben ponderarse aquí las condiciones personales de la víctima, como la edad, sexo, condición social, ocupación y en especial, las secuelas incapacitantes derivadas del hecho que le afectará y que inciden en su vida laboral, social y de relación, cuestiones estas que evidentemente se relacionan con la indemnización que habría podido recibir”. Pettis (2001), p. 943.

¹⁴⁰⁵ C. Apel. Civ. Com. Min. de Paz y Trib. de Mendoza, 16/09/2013, “Jorge Roberto Mario c./ B. A. E.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-81663-AR.

¹⁴⁰⁶ Pettis (2001), p. 943.

¹⁴⁰⁷ Alferillo (2020), p. 248.

La jurisprudencia ha reconocido que, si el demandado en el juicio frustrado era notoriamente insolvente, la pérdida de la oportunidad no puede transformarse en un beneficio inesperado¹⁴⁰⁸. La responsabilidad del abogado no puede convertirse en una vía indirecta para lograr el cobro de una deuda que a partir de la situación fáctica del demandado, era incobrable. Como señala Kemelmajer de Carlucci, si el demandado era insolvente, el error del abogado que resultó en la pérdida de la acción no puede crear una situación financiera favorable que no existía. Considerar lo contrario sería caer en el absurdo de premiar la negligencia profesional como una estrategia para mejorar las expectativas de cobro frente a un demandado insolvente¹⁴⁰⁹.

“Lo contrario llevaría al contrasentido de convertir la negligencia profesional en una especie de novación de obligaciones: de una obligación de medios del abogado, que obviamente no implica crear solvencias inexistentes, se derivaría una obligación de resultados del mismo, la de responder por no haber obtenido un crédito contra una solvencia que no existía anteriormente”¹⁴¹⁰.

En otras palabras, si el demandado en el juicio frustrado no contaba con capacidad económica suficiente, no puede exigirse al abogado que garantice un resultado que tampoco la sentencia original habría podido cumplir. En tales supuestos, el análisis del juez debe incorporar esta variable, porque condiciona de manera decisiva el valor real de la oportunidad perdida¹⁴¹¹.

También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia mendocina: para determinar el monto de la indemnización por pérdida de chance, debe considerarse no solo la probabilidad de obtener una sentencia favorable, sino también la de ejecutarla. Omitir este segundo paso podría llevar al absurdo de que el cliente obtenga más como

¹⁴⁰⁸ C. Apel. Civ. Com. Minas, Paz y Trib., sala IV, Mendoza, 15/02/2010, “Ramírez de Correa, Natalia c./ Osorio de Bonetto, Mabel”, LL online, cita digital: AR/JUR/6414/2010. En dicho fallo se señala lo siguiente: “si se prescinde de esta consideración, se corre el riesgo de generar una situación absurda: aquella en que resulte más ventajoso para el cliente que el abogado incurra en una negligencia, pues la acción por responsabilidad profesional le permitiría acceder a una reparación más segura que la que habría podido obtener contra un demandado insolvente.”

¹⁴⁰⁹ Kemelmajer de Carlucci (1993), p. 724.

¹⁴¹⁰ Trigo Represas y López Mesa (2011c), p. 422.

¹⁴¹¹ C. Nac. Civ., sala F, 24/06/2008, “Z. L., A. M. c./ P., S. M.”, LL online, cita digital: AR/JUR/5238/2008. En sentido similar: CS San Juan, sala 1, 12/12/2005, “Montaño, Isidro F. c./ G., M. H., y otro”, autos n.º 3367.

consecuencia de la negligencia del abogado que lo que habría obtenido en caso de que el juicio se hubiese tramitado correctamente¹⁴¹².

c. El cálculo proporcional como expresión de la prudencia

Una vez que el juez ha determinado que existía una oportunidad real de éxito en el proceso frustrado y que dicha chance se perdió por negligencia del abogado, debe abordar la etapa siguiente: fijar el monto de la indemnización correspondiente. Esta tarea, necesariamente posterior, consiste en traducir en términos económicos esa posibilidad frustrada. No se trata, entonces, de volver sobre el juicio de viabilidad, sino de cuantificar sus consecuencias patrimoniales. Para ello, es posible utilizar la siguiente fórmula:

$$\text{Indemnización} = \text{Monto de la pretensión} \times \text{Probabilidad estimada de éxito}$$

En la mayoría de los casos, el grado de probabilidad será intermedio. Si el juez estima, por ejemplo, que existía un 70 % de posibilidades razonables de éxito y el valor de la pretensión era de \$1.000.000, la indemnización corresponderá a \$700.000. El 30 % restante, pertenece al margen de incertidumbre que acompaña a todo litigio y que el derecho no repara¹⁴¹³.

Además, esta operación debe realizarse respecto de cada uno de los rubros reclamados, ya que la pérdida de chance es un daño autónomo, pero su valuación se relaciona con el monto que representaría la ganancia completa, aplicado al porcentaje de probabilidad estimado¹⁴¹⁴.

Este método permite distinguir con claridad la pérdida de chance del lucro cesante. En el primero, lo que se pierde es una posibilidad, no un beneficio cierto. Solo en los casos en que esa posibilidad era prácticamente segura, como podría ocurrir en ejecuciones basadas en títulos indiscutidos y frente a deudores solventes, la indemnización podrá

¹⁴¹² C. Apel. Civ. Com. Minas, Paz Trib. Mendoza, sala IV, 15/02/2010, “Ramírez de Correa c./ Osorio de Bonetto”, LL online, cita digital: AR/JUR/6414/2010.

¹⁴¹³ Crespo Mora (2009), p. 126.

¹⁴¹⁴ C. Nac. Civ., sala A, 04/07/2024, anonimizada, autos n.º 46382/2019. En el mismo sentido: C. Nac. Civ., sala A, 18/05/2020, “F. Marina Gabriela c./ Clínica Privada Monte Grande SA”, autos n.º 53219; C. Nac. Civ., sala A, 09/06/2021, “H. T., Elizabeth y otro c./ Fundación de la Hemofilia y otros”, autos n.º 106.873.

aproximarse al valor total de la pretensión. Pero igual será necesaria una motivación reforzada.

Por supuesto que esta cuantificación no puede desvincularse de los elementos ya analizados: la naturaleza del litigio, la prueba reunida, los antecedentes del caso y también el contexto subjetivo en el que se produjo la omisión profesional. En causas complejas, de difícil medición o vinculadas a derechos extrapatrimoniales, la indemnización podrá aproximarse al daño moral, siempre que el juez explique con claridad su razonamiento¹⁴¹⁵.

Por último, debe considerarse que, en muchos casos, las demandas no reflejan con precisión el valor jurídico de la pretensión, sino que contienen estimaciones “infladas” cuya finalidad suele ser estratégica. Aplicar el porcentaje de probabilidad directamente sobre esos montos conduciría a una indemnización desproporcionada¹⁴¹⁶. Para evitarlo, el juez debe valorar previamente si la suma reclamada guarda una relación razonable con el mérito del caso. La chance no se calcula sobre la expectativa deseada por el actor, sino sobre lo que jurídicamente pudo haber sido reconocido. Solo así la reparación se ajusta a la entidad real del daño.

2.3. Advertencia final

En la estimación económica de la chance existe un límite que el juez no puede sobrepasar: el valor del derecho frustrado. Ese valor está dado, según el caso, por el monto reclamado en la demanda omitida o por la suma efectivamente pagada como consecuencia del juicio perdido. La indemnización por la pérdida de la oportunidad no puede ser superior a aquello que el cliente habría razonablemente podido obtener si el proceso se hubiese tramitado.

Este límite actúa como un techo natural del resarcimiento. La chance comprende los rubros que formaban parte del reclamo omitido, pero no se extiende a consecuencias que exceden lo que habría podido reconocerse en ese juicio. La prudencia judicial también consiste en no reparar más allá de lo perdido¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ Crespo Mora (2009), p. 126.

¹⁴¹⁶ Rodríguez Salto (2007), p. 166.

¹⁴¹⁷ Rodríguez Salto (2007), p. 169.

3. Pérdida de chance por exclusión en procesos de adjudicación

La participación en procesos de adjudicación (como licitaciones, concursos públicos, convocatorias o postulaciones) genera legítimas expectativas cuando el postulante reúne los requisitos y el procedimiento promete transparencia y objetividad. Por lo mismo, si bien la exclusión arbitraria de un oferente en una licitación pública no genera, en principio, un lucro cesante; si se pierde una oportunidad razonable de obtenerlo. Esa diferencia no es solo terminológica: determina qué se repara y cómo debe cuantificarse.

En estos casos, el daño consiste en la destrucción de una chance concreta de adjudicación. La ilicitud del acto administrativo que excluyó al oferente opera como presupuesto del análisis. A partir de allí, lo que debe valorarse no es el resultado que se habría alcanzado —porque ese resultado nunca existió—, sino la probabilidad de haberlo alcanzado si el procedimiento hubiese continuado conforme a derecho.

3.1. Declaración de la ilegalidad de la exclusión: el punto de partida

Antes de examinar si existió una pérdida de oportunidad resarcible en el marco de un proceso licitatorio, resulta imprescindible determinar si la exclusión del oferente se produjo en contravención al orden jurídico aplicable. La sola existencia de un acto administrativo que lo apartó del procedimiento no basta, por sí misma, para habilitar la indemnización. El derecho no presume que toda exclusión genera, necesariamente, un daño indemnizable.

La primera cuestión que debe resolverse es si la exclusión careció de fundamento legal o se adoptó en forma arbitraria. Ello puede ocurrir cuando la autoridad administrativa aplicó de manera incorrecta los criterios de evaluación contenidos en las bases, incurrió en errores de hecho al valorar los antecedentes presentados o vulneró los principios que rigen la contratación pública, como la igualdad de los oferentes, la transparencia o la razonabilidad en la adjudicación.

Solo una vez establecida la ilegalidad o arbitrariedad de la exclusión, el análisis puede avanzar hacia la existencia misma de la chance frustrada. En otras palabras, la

declaración de ilegalidad constituye un presupuesto habilitante para el examen posterior sobre el daño. Sin ese primer paso, el debate acerca de la indemnización por pérdida de oportunidad carece de base jurídica.

En el sistema chileno, la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos dictados en los procedimientos administrativos de contratación pública recae en el Tribunal de Contratación Pública¹⁴¹⁸. Este órgano jurisdiccional examina los reclamos interpuestos contra los actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos en el curso de los procedimientos regidos por la ley de compras públicas.

Ahora bien, incluso verificada la ilegalidad, ello no supone, sin más, que el daño se encuentre acreditado. Declarada la exclusión como injustificada, corresponde entonces indagar, a la luz de los antecedentes concretos del caso, si existía efectivamente una posibilidad fundada de adjudicación, lo que corresponde a un tribunal ordinario¹⁴¹⁹. Solo en ese segundo plano se despliega el análisis propio de la pérdida de chance, su prueba y su cuantificación, conforme a los criterios objetivos y de prudencia judicial que seguidamente se desarrollarán.

3.2. Puntaje de la oferta excluida y posición relativa en el ranking de evaluación

Uno de los elementos más relevantes al momento de valorar la pérdida de oportunidad en los procesos licitatorios es el puntaje que habría correspondido a la oferta excluida de haberse aplicado correctamente los criterios establecidos en las bases. El examen de este antecedente permite reconstruir la posición que habría ocupado el oferente en el ranking final y, con ello, estimar la probabilidad de que hubiese resultado adjudicatario del contrato.

Este análisis debe realizarse sobre la base de una evaluación técnica, que reconstruya el puntaje potencial conforme a las reglas objetivas del llamado a licitación.

¹⁴¹⁸ Chile, (2003). Ley N° 19.886 sobre bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Diario Oficial, 30 de julio de 2003, art. 22, modificado por la Ley 21.634 que moderniza la ley n.° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado. Diario Oficial, 11 de diciembre de 2023.

¹⁴¹⁹ Cisternas (2019), p. 61.

En esta tarea el juez no actúa como órgano adjudicador, pero sí debe verificar, con apoyo pericial si es necesario, qué posición habría ocupado el demandante en el orden de prelación y con qué nivel de probabilidad habría resultado beneficiado con la adjudicación. En efecto, si el oferente habría obtenido el primer lugar, la chance frustrada puede presumirse altamente probable. Si, por el contrario, se ubica en segundo o tercer lugar, el grado de probabilidad se reduce, aunque no necesariamente desaparece.

En la jurisprudencia chilena, por ejemplo, a propósito de un caso promovido por Laboratorio Chile, se demostró, mediante informe pericial, que la exclusión injustificada le privó de una altísima probabilidad de éxito. Según dicha pericia, la oferta había sido evaluada con una discrecionalidad indebida que redujo injustificadamente su puntaje en el ítem precio, otorgándole solo 30 de los 40 puntos posibles, mientras que en los restantes criterios había obtenido la máxima calificación. Corregido ese error, se estimó que la probabilidad de adjudicación superaba el 90%. En otras palabras, el laboratorio habría ocupado la primera posición en el *ranking* final de haber sido evaluado conforme a las bases¹⁴²⁰. De hecho, se consideró que la posibilidad de adjudicación era tan alta, que no se trataba de un caso de pérdida de chance, sino de lucro cesante.

En otro caso, se reconoció expresamente:

Que el actuar de la demandada causó un daño autónomo e independiente del resultado final –la adjudicación de la licitación–, que se configura por aquello que la doctrina ha denominado la pérdida de la chance, la que en este caso se traduce en la pérdida de la oportunidad de la demandante de encontrarse entre las oferentes con mayor puntaje que tenían la posibilidad de adjudicarse la respectiva licitación¹⁴²¹.

De modo análogo, se ha señalado que la negativa a admitir una oferta, a pesar de ser “la más conveniente para el interés público”¹⁴²², causó un perjuicio que no puede ser desestimado por el solo hecho de que el resultado final era incierto.

El criterio judicial que emerge de estos pronunciamientos pone en el centro del análisis el puntaje comparativo y su incidencia en la oportunidad de adjudicación. Por lo tanto, establecer el lugar que la oferta habría ocupado en el ranking, con base en criterios

¹⁴²⁰ CS Chile, 12/08/2019, “Laboratorio Chile S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud”, rol n.º 12911-2018.

¹⁴²¹ CS Chile, 06/01/2025, “Alpes Chemie S.A. con Central Nacional del Sistema de Abastecimiento Nacional de Servicios de Salud”, rol n.º 242342-2023.

¹⁴²² CS Chile, 13/01/2023, “Centro de Salud Visual RR Ltda. con Centro de Referencia de Salud de Maipú”, rol n.º 5798-2022.

técnicos objetivos, no es un ejercicio teórico, sino la piedra angular para valorar la chance frustrada y su correspondiente indemnización.

3.3. Comparación con la oferta adjudicada y contexto competitivo

Junto con el puntaje que habría correspondido al oferente excluido es igualmente necesario ponderar su posición relativa frente a los demás postulantes, en especial respecto de quien finalmente se adjudicó el contrato. Si el oferente excluido presentaba una propuesta superior en términos técnicos o económicos o reunía mejor las condiciones exigidas por las bases, la probabilidad de éxito se incrementa sustancialmente.

La jurisprudencia chilena ha incorporado esta comparación como elemento para sustentar la existencia de una oportunidad cierta. En un caso, el tribunal reconoció que la exclusión fue ilegal, que la comisión evaluadora actuó con falta de servicio y que la actora cumplía con los requisitos de las bases en mejor medida que la adjudicataria. El tribunal concluyó que, sin esa actuación irregular, la adjudicación habría podido recaer razonablemente en la empresa excluida¹⁴²³.

Del mismo modo, en otro proceso se constató que la empresa demandante habría obtenido el puntaje máximo en la evaluación técnica si no se hubiera aplicado indebidamente el criterio de experiencia y que su oferta económica resultaba más ventajosa para el interés fiscal. La suma de ambos factores permitió al tribunal afirmar que, de no mediar la exclusión arbitraria, la licitación le habría sido adjudicada con alta probabilidad¹⁴²⁴.

En ciertos casos, incluso, la comparación se ha realizado de manera directa y cuantitativa. Por ejemplo, cuando se acreditó que el actor ofrecía un precio \$269.315.183 inferior al de su competidor, junto con un plazo de ejecución 20 días más breve. Tales antecedentes objetivos sirvieron de base para fijar una indemnización proporcional, estimando la chance frustrada en un 50% respecto del monto total de adjudicación¹⁴²⁵.

¹⁴²³ CA de Concepción, 10/02/2021, “Los Robles Construcciones Ltda. con Ilustre Municipalidad de Laja”, rol n.º 694-2020.

¹⁴²⁴ CA Stgo, 14/08/2023, “Alejandra Rodríguez Asesorías y Estudios en Proyectos de Desarrollo E.I.R.L. con Servicio Nacional de T.”, rol n.º 7344-2020.

¹⁴²⁵ CS Chile, 19/11/2021, “Constructora Indico Limitada con Municipalidad de San Bernardo”, rol n.º 154.663-2020.

También, por ejemplo, cuando a una empresa demandante se le redujo el puntaje por un presunto incumplimiento en el requisito de “Cumplimiento de Buenas Prácticas de Manufactura”. Esta rebaja afectó su calificación final, desplazándola al cuarto lugar en el ranking de evaluación. Sin embargo, los tribunales declararon que dicha reducción fue ilegal y arbitraria, por haberse aplicado sin base normativa ni respeto a los principios de legalidad y objetividad. Corregido ese error, se estimó que la actora habría debido ocupar el primer lugar entre las tres ofertas finalistas, lo que demuestra cómo un criterio mal aplicado puede alterar sustancialmente la posición competitiva del oferente y frustrar una chance cierta de adjudicación¹⁴²⁶.

En esa misma línea, se ha reconocido el carácter resarcible de la chance cuando se ha acreditado una expectativa fundada de adjudicación interrumpida por una decisión administrativa ilegal. En un proceso de contratación pública, la autoridad convocante declaró desierta la licitación pese a que una de las ofertas había alcanzado la máxima calificación conforme a las bases. El tribunal determinó que esta exclusión fue arbitraria y privó a la empresa de una posibilidad real y concreta de obtener el contrato. Al valorar la indemnización, se apartó de las categorías tradicionales de perjuicio y reconoció la pérdida de oportunidad como un daño autónomo. La reparación fue determinada de forma prudente, sobre la base de criterios objetivos y con referencia a principios internacionales como los UNIDROIT, los que admiten la compensación de beneficios frustrados cuando existe un alto grado de probabilidad de su concreción¹⁴²⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha marcado límites claros a la indemnización por pérdida de chance en este ámbito. En algunos casos, se ha considerado que no existía una oportunidad resarcible cuando el actor no logró acreditar adecuadamente su posición competitiva.

Así ocurrió, por ejemplo, cuando la demandante se limitó a invocar su especialidad sin demostrar de manera precisa que cumplía con todos los requisitos exigidos en las bases. El tribunal consideró que no existía una expectativa real y fundada de adjudicación, pues no bastaba con la intención de participar ni con la afirmación genérica de idoneidad: era indispensable acreditar cómo la oferta se ajustaba concretamente a los criterios de evaluación. La ausencia de antecedentes objetivos

¹⁴²⁶ CS Chile, 30/09/2015, “Héctor Hernán Herrera (Comercial E Industrial Titanium Limitada) con Instituto Nacional De Deportes”, rol n.º 2795-2015.

¹⁴²⁷ CS Chile, 12/01/2023, “Gonzalo Mercadal y Cía. Limitada con Serviu V Región”, rol n.º 88733.

impidió sostener un daño derivado de la exclusión. A ello se sumó la falta de prueba del nexo causal entre la supuesta falta de servicio y la frustración del resultado: la imposibilidad de acreditar un puntaje cierto o una calificación favorable diluyó la cadena causal, reduciendo la chance invocada a una expectativa vaga e indemostrada, insuficiente para fundar un resarcimiento. Finalmente, la existencia de otros oferentes bien posicionados fue determinante. En la medida en que el actor no logró probar que su propuesta era superior a la de sus competidores o al menos se encontraba en situación de ser considerada entre las mejor evaluadas, la jurisprudencia descartó que hubiera sufrido una pérdida indemnizable. En palabras del tribunal, una expectativa indefinida de participación no alcanza para configurar un daño resarcible¹⁴²⁸.

Una conclusión similar se alcanzó en otro caso, en el cual se sostuvo expresamente que no existían antecedentes de hecho ni de derecho que permitieran afirmar que las obras debían adjudicarse a la demandante. En dicho proceso, la sentencia del Tribunal de Contratación Pública no declaró la procedencia de la adjudicación a su favor, lo que fue interpretado como indicio de que la Municipalidad mantenía un margen de discrecionalidad legítima en su decisión. En consecuencia, no se podía afirmar que la oferta excluida habría sido necesariamente seleccionada, incluso en ausencia de irregularidades¹⁴²⁹.

Además, en ese mismo caso, la prueba testimonial fue concluyente al señalar que no era posible establecer una relación causal directa entre la no adjudicación y el lucro cesante invocado. Esta ausencia de nexo causal específico debilitó aún más la pretensión de la actora, revelando que no toda exclusión procedimental da lugar, por sí sola, a la indemnización por pérdida de chance. La carga de acreditar una probabilidad seria y fundada recae en quien reclama el resarcimiento.

Estos fallos, en conjunto, evidencian que la doctrina judicial ha consolidado criterios exigentes en torno a la procedencia del daño por pérdida de oportunidad en el contexto licitatorio. La chance, para ser jurídicamente relevante, debe estar sustentada en elementos verificables que permitan reconstruir, con razonabilidad, un escenario de éxito

¹⁴²⁸ CA de Punta Arenas, 12/03/2024, “Servicios Integrales en Computación Informática y Capacitación con Servicio Nacional de Capacitación y”, rol n.º 13-2024, considerando decimosexto.

¹⁴²⁹ CS Chile, 10/01/2019, “Constructora LFM Ltda con Ilustre Municipalidad de Lota”, rol n.º 22222-2018, considerando décimo.

probable. Solo así la reparación podrá considerarse legítima, evitando confundir una expectativa débil con un daño real y resarcible.

3.4. Valor económico de la oportunidad

Cuando una oportunidad se pierde, lógicamente aflora en el proceso indemnizatorio la necesidad de traducir esa pérdida en términos económicos. ¿Qué valor tenía aquello que no llegó a concretarse, pero que razonablemente podría haber sucedido? Esta pregunta, no admite respuestas automáticas.

Para comenzar, ese valor no se mide por el total de lo que estaba en juego, sino por lo que la víctima esperaba obtener como resultado útil, legítimo y concreto. En los procesos licitatorios, por ejemplo, el monto total del contrato no equivale al daño. La cifra que importa es otra: la ganancia que el oferente habría obtenido si el contrato se ejecutaba debidamente, es decir, los ingresos menos los costos necesarios para su cumplimiento. La indemnización se construye a partir de ese diferencial: no del todo posible, sino de la parte probable y realizable. Para determinar este valor, el informe pericial será elemental¹⁴³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, la centralidad del valor económico no debe malinterpretarse como un criterio absoluto. Es relevante, sin duda, pero no puede desplazar otros factores igualmente esenciales. Un juicio prudente no se satisface con números: requiere contexto, razonabilidad y vínculo con los demás elementos que configuran la chance. La cifra, por sí sola, nunca cuenta toda la historia.

Por eso, cuando se habla de valorar económicamente una oportunidad perdida, lo que realmente se intenta es devolver sentido a lo que fue frustrado. Y eso no puede hacerse sin equilibrio y sin evidencia.

¹⁴³⁰ Así se ha ponderado en el caso CA de Concepción, 10/02/2021, “Sociedad Comercial Boero y Boero Limitada con Ilustre Municipalidad de Nacimiento”, rol n.º 2164-2019. Lamentablemente, muchas veces, a pesar de reconocerse la importancia del peritaje, este no se analiza en la sentencia, para explicar cómo se ha arribado a determinado monto. Esto sucede, por ejemplo, en los siguientes casos chilenos: CA de Concepción, 10/02/2021, “Los Robles Construcciones Limitada con Ilustre Municipalidad de Laja”, rol n.º 694-2020; CA de Punta Arenas, 12/03/2024, “Servicios Integrales en Computación Informática y Capacitación con Servicio Nacional de Capacitación y”, rol n.º 13-2024. En la CA Stgo, 14/08/2023, “Alejandra Rodríguez Asesorías y Estudios en Proyectos de Desarrollo E.I.R.L. con Servicio Nacional de T”, rol n.º 7344-2020 ni siquiera se menciona informe de peritos. Lo mismo sucede con las sentencias de la CS Chile, 30/09/2015, “Héctor Hernán Herrera (Comercial e Industrial Titanium Limitada) con Instituto Nacional de Deportes”, rol n.º 2795-2015; CS Chile, 12/01/2023, “Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada con Serviu V Región”, rol n.º 88733-2021.

3.5. La prudencia

Determinar la indemnización por pérdida de una oportunidad no consiste en aplicar una fórmula matemática, sino en realizar un juicio prudente que articule diversos elementos: el puntaje que habría obtenido la oferta excluida, su comparación con las demás propuestas evaluadas y el valor económico de la chance frustrada. Ninguno de estos factores, por sí solo, permite fijar la indemnización; todos deben ser ponderados en conjunto, a la luz de las circunstancias del caso.

En este ejercicio, el rol del juez es insustituible. La cuantificación exige una evaluación razonada, en la que se conjugan aspectos técnicos y jurídicos. No basta con establecer que existía una oportunidad económicamente valiosa: es indispensable que esa oportunidad haya sido verosímil: fundada en un puntaje alto, en una posición competitiva relevante y en un cumplimiento cabal de los requisitos exigidos; y que su frustración guarde un nexo causal suficiente con la conducta antijurídica reprochada.

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que la mejor forma de conciliar la naturaleza aleatoria del daño con el deber de reparación es mediante una estimación proporcional¹⁴³¹. Así, la ganancia legítima esperada no se indemniza, sino que se debe cuantificar considerando el grado de probabilidad de su realización. Este ajuste no responde a un cálculo aritmético, sino a un juicio prudente, informado por la experiencia y la razonabilidad.

Este juicio prudente cumple una doble función. Por una parte, evita que se indemnicen expectativas vagas o infundadas, protegiendo al sistema de reclamos oportunistas. Por otra, permite reconocer como daño real aquello que, si bien no llegó a concretarse, tenía una probabilidad suficientemente seria de haberse producido. De este

¹⁴³¹ CS Chile, 12/01/2023, “Gonzalo Mercadal y cia. Limitada con Serviu V Región”, rol n.º 88733-2021; CS Chile, 06/01/2025, “Alpes Chemie S.A. con Central Nacional del Sistema de Abastecimiento Nacional de Servicios De Salud”, rol n.º 242342-2023; CS Chile, 19/11/2021, “Constructora Indico Limitada con Municipalidad de San Bernardo”, rol n.º 154663-2020; CS Chile, 23/12/2022, “Pe y Ge S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín”, rol n.º 52594-2021; CA de Punta Arenas, 12/03/2024, “Servicios Integrales en Computación Informática y Capacitación con Servicio Nacional de Capacitación y”, rol n.º 13-20924; CA de Concepción, 10/02/2021, “Los Robles Construcciones Limitada con Ilustre Municipalidad de Laja”, rol n.º 694-2020, entre otros.

modo, la prudencia no es una barrera a la reparación, sino su garante (o debería serlo): evita los excesos, pero también las negaciones injustificadas.

En definitiva, la prudencia judicial es el marco que da sentido a todos los elementos de la cuantificación. No hay cifra que pueda justificarse sin contexto, ni contexto que baste sin un análisis fundado. Solo cuando se armonizan el valor económico, la posición en el proceso y la comparación competitiva, la indemnización deja de ser una conjetura para convertirse en una reparación justa.

3.6. Criterio final de cuantificación

La determinación del monto indemnizatorio en los casos de pérdida de oportunidad no descansa en el resultado que el oferente aspiraba a obtener, sino en la posibilidad real y fundada que tenía de alcanzar ese resultado, de haberse aplicado correctamente las reglas del procedimiento. Lo que se resarce no es la adjudicación frustrada en sí misma, sino la privación de participar en igualdad de condiciones en un proceso en el que, por mérito propio, existía una expectativa legítima de éxito.

Esta probabilidad es la que debe ser traducida en términos económicos. La cuantificación, por lo general, se expresa a través de un porcentaje que refleja el grado de probabilidad que la víctima tenía de resultar adjudicataria, aplicado sobre el valor económico neto que la oportunidad representaba. Se parte así de la utilidad proyectada debidamente depurada de los costos que el contrato habría supuesto y sobre esa base se aplica el porcentaje de probabilidad razonablemente acreditado.

Ahora bien, ese juicio de probabilidad no puede establecerse en abstracto. Los tribunales han sostenido que la determinación del valor de la oportunidad exige un examen in concreto de las circunstancias particulares de cada caso. Para ello, concurren de manera complementaria criterios de diverso orden: elementos objetivos de la propia licitación (como el puntaje de la oferta excluida y su comparación con las demás), herramientas estadísticas o matemáticas cuando sea posible su aplicación, y, finalmente,

el juicio prudencial del tribunal, que integra los antecedentes disponibles a la luz de la razonabilidad y la experiencia¹⁴³².

De este modo, el sistema evita tanto el automatismo aritmético como la pura discrecionalidad. La indemnización no reproduce el monto total del contrato, pero tampoco se reduce a una cifra simbólica: refleja el valor económico de una probabilidad real que fue ilegítimamente suprimida. Y lo hace mediante un juicio prudente, fundado y motivado, que pondera los diversos elementos que en cada caso permiten reconstruir la magnitud de la chance frustrada.

4. Pérdida de oportunidad derivada de juegos de azar

En principio, el juego parece quedar fuera del campo de la responsabilidad civil. Su resultado depende, por definición, del azar, de factores que escapan tanto a la voluntad de las partes como a cualquier previsión razonable. Sin embargo, aun dentro de esta incertidumbre natural, el derecho no permanece indiferente cuando una persona es privada ilegítimamente de su derecho a participar en un juego reglado. En estos casos excepcionales, la pérdida de chance puede ser indemnizada.

No toda expectativa de participación genera, por sí misma, un daño resarcible. Muy por el contrario, es posible sostener que en la mayoría de los casos de pérdida de chance derivada de juegos de azar, los tribunales rechazan su indemnización atendida las bajas probabilidades existentes de ganar¹⁴³³. Para que la oportunidad adquiera valor jurídico, es indispensable que el juego esté debidamente reglamentado, sometido a condiciones objetivas y controlado por un procedimiento previamente establecido. Solo cuando el interesado reunía efectivamente los requisitos de admisibilidad y es luego excluido o perjudicado sin causa legítima, por un error de registro, una omisión en el sorteo o una alteración del procedimiento, puede sostenerse que ha perdido una verdadera oportunidad que el derecho está llamado a proteger.

¹⁴³² CS Chile, 12/01/2023, “Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada con Serviu V Región”, rol n.º 88733-2021, considerando octavo.

¹⁴³³ Por ejemplo: SCBA, 19/06/1965, “Minutta, José c. / Administración de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires”, en LL, 1965-119, p. 395-401; C. Apel. Civ. y Com. San Isidro, sala II, 20/04/2007, “Díaz, Claudio A. y otros c./ Massalin Particulares S.A”, autos n.º 101559; C. Nac. Com., sala A, 04/02/2005, “Ramos, Alfredo E. con Banco Río de la Plata S.A.”, LL online, cita digital: TR LALEY 35001351.

La cuestión central no reside en determinar si, de haber participado, la persona habría resultado ganadora. La pregunta es otra: si al momento de su exclusión, contaba con una posibilidad real, reglada y fundada de participar en condiciones de igualdad. Allí radica la chance: en el derecho mismo a competir conforme a las reglas del juego.

Ahora bien, cuando el mecanismo es puramente aleatorio, la cuantificación de la chance suele iniciarse mediante el criterio matemático de equiprobabilidad: cada participante tiene, en principio, un porcentaje idéntico de posibilidad. Así, si un sorteo preveía cien participantes, la persona excluida perdió una oportunidad del 1% sobre el premio. Este es, sin embargo, solo un punto de partida. No constituye un criterio absoluto ni aplicable en todos los supuestos.

Existen situaciones en las que el resultado no depende exclusivamente del azar, sino que intervienen valoraciones técnicas o apreciaciones de un jurado. En estos casos, el cálculo aritmético no basta. La cuantificación exige, entonces, una reconstrucción más compleja: será necesario examinar, con los elementos probatorios disponibles, si el afectado reunía, de modo objetivo, los méritos o condiciones que le habrían permitido acceder, con una probabilidad razonable, al beneficio esperado.

De este modo, la tarea del juez no se limita a aplicar una fórmula matemática, sino que exige ponderar el conjunto de circunstancias concretas del caso. Deberá considerar no solo el número de participantes y el diseño del juego, sino también los antecedentes específicos del reclamante, los criterios reglamentarios aplicables y la existencia de factores objetivos que sustenten la probabilidad de éxito.

Es decir, aun tratándose de juegos de azar, la cuantificación de la chance perdida no puede desligarse de un análisis prudente y fundado en los antecedentes concretos de cada caso. Solo así podrá diferenciarse una expectativa legítima de una mera esperanza y asignar al daño una reparación conforme a la verdadera oportunidad frustrada.

5. Pérdida de chance por falta de reconocimiento filial

La omisión del reconocimiento de un hijo, en los supuestos en que existe vínculo biológico y conocimiento por parte del progenitor, puede frustrar oportunidades reales que habrían contribuido de manera sustancial a su bienestar material, afectivo y personal.

No se trata únicamente de la pérdida de aportes económicos concretos, sino de haber sido privado de condiciones que, razonablemente, le habrían permitido transitar su infancia y juventud con mayores posibilidades de desarrollo.

La cuantificación de este daño no persigue equiparar lo que el progenitor dejó de pagar como pensión alimenticia ni pretende reconstruir, en su totalidad, los beneficios que hipotéticamente habrían derivado de la existencia oportuna del vínculo filiatorio.

Por ello, la cuantificación exige una valoración prudente, que tome en cuenta el grado de probabilidad con que esa oportunidad frustrada habría podido traducirse en beneficios concretos. Esa tarea de cuantificación, que en último término recae en la prudencia judicial, requiere apoyarse en datos objetivos que reflejen las circunstancias particulares del caso.

A estos fines, deberán considerarse diversos factores tales como la situación económica del progenitor que omitió el reconocimiento, el nivel de vida que razonablemente habría podido ofrecer, los gastos ordinarios y extraordinarios que la crianza del hijo suponía, el impacto en sus posibilidades educativas, recreativas o formativas y el perjuicio personal derivado de haber crecido privado de un entorno afectivo y familiar más pleno. Todos estos elementos, valorados con mesura, permitirán aproximar el cálculo del daño a una reparación razonable, respetuosa de la singularidad que presenta esta hipótesis de pérdida de oportunidad.

5.1. Situación económica del padre o madre que no reconoció

En los casos de pérdida de chance derivada de la falta de reconocimiento filial, uno de los primeros elementos que el juez debe considerar al momento de cuantificar el daño es la situación económica del progenitor que omitió el reconocimiento. No porque de ella dependa, sin más, el monto indemnizatorio, sino porque constituye un dato objetivo desde el cual puede comenzar a estimarse el margen de oportunidades concretas que el hijo perdió.

El razonamiento es sencillo: cuanto mayores eran los recursos económicos de ese progenitor, mayor era también la posibilidad real de que hubiera podido colaborar en el sostenimiento y desarrollo del hijo, de haber ejercido en tiempo su rol parental. Por el

contrario, cuando los medios económicos eran limitados, la oportunidad frustrada necesariamente se presenta más acotada.

Este análisis, naturalmente, exige prueba. Ingresos acreditados, bienes registrables, actividad laboral o profesional, solvencia patrimonial, declaraciones impositivas, todo constituye material probatorio relevante para dimensionar esa capacidad contributiva no ejercida. También puede resultar ilustrativo constatar, como sucede en algunos precedentes, que no existieron aportes voluntarios durante el tiempo en cuestión, lo que da cuenta de la privación efectiva sufrida.

En algunos casos, los tribunales han ponderado estas circunstancias en forma clara. Así, por ejemplo, se valoró la existencia de un negocio propio por parte del progenitor, que contrastaba con las limitaciones económicas y sociales que experimentó el hijo durante su crianza¹⁴³⁴. En otros precedentes, se evaluó la existencia de ingresos estables, bienes a nombre del demandado y una capacidad profesional que habilitaba la posibilidad cierta de haber colaborado económicamente¹⁴³⁵.

En definitiva, la capacidad económica del progenitor no es un elemento aislado, pero sí constituye un punto de partida imprescindible en la tarea de traducir en términos patrimoniales la magnitud de las oportunidades que fueron indebidamente cercenadas al hijo.

5.2. Puede considerarse, solo como antecedente, la cuota alimentaria

En la tarea de cuantificar el daño por pérdida de chance en estos supuestos, la cuota alimentaria puede ofrecer un punto de referencia, pero no constituye el objeto mismo de la reparación. La indemnización no tiene por finalidad sustituir los alimentos no abonados durante la infancia ni sirve como vía indirecta para eludir las reglas que regulan su exigibilidad y prescripción.

Sin embargo, esta aclaración no impide que los montos de cuota alimentaria fijados en etapas posteriores de la vida del hijo (una vez iniciado el reconocimiento o

¹⁴³⁴ C. Apel. Civ. Com. Lab. y Min. Neuquén, sala II, 26/09/2017, “R. N. A. c./ R. A. R.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107462-AR.

¹⁴³⁵ SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

durante el desarrollo del vínculo filial) puedan servir como pauta orientadora. No como base directa del cálculo indemnizatorio, sino como elemento auxiliar para dimensionar, en términos económicos, el nivel de necesidades que razonablemente pudieron haber sido atendidas si el reconocimiento hubiese ocurrido oportunamente¹⁴³⁶.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que ha tomado en cuenta cuotas alimentarias fijadas en períodos posteriores para proyectar, de manera prudente, el valor económico de la oportunidad frustrada. En algunos precedentes, por ejemplo, se consideró el monto mensual fijado judicialmente como referencia para estimar los aportes que el hijo pudo haber recibido desde su nacimiento¹⁴³⁷.

Este uso referencial, sin embargo, exige ciertas cautelas. Por una parte, el régimen argentino de alimentos establece que la obligación se devenga a partir del inicio formal del reclamo y no retroactivamente desde el nacimiento¹⁴³⁸. Por otra, la indemnización por pérdida de chance no puede convertirse en un mecanismo para eludir los plazos de prescripción propios de la acción alimentaria. Como se ha señalado,

La acción por daños y perjuicios no puede ser la vía paralela que permita eludir los plazos de prescripción de la acción por alimentos; por eso, los daños cubiertos no pueden superar, en principio, los períodos que cubriría una demanda por alimentos¹⁴³⁹.

En definitiva, la eventual cuota alimentaria opera aquí como un dato auxiliar dentro de un análisis más amplio. El resarcimiento no apunta a reparar los alimentos no pagados, sino a compensar la pérdida de una oportunidad seria de haber accedido, en su momento, a mejores condiciones de vida.

5.3. Las estadísticas de costo de vida como referencia auxiliar

En ciertos casos, el juez puede recurrir, como un elemento más dentro del conjunto probatorio, a datos estadísticos que reflejen el costo promedio de crianza y educación de

¹⁴³⁶ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

¹⁴³⁷ C. Apel. Civ. Com. Lab. y Min. Neuquén, sala II, 26/09/2017, “R. N. A. c./ R. A. R.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107462-AR.

¹⁴³⁸ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

¹⁴³⁹ SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

un hijo en una determinada realidad social. No se trata de convertir estas cifras en una fórmula matemáticas, pero sí de tomarlas como una referencia que permita dimensionar, con algún grado de objetividad, el perjuicio patrimonial vinculado a la oportunidad frustrada.

Así, por ejemplo, puede considerarse cuánto insume, para una familia de clase media, acompañar el crecimiento de un hijo desde el nacimiento hasta su mayoría de edad: alimentación, vivienda, salud, educación, actividades culturales o deportivas, vestimenta, recreación. Estos datos, cuando son aportados por organismos oficiales (como las estadísticas publicadas periódicamente por el INDEC) permiten ilustrar el nivel de gastos que razonablemente pudieron haber sido afrontados si el reconocimiento paterno hubiese existido a tiempo¹⁴⁴⁰.

Naturalmente, el simple cotejo entre lo que refleja la estadística y lo que ocurrió en la vida del hijo no agota el análisis, ni habilita, por sí solo, a trasladar cifras de modo lineal al monto de la indemnización. Las cifras generales deben leerse siempre a la luz de las condiciones particulares del caso: el nivel socioeconómico de la familia materna, el entorno en que se desarrolló el niño, sus propias necesidades, las posibilidades reales que el padre tenía de contribuir.

Las estadísticas, en suma, cumplen aquí una función ilustrativa, no decisoria. Aportan un punto de partida que puede ser útil para que el juez, al integrar todos los elementos reunidos, pueda formar un juicio prudente sobre el alcance económico de la chance perdida.

5.4. Expectativas de mejor vida del niño o niña no reconocido

Cuando se trata de cuantificar la pérdida de chance derivada de la falta de reconocimiento filial, no puede ignorarse el conjunto de oportunidades que el hijo dejó de tener a consecuencia de esa omisión. Estas oportunidades no se reducen a lo económico en sentido estricto, sino que abarcan su desarrollo integral durante los años formativos. Desde allí debe partir el análisis.

¹⁴⁴⁰ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

El primer aspecto a valorar es la posibilidad razonable de acceso a una educación y formación personal de mayor calidad. No se trata de reparar el acceso asegurado a un título universitario o a un oficio determinado, sino de ponderar si con el auxilio económico y el acompañamiento paterno omitidos, el hijo habría dispuesto de mejores condiciones para concluir estudios, capacitarse en idiomas, participar en actividades culturales, deportivas o extracurriculares, y ampliar sus horizontes de desarrollo personal. Así lo han reconocido los tribunales, señalando que el impedimento de completar estudios superiores o de acceder a ciertas actividades constituye un indicador relevante de la chance frustrada. En este sentido, se ha considerado la posibilidad cierta de que, con el aporte económico del padre, la actora hubiera podido finalizar sus estudios universitarios, accediendo a un nivel superior de formación¹⁴⁴¹.

En segundo lugar, la ausencia de reconocimiento afectó también las condiciones generales de vida del hijo. El tipo de vivienda, la calidad de la alimentación, la atención médica o terapéutica, las posibilidades de recreación y esparcimiento, todo ello pudo haber sido diferente si hubiera contado con el apoyo económico del progenitor. Así se ha destacado que un aporte mensual paterno le habría permitido, por ejemplo, concurrir a clubes deportivos, academias de idiomas o talleres de informática, actividades habituales en hijos de profesionales y que resultaron inalcanzables para quien debió ser criado exclusivamente por su madre, con recursos limitados¹⁴⁴².

En este orden, también se ha afirmado que resulta procedente otorgar una indemnización en concepto de pérdida de chance al hijo del demandado, por la falta de reconocimiento filiatorio de su parte, pues, si bien las necesidades mínimas fueron cubiertas por la madre, el daño sufrido consiste en la frustrada posibilidad de que el menor tuviera otra opción terapéutica en el tratamiento que recibió por una patología auditiva que sufre, siendo que, en la chance no se repara el beneficio propiamente dicho que queda postergado, sino que lo que se indemniza es la posibilidad perdida de haber podido acceder a un tratamiento médico mejor¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

¹⁴⁴² SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

¹⁴⁴³ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

Los informes sociales, pericias psicológicas y demás antecedentes probatorios aportan, en este punto, datos esenciales. La situación de vivienda precaria, el cuidado exclusivo a cargo de la madre, el apoyo económico familiar externo y la ausencia total de vínculos afectivos con el progenitor y su entorno son elementos que ilustran con claridad las restricciones materiales y personales que condicionaron la infancia del hijo¹⁴⁴⁴. De haber ejercido el progenitor su paternidad de manera responsable, la niña habría contado con posibilidades reales de transitar una infancia más plena, desarrollando su potencial, habilidades y personalidad dentro de un contexto familiar menos adverso¹⁴⁴⁵.

En definitiva, el análisis de la chance frustrada no puede desvincularse de la comparación concreta entre el nivel de vida que el niño efectivamente experimentó y aquel al que razonablemente habría podido acceder de haber mediado el reconocimiento y la correspondiente asistencia económica y personal del progenitor¹⁴⁴⁶. Así, resulta particularmente interesante la expresión de la jurisprudencia que resume lo aquí expuesto: “la menor se vio privada de acceder a mejor educación, más esparcimiento y mejor calidad de vida al contar solo con el aporte de su madre en su crianza”¹⁴⁴⁷.

5.5. Conducta dilatoria y dolosa del padre

El proceso de cuantificación de la pérdida de chance no puede prescindir de la valoración de ciertas conductas que, sin alterar la existencia del daño, inciden en su magnitud. Entre ellas, adquiere particular relevancia el comportamiento del progenitor frente a la obligación de reconocimiento y al cumplimiento de los deberes derivados de su condición.

Así, la renuencia injustificada, las negativas reiteradas o las dilaciones procesales deliberadas, que impidieron al hijo acceder tempranamente a alimentos provisionales o a una asistencia efectiva, constituyen factores que agravan el perjuicio sufrido y que pueden justificar una mayor cuantía indemnizatoria. Se ha sostenido expresamente que “la

¹⁴⁴⁴ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B., A. N. y otro c./ S., A. S.”, RCyS, 2021-4, p. 45, con nota de Verónica Castro.

¹⁴⁴⁵ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B., A. N. y otro c./ S., A. S.”, RCyS, 2021-4, p. 45, con nota de Verónica Castro.

¹⁴⁴⁶ C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 21/03/2024, “M., M. A. c./ E., M. L. A. de y otros”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/DOC/2066/2024, con nota de Jorgelina L. Rodríguez (19/08/2024).

¹⁴⁴⁷ Durá (2021).

conducta del padre, que incluyó negación y dilaciones procesales que impidieron la pronta obtención de alimentos provisionales, también influye al considerar el perjuicio temporal añadido”¹⁴⁴⁸.

En definitiva, la conducta del progenitor, debe ser considerada como elementos complementarios dentro del juicio prudente que el juez está llamado a realizar para fijar el monto de la indemnización.

5.6. Duración del perjuicio económico

Otro de los elementos que el juez debe considerar al momento de cuantificar el daño por pérdida de chance derivada de la falta de reconocimiento filial es la extensión temporal durante la cual el hijo estuvo privado de los aportes económicos que razonablemente habría podido recibir. La privación no opera de manera uniforme a lo largo del tiempo: existen etapas particularmente sensibles, en las que el impacto de la ausencia de apoyo material resulta más gravoso, como son los primeros años de vida, la infancia y la adolescencia temprana.

Así, la jurisprudencia ha destacado que la falta de contribución durante los años iniciales de desarrollo, por ejemplo, los primeros diez años de vida, constituye un período especialmente relevante, en tanto coincide con la etapa de mayores necesidades materiales y formativas del niño. Se ha puesto de relieve que la menor se vio privada del aporte económico de su padre precisamente durante esos años fundantes, lo que redundó negativamente en sus posibilidades ciertas de acceder a una mejor calidad de vida¹⁴⁴⁹.

Asimismo, no puede soslayarse la duración de los propios procesos judiciales vinculados a la filiación, cuando ellos han sido objeto de dilaciones que prolongaron la situación de carencia. En uno de los precedentes examinados, se valoró que el juicio por filiación se extendió por un lapso de cuatro años, período durante el cual las necesidades

¹⁴⁴⁸ SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

¹⁴⁴⁹ C. Nac. Civ., sala L, 10/06/2021, “B., A. N. y otro c./ S., A. S.”, RCyS, 2021-4, p. 45, con nota de Verónica Castro.

del niño continuaron creciendo, mientras el progenitor, con ingresos suficientes por su profesión, permanecía en condiciones de satisfacerlas¹⁴⁵⁰.

Por otra parte, para establecer el período computable del daño, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que debe tomarse como punto de partida el momento en que el progenitor conoció o debió conocer su paternidad, sin que existieran impedimentos legales o fácticos para proceder al reconocimiento¹⁴⁵¹. Desde allí comienza a configurarse la oportunidad perdida.

Es decir, la duración de la privación económica constituye un parámetro relevante para dimensionar el alcance de la chance frustrada, debiendo el juez ponderar tanto la extensión cronológica del incumplimiento como su incidencia efectiva en las posibilidades de desarrollo del hijo.

5.7. En último término, siempre dependerá de la prudencia judicial

La cuantificación de la pérdida de chance en los supuestos de falta de reconocimiento filial, como en toda hipótesis de daños vinculados a oportunidades frustradas, no admite fórmulas rígidas ni cálculos exactos. No existen, ni podrían existir, estudios estadísticos que permitan asignar con precisión un porcentaje de probabilidad al mejor nivel de vida que el hijo habría alcanzado si hubiera contado desde un inicio con el reconocimiento y la asistencia de su progenitor.

De lo que sí existe claridad, es que la ausencia de ese reconocimiento, especialmente cuando el progenitor contaba con recursos suficientes, priva al niño de un cúmulo de oportunidades concretas de desarrollo material, educativo, personal y afectivo. Esa certeza de privación objetiva, aun sin poder traducirse en cifras aritméticas, justifica la reparación.

En este marco, el rol del juez adquiere una centralidad insustituible. La prudencia judicial no significa arbitrariedad ni intuición libre, sino un ejercicio razonado que debe apoyarse en los múltiples elementos probatorios analizados: la capacidad económica del

¹⁴⁵⁰ SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

¹⁴⁵¹ Jalil (2017); C. Apel. Civ. Com. Mendoza, sala I, 22/03/2012, “S., J. G. c./ S., J. G.”, LL online, cita digital: AR/JUR/5991/2012.

progenitor, los antecedentes familiares y sociales, las expectativas de desarrollo educativo y personal frustradas, la duración de la privación, la eventual conducta dilatoria del progenitor, entre otros. Sobre la base de estos elementos objetivos, el juez debe aproximarse, en la medida de lo posible, al monto que refleje de manera razonable la magnitud de la oportunidad perdida.

En definitiva, la prudencia judicial actúa aquí como el mecanismo de equilibrio que permite traducir en una suma indemnizatoria razonable el complejo entramado de variables que concurren en cada caso concreto. Así, como ha sido expresado, la cuantía final de la indemnización deberá fijarse en función del grado de posibilidad razonable de que ese beneficio hubiera podido lograrse, quedando dicha determinación sometida al prudente arbitrio del juez según las particularidades del caso¹⁴⁵².

6. Pérdida de chance de ayuda futura de los hijos

En los supuestos de fallecimiento de un hijo, la cuantificación de la pérdida de chance presenta sus propias particularidades. No se trata de resarcir ingresos efectivos percibidos por los padres al momento del deceso, sino de valorar la frustración de una expectativa razonable: aquella que, conforme al curso normal de la vida, permite suponer que los hijos, al alcanzar su madurez, habrían colaborado económicamente al sostenimiento de sus padres durante la vejez. Es esa probabilidad fundada, aunque incierta en su materialización, la que constituye el objeto de la indemnización.

Por el contrario, cuando al momento del fallecimiento existía ya una asistencia económica regular del hijo, el perjuicio presenta características de lucro cesante cierto, pues lo que se frustra es un ingreso ya existente, cuantificable en función de su monto actual y del tiempo durante el cual, de acuerdo a la expectativa de vida de los padres, se habría mantenido. Así lo ha señalado la jurisprudencia al afirmar que en tales casos, la medida del resarcimiento es la ayuda efectiva obtenida por los padres, y no la totalidad de los ingresos percibidos por el hijo.

¹⁴⁵² SC Mendoza, sala I, 28/05/2004, “F., A. c./ C., S.”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

6.1. Determinación de la base económica de la chance frustrada

La cuantificación comienza proyectando cuál habría sido la capacidad de ayuda económica que el hijo habría podido prestar durante la etapa de asistencia frustrada. Esta estimación debe construirse sobre datos objetivos y verificables existentes al momento del fallecimiento¹⁴⁵³. Son relevantes la edad del hijo, su nivel educativo, la actividad laboral que realizaba o habría podido desarrollar, sus proyecciones profesionales, la evolución de su sector de actividad y el contexto económico general.

En algunos casos, la jurisprudencia ha tomado como parámetro el salario efectivamente percibido por el hijo, especialmente cuando se trataba de empleos relativamente estables, como el empleo público o cuando existían proyectos profesionales bien definidos que indicaban un probable desarrollo económico futuro¹⁴⁵⁴. No se trata, sin embargo, de una proyección cerrada al presente, sino de una valoración que también debe incorporar la probable evolución favorable de los ingresos dentro del ciclo laboral habitual¹⁴⁵⁵.

Es decir, no solo se debe tomar en consideración el momento actual, sino también la proyección del hijo. Por ejemplo, en un caso se tuvo en cuenta que la víctima, tenía un proyecto personal de continuar estudios superiores en la Escuela Naval y de ser marino, lo cual indicaba un futuro con capacidad de asistencia y sostén para sus padres¹⁴⁵⁶.

Sobre este ingreso proyectado deben deducirse los gastos de vida propios del hijo, tales como el sustento personal, la eventual conformación de un núcleo familiar propio y las cargas económicas derivadas de hijos o cónyuge¹⁴⁵⁷. El excedente neto de este análisis conforma la base desde la cual puede determinarse la parte razonablemente destinada al sostén de los padres¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵³ Giles (2012).

¹⁴⁵⁴ C. Cont. Admin. Paraná, 14/04/2021, “C., E. M. c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro”, Rubinzal Online, cita digital: RC J 3653/21.

¹⁴⁵⁵ C. Cont. Admin. Paraná, 14/04/2021, “C., E. M. c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro”, Rubinzal Online, cita digital: RC J 3653/21.

¹⁴⁵⁶ C. Nac. Civ. y Comercial Federal, sala II, 12/08/2016, “Insaurrealde Miguel Salvador y otro c./ Edenor”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-101690-AR.

¹⁴⁵⁷ C. Nac. Civ., sala A, 06/03/2023, “Fernández, Eduardo Oscar y otro c./ Ciurca, Gonzalo Mario y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

¹⁴⁵⁸ (Famá y Fortuna 2014).

La experiencia judicial ha recurrido, como pauta prudencial, a porcentajes de asignación aproximados, frecuentemente en torno al quince por ciento del ingreso neto mensual. Sin embargo, este porcentaje no constituye un parámetro rígido, sino una referencia inicial, sujeta a ajustes según las particularidades de cada caso¹⁴⁵⁹. Podrá modificarse en función de la dependencia económica de los padres, la existencia de otros posibles aportantes, la solidez del vínculo filial y el nivel socioeconómico del grupo familiar¹⁴⁶⁰.

En el mismo sentido, es relevante considerar si el hijo habría constituido un grupo familiar propio, lo que en general tiende a producirse entre los veinticinco y treinta años, aunque que tal franja etaria no configura un límite absoluto¹⁴⁶¹.

Una dificultad particular se presenta cuando el hijo fallecido es de corta edad. Es cierto que la falta de actividad laboral actual impone un mayor margen de prudencia en la cuantificación. Sin embargo, esta circunstancia no elimina la existencia de la expectativa de ayuda futura, cuya fuente no es la capacidad productiva inmediata, sino el curso ordinario de la vida¹⁴⁶². La expectativa de asistencia existe desde el momento en que es previsible que, alcanzada la madurez, los hijos prestarán apoyo a sus padres. Por tanto, si bien la corta edad puede influir en la reducción del quantum indemnizatorio, no suprime el derecho a obtener reparación.

6.2. Consideraciones de las condiciones de los beneficiarios

La determinación del monto también exige ponderar las condiciones de los padres beneficiarios¹⁴⁶³. En los hogares más modestos, en que los progenitores carecen de ingresos propios o previsionales significativos, la expectativa de ayuda futura adquiere mayor fuerza, pues representa un sustento económico habitualmente esperado en la vejez.

¹⁴⁵⁹ C. Nac. Civ., sala A, 06/03/2023, “Fernández, Eduardo Oscar y otro c./ Ciurca, Gonzalo, Mario y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

¹⁴⁶⁰ C. Civ. Com. Córdoba, sala VI, 21/10/1999, “G. de M., M c./ Provincia de Córdoba y otros”, LL 2000-C, p. 883.

¹⁴⁶¹ C. Civ. Com. Azul, sala II, 28/03/2000, “O., C.S. c./ Zubiaurre S.A. y otros”, LL Buenos Aires 2000, p. 1047.

¹⁴⁶² C. Nac. Civ., sala C, 21/12/1990, causa C 077666.

¹⁴⁶³ C. Nac. Civ., sala J, 18/03/2015, “N. M. C. c./ E. M. J. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-92000-AR.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia al advertir que la condición humilde de los padres no justifica reducir la indemnización, sino que acentúa la magnitud del perjuicio¹⁴⁶⁴.

Debe valorarse también la eventual existencia de otros destinatarios de los ingresos del hijo, como cónyuge, hijos o familiares a cargo, en la medida en que ello condiciona la disponibilidad económica futura destinada al auxilio parental. En todos los casos, lo que se busca es realizar una reconstrucción objetiva y razonable de las circunstancias concretas que rodeaban al núcleo familiar, evitando tanto proyecciones optimistas como desvalorizaciones infundadas.

Junto a la ayuda económica directa, la chance frustrada comprende también las tareas de asistencia, cuidado y acompañamiento personal que los hijos suelen brindar a sus padres en la etapa de la ancianidad¹⁴⁶⁵. Aunque estas prestaciones contengan un fuerte componente afectivo, su ausencia puede traducirse en perjuicios económicos indirectos, especialmente cuando la falta de apoyo obliga a recurrir a servicios profesionales de asistencia domiciliaria o institucional.

En pocas palabras, es necesario considerar una comprensión objetiva y realista de la situación económica y social de la familia para inferir con probabilidad suficiente la cooperación futura del hijo¹⁴⁶⁶.

6.3. Delimitación temporal y actualización financiera

Una vez establecida la base económica de la chance, corresponde precisar el período durante el cual razonablemente habría de extenderse la asistencia frustrada. Esta delimitación temporal requiere siempre un análisis prudente, sustentado en las circunstancias específicas del caso.

La experiencia jurisprudencial ha delineado ciertos parámetros de referencia. Habitualmente, la asistencia de los hijos a los padres comienza cuando estos acceden a la etapa pasiva de su vida laboral, ubicada generalmente en los sesenta años para la madre y sesenta y cinco para el padre. Desde allí, la expectativa de vida permite proyectar un

¹⁴⁶⁴ CSJN, 11/06/1981, “Cano Romero de Álvarez, Ilva c./ Provincia de Buenos Aires”, LL 1981, tomo D, p. 17.

¹⁴⁶⁵ C. Civ. Com. Trabajo Venado Tuerto, 25/10/1999, “B., N. y otros c./ Padula, José L. y otro”, LL Litoral 2000, p. 539.

¹⁴⁶⁶ Giles (2012).

horizonte temporal que suele extenderse hasta los ochenta u ochenta y cinco años de edad. Así, el período indemnizable suele comprender entre quince y veinticinco años, sin que estas cifras constituyan pautas automáticas¹⁴⁶⁷.

Dado que los aportes habrían sido percibidos en forma periódica, corresponde traer las sumas proyectadas a valor presente mediante la aplicación de una tasa de descuento¹⁴⁶⁸. Esta tasa, que refleja el rendimiento de una inversión segura, suele establecerse en torno al cuatro por ciento anual, aunque su determinación concreta debe ajustarse prudentemente según las condiciones económicas vigentes al momento de la sentencia. El objetivo de esta operación no es alcanzar una exactitud matemática, sino aproximar, de modo razonable, el valor actual de la expectativa frustrada.

6.4. El juicio prudencial del juez frente a la aleatoriedad

Como en toda pérdida de chance, la cuantificación definitiva exige un ejercicio de prudencia judicial. La imposibilidad de alcanzar certezas matemáticas no autoriza a negar la existencia del daño, pero impone al juez la tarea de integrar los datos producidos mediante un razonamiento fundado y razonable¹⁴⁶⁹.

Los informes periciales, las proyecciones demográficas, las estimaciones de ingresos laborales y los antecedentes familiares ofrecen insumos técnicos indispensables, pero no sustituyen la función del juez. Este debe ponderar los elementos disponibles a la luz de las particularidades del caso, evitando dos extremos igualmente indeseables: por un lado, las indemnizaciones construidas sobre simples conjeturas; por otro, la exigencia de pruebas imposibles de producir que en los hechos vacíen de contenido el derecho a la reparación.

Como lo ha expresado la Corte Suprema de Mendoza, la función judicial consiste en arribar a la solución más razonable según el curso ordinario de la vida en sociedad¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁷ Cámara Federal de Mendoza, sala B, 30/05/2024, “Albornoz, Sergio Claudio y otra c./ Gutiérrez, Vicente y otro”, autos n.º 13306/2015/CA1.

¹⁴⁶⁸ C. Nac. Civ., sala A, 06/03/2023, “Fernández, Eduardo Oscar y otro c./ Ciorca, Gonzalo Mario y otro”, LL online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

¹⁴⁶⁹ C. Cont. Admin. Paraná, Entre Ríos, 14/04/2021, “C., E. M. c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro”, Rubinzal Online, cita digital: RC J 3653/21

¹⁴⁷⁰ Cámara Federal de Mendoza, sala B, 30/05/2024, “Albornoz, Sergio Claudio y otra c./ Gutiérrez, Vicente y otro”, autos n.º 13306/2015/CA1.

Esta prudencia exige evitar tanto un enriquecimiento sin causa como el desconocimiento de un perjuicio jurídicamente cierto. El resarcimiento no supone reparar la totalidad del daño como si la ayuda hubiera existido plenamente, sino reconocer el valor económico de la probabilidad frustrada¹⁴⁷¹.

La experiencia de decisiones como el caso Marshall, del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, muestra la utilidad de explicitar los factores valorados en la cuantificación. Esta transparencia permite comprender el razonamiento judicial y proporciona control sobre los márgenes de discrecionalidad inherentes a la valoración de daños de naturaleza aleatoria.

En síntesis, el resarcimiento en estos casos requiere reconstruir con seriedad la expectativa patrimonial perdida, valorar prudencialmente su probabilidad de concreción y traducirla, sobre la base de parámetros objetivos, en una compensación económica razonable¹⁴⁷².

7. Pérdida de oportunidad laboral, de desarrollo profesional y deportivo

La cuantificación de la pérdida de chance laboral o profesional tiene por objeto traducir económicamente el valor de una expectativa frustrada. No se repara aquí un ingreso actual y seguro, sino la privación de oportunidades concretas y razonables de progreso, ascenso, estabilidad o inserción laboral que, de no haber mediado el hecho dañoso, la víctima habría podido alcanzar.

7.1. Determinación de la base económica de la chance frustrada

La primera etapa en la cuantificación consiste en reconstruir el escenario profesional que, con razonable probabilidad, habría podido desplegarse en favor de la víctima. Esta

¹⁴⁷¹ Giles (2012).

¹⁴⁷² CSJN, 02/09/2021, “Grippo, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c./ Campos, Enrique Oscar y otros”, 344:2256.

reconstrucción requiere valorar una multiplicidad de factores objetivos vinculados a su situación personal y laboral al momento del hecho.

a. Situación personal de la víctima

La reconstrucción del escenario profesional frustrado requiere partir de los antecedentes individuales concretos que poseía la víctima al momento del hecho. No es suficiente la mera referencia genérica a una expectativa de progreso; es necesario establecer que la chance de desarrollo laboral tenía un fundamento razonable, a partir de elementos objetivos.

Para ello, se valoran, entre otros factores, la edad de la víctima al momento del hecho dañoso, su nivel de formación académica o técnica, la experiencia laboral ya adquirida, el desempeño profesional previo, los ascensos obtenidos o en curso, las oportunidades concretas de promoción que se hallaban próximas, el tipo de actividad o sector en el que se desempeñaba, las características propias del mercado laboral involucrado, así como la situación económica y social general.

En algunos casos, la frustración de la chance ha recaído sobre oportunidades laborales específicas y próximas a concretarse, lo que permite conferirles mayor grado de probabilidad y peso económico. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando el reclamante había superado exámenes preocupacionales, recibido ofertas concretas de contratación o incluso tenía asignado el traslado para iniciar funciones, circunstancias que demostraban un proceso avanzado de incorporación laboral, frustrado como consecuencia del hecho ilícito¹⁴⁷³.

En otras situaciones, también se ha considerado la frustración de oportunidades que ofrecían un claro potencial de proyección internacional o ampliación de la carrera profesional, como sucede cuando, a raíz de un incumplimiento contractual o antijurídico, se priva a la víctima del acceso a mercados laborales de mayor jerarquía o visibilidad,

¹⁴⁷³ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Neuquén, sala II, 11/06/2015, “A. J. C. c./ A. E. S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-94222-AR.

frustrando legítimas expectativas de progreso profesional y económico fundadas en méritos objetivos ya obtenidos¹⁴⁷⁴.

El presupuesto esencial para incorporar la chance laboral en la cuantificación resarcitoria es, por tanto, la acreditación suficiente de que la víctima tenía, al tiempo del daño, una oportunidad real y razonable de alcanzar esas mejoras o incorporaciones laborales. No se indemnizan simples deseos futuros, sino expectativas concretas que, de no haber mediado el hecho dañoso, habrían contado con una probabilidad verosímil de realización¹⁴⁷⁵.

b. Grado de incapacidad

Cuando el hecho dañoso ha producido en la víctima una incapacidad física o psíquica permanente, este elemento constituye un componente técnico relevante en la cuantificación del daño por pérdida de chance laboral. No se repara la incapacidad en sí misma, sino las consecuencias económicas que de ella derivan, en tanto limitan o suprimen oportunidades de desarrollo profesional, ascenso o progreso económico que la víctima habría podido razonablemente alcanzar¹⁴⁷⁶.

La evaluación pericial médica permite establecer un porcentaje de incapacidad laboral permanente, que refleja el grado objetivo de afectación sufrido. Estos porcentajes no operan como equivalencias automáticas de pérdida patrimonial, pero constituyen parámetros orientadores para medir en qué medida la reducción de aptitudes físicas o intelectuales restringe las posibilidades futuras de desempeño profesional.

Por ejemplo, en un caso se consideró que una trabajadora, tras una fractura de clavícula con compromiso neurogénico periférico, presentaba una incapacidad parcial y permanente del 20%, lo que repercutía negativamente en sus posibilidades de continuar en el ejercicio pleno de su actividad profesional¹⁴⁷⁷. En otro supuesto, la existencia de una incapacidad total y definitiva del 84% en una médica psiquiatra fue particularmente

¹⁴⁷⁴ C. Nac. Civ., sala B, 27/12/2016, “Koser Alejandra c./ Prodicos S.A. Casa Alfaparf y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102458-AR.

¹⁴⁷⁵ Cámara Federal de Salta, sala I, 14/03/2025, “Romano Güemes, Silvia Liliana c./ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación”, autos n.º 9882/2015/CA1.

¹⁴⁷⁶ (Jalil 2022).

¹⁴⁷⁷ C. Nac. Apel. Trabajo, sala VII, 31/03/2014, “Ortega María Cristina c./ Blanef S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: Cita: MJ-JU-M-86079-AR.

valorada en función del alto nivel de exigencia intelectual y personal que su profesión imponía, destacándose cómo las secuelas físicas, psíquicas y estéticas afectaban gravemente no solo su actividad laboral inmediata, sino también sus futuras chances de progreso profesional y económico¹⁴⁷⁸.

La gravedad o irreversibilidad de las secuelas constituye, a su vez, un factor adicional que amplifica la afectación de la chance laboral frustrada¹⁴⁷⁹. Cuanto más definitivo resulta el menoscabo funcional, mayor es la razonable probabilidad de que las posibilidades futuras de ascenso, reconversión laboral o inserción profesional competitiva hayan quedado seriamente disminuidas o anuladas.

En este sentido, la valoración de los porcentajes de incapacidad debe realizarse de manera integrada, atendiendo no solo a la magnitud técnica de la lesión, sino, principalmente, a su repercusión concreta sobre la vida profesional y social de la víctima, sus perspectivas de desempeño, la exigencia de su actividad, la edad al momento del daño y la duración previsible de su vida activa.

c. El caso del daño estético y su impacto en la pérdida de chance laborales

El daño estético, cuando incide en el aspecto corporal o facial de la víctima, puede generar efectos indirectos sobre sus oportunidades laborales futuras, especialmente en aquellas profesiones en las que la imagen personal constituye un elemento relevante de empleabilidad o de progreso profesional¹⁴⁸⁰.

Para su adecuada valoración, resulta útil distinguir el distinto grado de incidencia que la apariencia física puede tener según la naturaleza de la actividad desempeñada. Existen ciertos grupos de profesiones en que la imagen corporal adquiere mayor o menor peso específico¹⁴⁸¹: En un primer grupo se ubican aquellas actividades en las cuales la armonía estética es prácticamente un requisito funcional: modelos, actores, bailarines,

¹⁴⁷⁸ C. Nac. Civ., sala I, 02/06/2015, “Pallares María Cristina c./ Transportes Sur-Nor Comercial e Industrial S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: Cita: MJ-JU-M-93376-AR.

¹⁴⁷⁹ C. Nac. Apel. Trabajo, sala VII, 31/03/2014, “Ortega María Cristina c./ Blanef S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: Cita: MJ-JU-M-86079-AR.

¹⁴⁸⁰ (Bermúdez 2012).

¹⁴⁸¹ (Medina Crespo 2001).

azafatas o deportistas de alto rendimiento, entre otros. Allí, las alteraciones físicas repercuten directamente en la posibilidad misma de acceder o mantenerse en la actividad profesional.

En un segundo grupo se encuentran ocupaciones en las que la imagen, sin constituir un requisito indispensable, ejerce una influencia significativa: vendedores, personal de relaciones públicas, ejecutivos de atención al cliente, promotores o conferencistas. En estos casos, el deterioro estético puede limitar posibilidades de contratación, promoción o consolidación profesional.

Finalmente, existe un tercer grupo de profesiones en que la estética carece, en principio, de relevancia directa sobre la capacidad de inserción o desarrollo laboral. En estos supuestos, el daño estético, aunque eventualmente indemnizable en otros rubros, no interfiere de modo sustancial con la chance de progreso profesional.

A efectos de objetivar la cuantificación del impacto económico derivado del daño estético sobre la pérdida de chance laboral, la doctrina y la práctica pericial han desarrollado sistemas de ponderación basados en ciertos coeficientes técnicos:

- Coeficiente de visibilidad, que atiende a la localización, extensión y notoriedad de las secuelas visibles.
- Coeficiente morfológico, que evalúa el aspecto, superficie y características cromáticas de la lesión.
- Coeficiente personal, que pondera la situación estética previa de la víctima, su edad, sexo y otros datos relevantes.

Estos parámetros son generalmente evaluados sobre escalas cuantitativas que permiten asignar, de manera prudencial, un porcentaje de afectación aplicable al cálculo indemnizatorio. Sin embargo, estos coeficientes constituyen únicamente auxiliares técnicos orientadores y no sustituyen la valoración judicial integral, que debe atender al impacto concreto de las secuelas sobre la trayectoria laboral de la persona afectada¹⁴⁸².

En todo caso, debe evitarse incurrir en una doble indemnización. Las consecuencias patrimoniales que el daño estético genera sobre las posibilidades laborales de la víctima no constituyen un perjuicio autónomo, sino que integran el cálculo de la pérdida de chance profesional. Por ello, como lo ha sostenido reiteradamente la

¹⁴⁸² (Bermúdez 2012).

jurisprudencia, las secuelas estéticas vinculadas a la reducción de oportunidades laborales deben ser comprendidas dentro del análisis global de la incapacidad productiva y de la expectativa de desarrollo profesional frustrada¹⁴⁸³.

d. Proyección de remuneraciones a futuro

La cuantificación de la pérdida de chance laboral exige proyectar los ingresos que la víctima razonablemente habría podido percibir en el futuro, de no haber mediado el hecho dañoso. No se trata simplemente de extender mecánicamente el salario que percibía al momento del evento, sino de reconstruir, con criterio prudencial, su trayectoria laboral probable, considerando tanto los ingresos actuales como las expectativas razonables de progreso frustradas.

El salario efectivamente percibido constituye, ciertamente, un punto de partida indispensable para la estimación¹⁴⁸⁴. Sin embargo, debe ponderarse que en el curso normal de la vida profesional, los ingresos tienden a evolucionar en función de diversos factores: posibilidades de ascenso dentro de la organización, promociones por mérito o antigüedad, cambios de empleo hacia posiciones de mayor jerarquía, incrementos salariales vinculados al desarrollo de nuevas competencias o especializaciones, e incluso oportunidades de acceso a mercados laborales más favorables.

Es precisamente este componente de crecimiento o de mejora laboral lo que integra la chance resarcible. Lo que se indemniza no es únicamente la pérdida del empleo que la víctima ocupaba, sino también la privación de las posibilidades concretas de avanzar en su carrera profesional, de acceder a mejores condiciones contractuales o de explorar oportunidades de desarrollo que, conforme al curso ordinario de los acontecimientos, habrían estado razonablemente a su alcance.

Por ello, la proyección de ingresos futuros no puede prescindir de un análisis individualizado de las características de cada caso: la edad de la víctima, su nivel de capacitación, la evolución histórica de su sector laboral, las perspectivas profesionales

¹⁴⁸³ C. Apel. Civ. Com. Resistencia, 13/07/2018, “B. M. E. c./ F. M. H. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-113756-AR.

¹⁴⁸⁴ C. Nac. Apel. Trabajo, sala VII, 31/03/2014, “Ortega María Cristina c./ Blanef S.A. y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-86079-AR.

existentes, su desempeño previo y cualquier antecedente objetivo que permita inferir, con verosimilitud suficiente, el sendero de crecimiento que razonablemente podría haber transitado.

Solo a partir de esta reconstrucción cuidadosa del escenario laboral frustrado será posible aproximar, en términos prudentes, el monto económico correspondiente a la pérdida de chance de progreso profesional.

7.2. Delimitación temporal y actualización financiera

Definida la base económica sobre la cual se construye la proyección de ingresos frustrados, corresponde ahora determinar el período durante el cual razonablemente esa capacidad de ganancia se habría extendido en el tiempo. Este componente temporal constituye un factor esencial en la cuantificación de la pérdida de chance, ya que permite precisar el horizonte sobre el cual calcular los ingresos que, de no mediar el hecho dañoso, habrían podido efectivamente generarse.

En principio, la edad jubilatoria habitual constituye el punto de referencia natural para delimitar ese período, de conformidad con el régimen previsional vigente y las particularidades de cada actividad profesional. Este parámetro etario proporciona un marco objetivo que asegura homogeneidad y seguridad jurídica, evitando ajustes discrecionales que pudieran desvirtuar la finalidad indemnizatoria¹⁴⁸⁵.

Desde luego, cuando se trata de víctimas jóvenes, especialmente menores de edad, el análisis requiere una especial prudencia, pues deben considerarse no solo los años de actividad laboral que razonablemente podrían haber desplegado, sino también los tiempos de formación, inserción y progresiva incorporación al mercado de trabajo. En estos supuestos, la jurisprudencia ha recurrido, como pauta orientadora, al salario mínimo vigente como parámetro básico para proyectar las pérdidas económicas futuras, ajustándolo según la edad y la etapa vital en la que el damnificado habría iniciado su vida activa.

El cálculo proyectado de ingresos, una vez delimitado el horizonte temporal, requiere ser actualizado a valor presente. Como en toda hipótesis de ingresos futuros que

¹⁴⁸⁵ (Jalil 2022).

se percibirían de manera progresiva a lo largo de los años, corresponde aplicar una tasa de descuento que refleje el rendimiento financiero de una inversión segura en el tiempo¹⁴⁸⁶. La experiencia comparada ha establecido como pauta prudente una tasa en torno al 4% anual, sin perjuicio de su eventual adecuación a las condiciones económicas prevalecientes al momento de la liquidación¹⁴⁸⁷.

Este procedimiento de actualización no persigue una exactitud matemática imposible de alcanzar en hipótesis contrafácticas, sino lograr una aproximación razonable al valor económico actual de la expectativa frustrada, respetando la propia lógica aleatoria que caracteriza a la pérdida de chance.

7.3. El juicio prudencial del juez frente a la aleatoriedad

La indemnización de la pérdida de chance laboral o de progreso profesional exige, por su propia naturaleza, que el juez asuma un rol activo de valoración prudente. No existe, en este terreno, margen para la aplicación automática de fórmulas rígidas, pero tampoco para el reconocimiento de indemnizaciones sustentadas en meras conjeturas o deseos subjetivos¹⁴⁸⁸. Se trata, como siempre en materia de daños aleatorios, de reconstruir lo que habría sido razonable esperar conforme al curso ordinario de la vida profesional de la víctima, de no haber mediado el hecho dañoso.

Los elementos de juicio provienen de múltiples fuentes: informes médicos que establecen el grado de incapacidad; antecedentes laborales y profesionales de la víctima; situación económica general; proyección salarial; y, en su caso, peritajes especializados sobre impacto laboral futuro. Estos insumos técnicos no sustituyen el rol decisorio del juez, pero le permiten contar con un marco fundado sobre el cual ejercer su razonamiento prudencial.

El riesgo de desvirtuar el instituto es doble: por un lado, resulta improcedente reconocer indemnizaciones apoyadas en probabilidades meramente hipotéticas o vagas;

¹⁴⁸⁶ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Neuquén, sala III, 03/04/2018, “M. C. G. c./ Consejo Provincial de Educación”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111089-AR.

¹⁴⁸⁷ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Neuquén, sala III, 03/04/2018, “M. C. G. c./ Consejo Provincial de Educación”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111089-AR.

¹⁴⁸⁸ C. Apel. Civ. Com. Lab. Min. Neuquén, sala III, 03/04/2018, “M. C. G. c./ Consejo Provincial de Educación”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111089-AR.

por el otro, tampoco corresponde exigir al damnificado una prueba de certeza imposible, que en los hechos terminaría por desconocer la existencia misma del daño que la chance representa.

Resulta ilustrativo en este sentido el criterio adoptado en un caso en el que la víctima se encontraba próxima a ser contratada en una entidad bancaria, habiendo superado prácticamente todas las etapas del proceso de selección. El tribunal, luego de valorar las pruebas producidas, estimó que la probabilidad concreta de contratación alcanzaba al 80%, reconociendo así una pérdida de chance laboral fundada y cuantificable. Esta metodología, que asigna porcentajes explícitos de probabilidad, permite objetivar el juicio de prudencia judicial, dotando de transparencia y coherencia el razonamiento indemnizatorio.

En definitiva, la cuantificación de la pérdida de chance laboral reclama del juez la integración equilibrada de los antecedentes objetivos del caso, la ponderación razonable de la probabilidad de concreción de la expectativa frustrada y la traducción de ese análisis en un monto indemnizatorio que respete, a un mismo tiempo, la aleatoriedad propia de este tipo de daños y el principio de reparación integral que gobierna la materia¹⁴⁸⁹.

7.4. El caso de los deportistas

Cuando la pérdida de chance afecta la trayectoria deportiva de la víctima, la valoración del perjuicio presenta algunos matices propios de esta actividad, en la que las oportunidades de ascenso, contratos, premios y reconocimiento profesional están especialmente expuestos a factores aleatorios y contingentes. No se trata, como en otros ámbitos laborales, de proyectar una carrera profesional ordinaria y relativamente estable, sino de reconstruir el recorrido que razonablemente podría haber seguido el atleta en función de su talento, desempeño previo y posibilidades competitivas futuras.

La primera tarea consiste, como siempre, en determinar la base económica sobre la que habría podido materializarse la expectativa de desarrollo deportivo. Para ello resultan relevantes datos tales como la edad del deportista al momento del hecho, el nivel alcanzado en su disciplina, el rendimiento obtenido en competencias previas, los

¹⁴⁸⁹ C. Nac. Civ., sala J, 01/01/2020, “R., J. P. c./ B. CMF SA”, LL online, cita digital: AR/JUR/42521/2020.

contratos firmados o en negociación, el interés de clubes, federaciones o auspiciadores, así como las oportunidades concretas de participar en torneos de jerarquía superior. Estos elementos permiten valorar si la chance frustrada configuraba una expectativa real y fundada de progreso competitivo y económico, y no una simple ilusión o deseo personal.

Naturalmente, la aleatoriedad del desempeño deportivo exige una prudencia aún mayor en la cuantificación. Aun en disciplinas altamente competitivas, no puede desconocerse que el éxito en instancias superiores depende de numerosos factores externos e imprevisibles. Por ello, la indemnización no recae sobre el resultado deportivo frustrado, sino sobre la probabilidad razonable de haber accedido a esas oportunidades de competencia, premios, contratos o mejoras salariales.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia comparada, debe evitarse tanto la negación de la reparación por exigir certezas inalcanzables, como el riesgo de conceder indemnizaciones desproporcionadas que ignoren los múltiples factores de incertidumbre que rodean la carrera deportiva. En consecuencia, los tribunales suelen asignar porcentajes prudenciales de probabilidad a la chance de ascenso competitivo o contratación frustrada, sobre cuya base luego se proyectan los beneficios económicos que habrían podido obtenerse.

Por último, corresponde también en estos casos actualizar las sumas proyectadas a su valor presente, considerando el particular carácter acotado de la vida útil deportiva, la cual frecuentemente tiene un horizonte temporal más breve que en otras profesiones. Este elemento exige ajustar cuidadosamente tanto el período indemnizable como la tasa de descuento aplicable, a fin de respetar la lógica propia de la actividad deportiva y no trasladar mecánicamente los parámetros utilizados para otros ámbitos laborales.

8. Prácticas anticompetitivas y actos de competencia desleal

La pérdida de chance económica encuentra un terreno de aplicación particularmente idóneo en materia de responsabilidad por infracciones al derecho de la competencia. En estos supuestos, el perjuicio no radica en la privación de beneficios ciertos, sino en la frustración de oportunidades legítimas de participar en un mercado y generar utilidades, anuladas por conductas ilícitas que alteran las condiciones de acceso y permanencia.

El ingreso o permanencia de un agente económico en el mercado no asegura, por sí mismo, el éxito comercial. La incertidumbre es inherente a la dinámica competitiva. Sin embargo, esa aleatoriedad no suprime el valor económico de la posibilidad frustrada de competir, la cual posee entidad resarcible cuando la supresión del acceso es ilícita y el proyecto tenía fundamentos objetivos suficientes.

En la jurisprudencia chilena no existen, hasta el presente, sentencias que hayan abordado de forma expresa la cuantificación de la pérdida de chance en materia de libre competencia. Aunque algunos pronunciamientos reconocen la aplicabilidad de la figura cuando lo suprimido no es una ganancia segura sino una oportunidad fundada, los desarrollos siguen siendo escasos. En la experiencia argentina, pese al reconocimiento general de la pérdida de chance en otros ámbitos, tampoco se encuentran antecedentes jurisprudenciales aplicados a ilícitos anticompetitivos. Por ello, adquiere relevancia la experiencia francesa, particularmente el precedente *Orage*¹⁴⁹⁰, en que la *Cour de Cassation* admitió expresamente la reparación de la chance de acceso al mercado frustrada por prácticas ilícitas de exclusión.

8.1. Determinación del beneficio económico proyectado

El primer paso en la cuantificación consiste en reconstruir el escenario económico que razonablemente habría sido posible si el actor hubiera podido participar en el mercado en condiciones normales de competencia.

A diferencia de otras hipótesis de pérdida de chance —como los incumplimientos contractuales, en los que suele existir un nivel de actividad previa frustrada—, en los ilícitos anticompetitivos el proyecto de explotación frecuentemente ni siquiera pudo iniciarse. Ello obliga a construir un escenario contrafactual, es decir, una proyección razonada de cómo habría evolucionado la participación de la empresa desplazada de habersele permitido operar en un entorno competitivo lícito¹⁴⁹¹.

Este ejercicio no supone conjeturas abstractas, sino una reconstrucción técnica, fundada en parámetros económicos verificables. En esta tarea resultan de particular

¹⁴⁹⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 01/03/2023, “Société Orange et société Orange Caraïbe c. Société Digicel Antilles Françaises Guyane”, n° 20-18.536.

¹⁴⁹¹ (Nussenbaum 2019).

utilidad los modelos de simulación provenientes de la teoría de juegos, capaces de estimar cómo habrían variado las cuotas de mercado, los precios, los márgenes operativos y las utilidades en presencia del nuevo competidor desplazado¹⁴⁹².

Ahora bien, tales modelos no pueden formularse prescindiendo de las características concretas del actor afectado. La reconstrucción debe integrar factores internos, como el volumen de inversión realizada, la capacidad financiera y organizativa de la empresa, sus costos operativos, su experiencia previa, sus estrategias comerciales y aun los posibles errores de gestión. Solo así es posible arribar a una proyección económica prudente y realista.

Así lo reconoce expresamente el fallo *Orage* en el que el escenario contrafactual se apoyó en comparaciones con operadores que en otros mercados geográficos similares (Malta, Luxemburgo, Bulgaria, Irlanda), habían ingresado bajo circunstancias análogas como segundos entrantes. Este método permitió establecer parámetros económicos plausibles, pero sin atribuirles el carácter de certeza absoluta, dado el margen irreductible de aleatoriedad propio de la chance¹⁴⁹³.

En este estadio, la intervención de peritos economistas adquiere especial relevancia. A partir de variables técnicas —participación de mercado esperable, márgenes brutos proyectados, costos fijos y variables, inversiones iniciales requeridas, datos históricos comparables—, los informes periciales permiten traducir los aspectos económicos del caso en cifras objetivas, que servirán de base al juez para la posterior valoración prudente de la chance frustrada.

8.2. Determinación de la probabilidad de éxito frustrado

Una vez proyectado el beneficio económico potencial, resta ponderar el grado de probabilidad de que ese resultado hubiera podido concretarse en el escenario contrafactual reconstruido. Es decir, la chance se implanta como un valor afectado por

¹⁴⁹² Fantuzzi M y Sanders (2022), p. 10.

¹⁴⁹³ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 01/03/2023, “Société Orange et société Orange Caraïbe c. Société Digicel Antilles Françaises Guyane”, n° 20-18.536.

una probabilidad que refleja la plausibilidad del desenlace positivo en el escenario contrafactual¹⁴⁹⁴

En el marco de los mercados competitivos, ningún ingreso al mercado garantiza por sí solo el éxito comercial. Sin embargo, esta incertidumbre no justifica desconocer la existencia de un perjuicio. Lo que aquí se indemniza no es la ganancia plena, sino la supresión de la oportunidad razonable de participar en el mercado¹⁴⁹⁵.

La jurisprudencia francesa y particularmente el caso *Orange*, han sido explícitos en rechazar tanto los modelos excesivamente automatizados como las presunciones de éxito absoluto. No corresponde, por tanto, presumir que el actor habría alcanzado el mismo desempeño que los incumbentes ni asumir su éxito como garantizado. La evaluación debe individualizar la viabilidad real del proyecto frustrado¹⁴⁹⁶.

Para ello deben considerarse factores tales como: la capacidad financiera, organizativa y tecnológica del actor; su experiencia sectorial; los recursos invertidos; el contexto competitivo real del mercado afectado; los niveles de riesgo inherentes a la actividad; y las estrategias comerciales adoptadas¹⁴⁹⁷.

Cuando existen antecedentes objetivos o estadísticas sectoriales sobre la experiencia de empresas similares que ingresaron a mercados abiertos, estos pueden servir de referencia. En otros supuestos, la complejidad del análisis puede requerir la aplicación de modelos econométricos más sofisticados, capaces de integrar múltiples variables interrelacionadas mediante técnicas de simulación propias de la teoría de juegos.

La carga de probar la viabilidad del proyecto y el vínculo causal corresponde al actor. No obstante, la determinación del grado de probabilidad de éxito permanece siempre bajo el control del juez, quien debe ponderar, en definitiva, la certeza o probabilidad del daño en atención a las particularidades de cada caso concreto¹⁴⁹⁸.

Metodológicamente, el cálculo puede expresarse mediante la fórmula general de la pérdida de chance:

¹⁴⁹⁴ Amaro (2022), p. 4.

¹⁴⁹⁵ Banfi Del Río (2014), p. 53.

¹⁴⁹⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 01/03/2023, “Société Orange et société Orange Caraïbe c. Société Digicel Antilles Françaises Guyane”, n° 20-18.536.

¹⁴⁹⁷ Banfi Del Río (2014), p. 53.

¹⁴⁹⁸ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 01/03/2023, “Société Orange et société Orange Caraïbe c. Société Digicel Antilles Françaises Guyane”, n° 20-18.536.

Monto indemnizable = Beneficio económico proyectado × Probabilidad de éxito

La aplicación de esta fórmula permite reflejar con precisión el núcleo de la indemnización por pérdida de chance: lo resarcible no es el resultado pleno frustrado, sino el valor económico de la oportunidad razonable anulada.

8.3. La prueba de la cuantificación en materia anticompetitiva

Como en toda hipótesis de daño probabilístico, corresponde al actor aportar prueba objetiva suficiente tanto del beneficio potencial como de la razonabilidad de la probabilidad de éxito¹⁴⁹⁹.

En los casos anticompetitivos, la complejidad económica de los factores en juego confiere especial protagonismo a la prueba pericial especializada. Los dictámenes de expertos deberán proyectar ingresos, costos, márgenes operativos y cuotas de mercado estimadas en el escenario competitivo lícito reconstruido. Para ello, podrán emplearse modelos de simulación, teoría de juegos y herramientas econométricas complejas.

Sin embargo, como subrayó la jurisprudencia en *Orage*, el dictamen pericial no reemplaza el juicio soberano del magistrado. El juez sigue siendo quien valora, con prudencia, el riesgo inherente al alea propio de la pérdida de chance. El perito aporta el insumo técnico; la valoración de su razonabilidad, de su ajuste a la realidad del caso y la determinación final del quantum indemnizable, compete exclusivamente al órgano jurisdiccional¹⁵⁰⁰.

Junto a la pericia, deben ponderarse otros elementos fácticos vinculados al proyecto del actor, tales como la dinámica competitiva efectiva, el comportamiento de los incumbentes, el marco regulatorio, las decisiones comerciales adoptadas y la consistencia global de la estrategia empresarial frustrada¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, Lettre de la chambre commerciale, financière et économique, n° 15, mars 2025, directeur de publication: Vincent Vigneau.

¹⁵⁰⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, 01/03/2023, “Société Orange et société Orange Caraïbe c. Société Digicel Antilles Françaises Guyane”, n° 20-18.536.

¹⁵⁰¹ Banfi Del Río (2014), p. 53.

Por último, corresponde excluir de la indemnización eventuales pérdidas meramente hipotéticas, provisiones contables no verificadas o riesgos anticipados no materializados. Solo son resarcibles los daños efectivamente producidos y atribuibles al acto anticompetitivo.

8.4. El margen prudencial de valoración judicial

La complejidad técnica y probatoria que presenta la cuantificación de la pérdida de chance en materia de prácticas anticompetitivas no puede transformarse, por sí misma, en un motivo para denegar el resarcimiento. La tarea del juez consiste en buscar un punto de equilibrio: ni decidir a ciegas, ni exigir una prueba imposible.

No se le puede pedir al actor que reconstruya con exactitud matemática un escenario económico que, por definición, nunca llegó a concretarse. Lo que sí se exige es un esfuerzo probatorio serio, que permita al tribunal contar con elementos suficientes para acercarse, con razonabilidad, al escenario más verosímil de lo que habría ocurrido si la conducta anticompetitiva no hubiese existido. A partir de allí, la valoración judicial debe descartar tanto los cálculos excesivamente optimistas como los rechazos infundados basados en un rigorismo que, llevado al extremo, haría impracticable la reparación de este tipo de daños.

Se ha sostenido, en algunas ocasiones, que la gravedad de la falta podría incidir sobre la cuantía del resarcimiento, en el sentido de autorizar una evaluación más generosa¹⁵⁰². Esta afirmación, sin embargo, requiere ser matizada. Como bien recuerda Laura Vitale, las decisiones que ordenan indemnizar por pérdida de chance, aun cuando subrayen la gravedad de la conducta ilícita, no trasladan automáticamente ese juicio de reproche al monto de la indemnización. La sanción moral de la falta pertenece a otro plano; la evaluación del perjuicio, en cambio, debe mantener su lógica propia, fundada en el análisis prudente de la probabilidad frustrada¹⁵⁰³.

Así lo ilustra, por ejemplo, la sentencia dictada el 16 de enero de 2001 por la Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación francés. Allí se confirmó la indemnización equivalente a la pérdida total de margen bruto sufrida por una empresa cuyo producto

¹⁵⁰² Banfi Del Río (2014), p. 40.

¹⁵⁰³ Vitale (2020), p. 130.

había sido objeto de copia. Aunque la gravedad de la conducta fue reconocida, no aparece que ella haya constituido el fundamento determinante de la cuantificación del perjuicio. El tribunal sostuvo el resarcimiento sobre bases objetivas vinculadas al daño económico concreto, sin confundir la valoración del perjuicio con la reprobación de la conducta antijurídica¹⁵⁰⁴.

En definitiva, corresponde al juez construir un juicio razonado, que sin perder el rigor en el análisis de la prueba, preserve la función reparatoria de la pérdida de chance frente a daños que, por su propia naturaleza, no admiten certezas absolutas.

9. Pérdida de chance económica por incumplimiento contractual

La pérdida de chance económica es una de las aplicaciones de esta categoría, particularmente en el ámbito de las relaciones contractuales frustradas. A diferencia de los supuestos vinculados a la salud o al derecho familiar, en este caso el análisis se traslada plenamente al terreno patrimonial: lo comprometido es la posibilidad real de acceder a un beneficio económico a través de la ejecución de un contrato o la explotación de un bien o actividad productiva, que se ve frustrada por la conducta antijurídica de la contraparte.

Esta categoría comprende diversas hipótesis, tales como incumplimientos contractuales que obstaculizan el normal desarrollo de actividades comerciales, demoras en la entrega de inmuebles destinados a arriendo o explotación, privación de uso productivo de bienes, alteración de contratos de concesión o distribución, entre otras, que si bien difieren en sus hechos, comparten la misma estructura de daño: la supresión de oportunidades económicas fundadas. En todos estos casos, el objeto del resarcimiento no radica en la ganancia frustrada como tal, sino en el valor económico de la oportunidad real que razonablemente habría permitido acceder a esos beneficios, ponderada según las circunstancias concretas.

Como sucede en toda hipótesis de pérdida de oportunidad, la cuantificación no admite fórmulas rígidas ni equivalencias automáticas. Exige, en cambio, un proceso de integración entre elementos probatorios objetivos, valoración de la probabilidad frustrada y estimación prudencial de su impacto económico, bajo la dirección del arbitrio judicial.

¹⁵⁰⁴ Vitale (2020), p. 131.

9.1. Distinción entre pérdida de chance y lucro cesante

Antes de avanzar en la cuantificación, es necesario delimitar claramente la diferencia conceptual y práctica entre la pérdida de chance y el lucro cesante. Esta distinción no solo es terminológica, sino que también tiene incidencia directa en la delimitación de la indemnización.

En el lucro cesante, lo indemnizable es la ganancia cuya obtención era prácticamente asegurada si no hubiera habido incumplimiento contractual. La actividad probatoria busca demostrar un resultado patrimonial cuya concreción era altamente probable en el curso ordinario de los negocios. En estos casos, la indemnización repara la utilidad específica dejada de percibir.

Por el contrario, en la pérdida de chance no se frustra el resultado mismo, sino la posibilidad razonable de haber accedido a ese beneficio. El daño radica en la supresión de una expectativa valiosa que, en el momento de ser anulada, poseía entidad económica propia¹⁵⁰⁵. Lo que se repara no es el resultado final, sino el valor de la oportunidad perdida, ponderado conforme a su seriedad y probabilidad de éxito¹⁵⁰⁶. La indemnización no se calcula sobre el beneficio hipotético en su totalidad, sino sobre el peso económico que esa expectativa representaba en el momento de su frustración.

Esta diferencia, está recogida expresamente en el derecho argentino y se refleja en el art. 1738 del Código Civil y Comercial, que establece que el lucro cesante comprende el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención, mientras que la pérdida de chance es resarcible en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una relación de causalidad adecuada con el hecho generador¹⁵⁰⁷.

En definitiva, mientras el lucro cesante exige acreditar un beneficio prácticamente cierto, la pérdida de chance admite reparar expectativas serias pero no consumadas. El resarcimiento, traduce en términos pecuniarios el grado de probabilidad que

¹⁵⁰⁵ C. Nac. Civ., sala H, 17/10/2016, “Zonenfeld Norberto José y Otro c./ Construcciones Potosí 4013 S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102332-AR.

¹⁵⁰⁶ C. Nac. Apel. Com., sala F, 31/03/2023, “Ensincro S.R.L. c./ Banco Santander Río S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-142852-AR.

¹⁵⁰⁷ Así lo recoge el art. 1738 del CCyC (Rubin 2016).

razonablemente habilitaba su concreción en el curso ordinario de las cosas. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el objeto del resarcimiento es precisamente esa pérdida de oportunidad, evaluada en función de su seriedad y de la probabilidad razonable de éxito económico que presentaba la actividad frustrada¹⁵⁰⁸.

9.2. Cuantificación basada en la probabilidad económica de éxito

Una vez acreditada la existencia de la oportunidad frustrada y su vínculo causal con el incumplimiento, el análisis se traslada al terreno cuantitativo. Este juicio se estructura sobre dos pilares inseparables: la determinación del beneficio económico potencial y la apreciación del grado de probabilidad de su consecución. Como bien se ha expresado:

Si lo que se indemniza es el truncamiento de una ganancia o evitación del daño, que están en camino de concretarse, la ganancia posible o el daño efectivo son las bases necesarias para cuantificar la chance. La segunda cuestión a considerar será el grado de probabilidad de que el actor hubiera obtenido la ganancia esperada o de que hubiera evitado el perjuicio sufrido. Esa medida determinará el porcentual de disminución de la indemnización¹⁵⁰⁹. Pasemos a revisar estos elementos.

a. Determinación del valor económico probable del beneficio

En primer lugar, hay que establecer cuál habría sido el beneficio económico esperado si la actividad no hubiera sido frustrada. Este valor de referencia, si bien no exige certeza absoluta, debe basarse en antecedentes objetivos que demuestren la expectativa patrimonial involucrada.

Dependiendo de la naturaleza de la actividad, podrán utilizarse informes contables, peritajes económicos, parámetros de mercado, estudios sectoriales, antecedentes de explotación o cualquier otro elemento técnico idóneo. Así, en el caso de concesionarias automotrices, se ha tomado como base de cálculo la utilidad neta mensual

¹⁵⁰⁸ C. Nac. Apel. Com., sala C, 12/09/2017, “Automóviles Surauto S.A. c./ Honda Motor de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107447-AR.

¹⁵⁰⁹ Sánchez & Márquez (2013).

promedio registrada en el año previo al conflicto¹⁵¹⁰; en el sector inmobiliario, se han considerado los valores de alquiler vigentes, la duración habitual de los contratos, los márgenes ordinarios de rentabilidad o los precios de venta comparables¹⁵¹¹.

En el ámbito agrícola, particularmente en casos de servidumbres, se ha calculado el rendimiento potencial de los cultivos (por ejemplo, olivares), los precios de mercado, los costes operativos y la desvalorización del inmueble, basándose en informes técnicos especializados. Estos elementos permiten establecer un marco objetivo de valoración de la oportunidad perdida.

Este primer componente cuantitativo fija, así, el monto bruto del beneficio que habría resultado razonablemente alcanzable de haberse desarrollado la actividad.

b. Valoración del grado de probabilidad de éxito frustrado

Sobre el beneficio estimado debe proyectarse el porcentaje de probabilidad razonable de realización. La indemnización no recae sobre la totalidad del monto estimado, sino sobre la parte correspondiente a la oportunidad fundada de haberlo logrado.

Este juicio de probabilidad no exige certeza científica, pero sí un razonable sustento objetivo: antecedentes contractuales, situación económica del sector, capacidad instalada, antecedentes comerciales, comportamiento de la contraparte, condiciones crediticias, ubicación del inmueble, características del bien y eventuales reclamos no respondidos¹⁵¹².

La jurisprudencia ha aplicado distintos porcentajes en función de las particularidades. Así, en alquileres frustrados, se ha estimado una chance del 70%, fundada en prueba testimonial y documental que acreditó una oportunidad real pero no

¹⁵¹⁰ C. Nac. Apel. Com., sala C, 12/09/2017, “Automóviles Surauto S.A. c./ Honda Motor de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107447-AR. En concreto, para cuantificar la chance, se utilizó un peritaje contable que determinó la utilidad neta mensual promedio correspondiente al año crítico (2006) y se fijó un porcentaje de incidencia sobre esa utilidad para reflejar la pérdida de chance. En este caso, ese porcentaje fue establecido en un 3% sobre la utilidad neta mensual promedio, conforme a las facultades legales otorgadas y al análisis del impacto económico de la reducción. El monto resultante se multiplicó por un período determinado para calcular el total indemnizable y se le aplicaron intereses desde la fecha de cese hasta el pago efectivo.

¹⁵¹¹ Cámara Federal de Mendoza, sala A, 20/12/2021, “Distribuidora De Gas Cuyano S.A. c./ Alonso, Elizabeth Mónica y otros”, autos n.º 22036451/2012/CA1.

¹⁵¹² Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, 23/04/2021, “Terenziani Santiago Leonardo c./ Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur S.A.)”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132373-AR.

asegurada¹⁵¹³. En otros casos, en actividades comerciales parcialmente frustradas, se aplicó un 30% sobre la facturación bruta anual, considerando riesgos concurrentes¹⁵¹⁴.

En algunos precedentes, mediante pericia contable, se determinó un 3% sobre la utilidad neta mensual promedio, que luego se proyectó sobre el período de afectación contractual y se actualizó con intereses hasta el pago efectivo¹⁵¹⁵.

c. Fórmula de cuantificación: interacción entre el beneficio probable y la probabilidad de éxito

La operación de cuantificación puede representarse, en términos esquemáticos, mediante la siguiente ecuación conceptual:

Monto indemnizable = valor probable del beneficio económico × grado de probabilidad de éxito.

El primer componente se obtiene a partir de peritajes, balances, mercado, estadísticas o documentación económica. El segundo, de la valoración prudencial de los antecedentes fácticos y económicos que rodeaban la operación frustrada. En resumen, “la relación entre ganancias o pérdidas, y el grado de probabilidad de su consecución o evitación, mostrará el resultado de la tarea de cuantificación”¹⁵¹⁶.

Este método de cálculo, que es naturalmente referencial y no exacto, debe lidiar con cierto margen de arbitrariedad prudente, pues lo que se valora es la probabilidad de acceder al beneficio y no el beneficio en sí. Precisamente ahí radica la distinción con el lucro cesante¹⁵¹⁷.

¹⁵¹³ C. Apel. Civ. Com. Lab. Reconquista, 24/04/2024, “Godeas Rolando Hernán c./ Aca Salud Pres. Serv. Med. Ltda.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-150952-AR.

¹⁵¹⁴ C. Nac. Apel. Com., sala B, 23/10/2019, “HBO Ole Distribution LLC y otro, ordinario”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-122160-AR.

¹⁵¹⁵ C. Nac. Apel. Com., sala C, 12/09/2017, “Automóviles Surauto S.A. c./ Honda Motor de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107447-AR.

¹⁵¹⁶ Sánchez & Márquez (2013).

¹⁵¹⁷ C. Apel. Civ. Com. Rosario, sala II, 20/12/2017, “Tamborini María Carolina c./ Telecom Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-112199-AR.

9.3. El horizonte temporal de la oportunidad frustrada

La valoración económica de la chance no puede prescindir de un componente esencial: el período durante el cual la oportunidad frustrada habría podido generar beneficios económicos. La duración prevista de la actividad constituye, así, un parámetro indispensable para delimitar correctamente el alcance del perjuicio indemnizable.

No se trata de reconocer una indemnización indefinida, sino de establecer, basándose en criterios objetivos y razonables, cuál habría sido el horizonte previsible de continuidad de la actividad frustrada, de no haber mediado el incumplimiento. Este análisis exige ponderar diversos factores: la naturaleza del negocio afectado, la duración ordinaria de contratos similares, la razonabilidad de los plazos de explotación proyectados y las expectativas de continuidad propias de la relación obligacional vigente en el momento de la frustración.

En la misma línea, cuando la pérdida de chance deriva de la indisponibilidad de un bien durante el tiempo necesario para su reparación, el período de reparación técnica determinado en sede pericial puede ser tomado como parámetro temporal válido. Así lo resolvió la jurisprudencia al fijar la suma indemnizatoria sobre la base del plazo de restauración estimado por los peritos, conforme a la prueba obrante en el proceso¹⁵¹⁸.

En los contratos de concesión de larga duración, la antigüedad de la relación comercial se ha sido considerada un elemento relevante para precisar el período de indemnización razonable. Así ocurrió por ejemplo, en un caso en el que la concesión vigente durante dieciséis años, fue resuelta intempestivamente mediante un preaviso de apenas sesenta días. El tribunal consideró dicho plazo manifiestamente insuficiente y lo extendió prudencialmente a diez meses adicionales para permitir la recomposición económica de la actora. La indemnización se calculó sobre la utilidad neta mensual promedio registrada durante el año 2006, proyectada sobre dicho período de diez meses, con intereses computados desde la fecha de cese hasta el pago efectivo¹⁵¹⁹.

En igual sentido, frente a demoras injustificadas en la escrituración de inmuebles, la jurisprudencia ha delimitado el período indemnizable al tiempo efectivo de la demora,

¹⁵¹⁸ C. Nac. Civ., sala D, 07/11/2019, “García, Jorge c./ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo”, Rubinzal Online; RC J 1363/20.

¹⁵¹⁹ C. Nac. Com., sala C, 12/09/2017, “Automóviles Surauto S.A. c./ Honda Motor de Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107447-AR.

reconociendo los beneficios locativos o comerciales que el actor dejó de percibir durante esos meses¹⁵²⁰.

En todos los casos, el parámetro temporal actúa como factor corrector del quantum, ajustando razonablemente la extensión del perjuicio al período concreto en que la oportunidad frustrada habría generado rendimientos, conforme al curso ordinario de los acontecimientos.

9.4. Deducción de gastos evitados y ajuste sobre la utilidad neta

La cuantificación de la pérdida de chance económica no puede basarse en cifras brutas o ingresos potenciales sin depurar. Lo que corresponde indemnizar es el verdadero beneficio neto real que el damnificado habría podido obtener de haberse concretado la oportunidad frustrada. Por ello, el parámetro económico relevante no es la facturación global ni el monto total de ingresos proyectados, sino la utilidad neta efectivamente generable, previa deducción de los costos y gastos inherentes al desarrollo normal de la actividad comprometida.

Este criterio responde a la necesidad de reflejar con precisión el perjuicio real y efectivo sufrido, evitando, al mismo tiempo, tanto la sobrecompensación como cualquier forma de enriquecimiento indebido. Toda actividad comercial o productiva conlleva, naturalmente los gastos de funcionamiento (costos de producción, salarios, cargas impositivas, gastos administrativos, comerciales, logísticos y financieros) que el demandante habría tenido que afrontar si hubiera llevado a cabo la explotación frustrada y que, por tanto, no forman parte del beneficio económico perdido.

Así lo ha expresado la jurisprudencia: “para determinar la ganancia indemnizable, ha de estarse a las utilidades netas, pues constituyen la real y verdadera ganancia del empresario”¹⁵²¹. Este principio se ha aplicado de manera constante tanto en casos de explotación de concesiones comerciales como en casos de privación del uso de inmuebles,

¹⁵²⁰ C. Nac. Civ., sala H, 17/10/2016, “Zonenfeld Norberto José y Otro c./ Construcciones Potosí 4013 S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-102332-AR.

¹⁵²¹ C. Nac. Com., sala B, 23/10/2019, “HBO Ole Distribution LLC y otro”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-122160-AR.

reducción de cuotas asignadas de producción o interrupción de actividades de naturaleza productiva.

La depuración de estos gastos responde no solo a una exigencia de rigor contable, sino también al propio carácter probabilístico de la chance: lo que se resarce no es el ingreso total frustrado, sino el beneficio neto que razonablemente hubiera podido obtenerse, teniendo en cuenta la estructura económica específica de la actividad comprometida y las variables operativas propias del giro.

Cuando los antecedentes contables o comerciales no permiten establecer con plena precisión el monto exacto de la utilidad neta perdida, el juez conserva un margen prudencial para efectuar una estimación razonada, basada en los antecedentes de explotación del demandante, parámetros usuales del mercado, márgenes ordinarios de rentabilidad y demás elementos objetivos que surjan de la prueba presentada en el proceso.

9.5. La prueba: exigencias y márgenes de prudencia

La cuantificación de la pérdida de oportunidad económica exige un delicado equilibrio probatorio. No basta aquí con meras conjeturas, afirmaciones genéricas o hipótesis abstractas; corresponde al actor acreditar, mediante elementos concretos y verificables, el valor patrimonial de la oportunidad frustrada. En esta etapa, no se discute ya la existencia de la chance, sino su dimensión económica indemnizable.

En este sentido, la jurisprudencia ha destacado que es responsabilidad del demandante proporcionar información precisa sobre el perjuicio sufrido, utilizando pruebas objetivas que permitan reconstruir de manera razonable el beneficio económico potencial. Por tanto, no resultan suficientes referencias vagas ni simples especulaciones acerca de hipotéticas ganancias dejadas de percibir.

Esta prueba puede estructurarse mediante informes contables, peritajes económicos, antecedentes comerciales, documentación contractual, estudios sectoriales, dictámenes técnicos o testimonios relacionados con la actividad afectada. El propósito de estos elementos es proporcionar al juez un marco de referencia técnico que le permita

proyectar el beneficio patrimonial perdido dentro de parámetros de verosimilitud económica y razonabilidad fáctica.

Con todo, la pericia no desplaza la función integradora y prudencial del órgano judicial. Así se ha sostenido que “para la cuantificación del rubro ‘pérdida de chance’ no es lícito remitirse a las pericias practicadas en autos aunque bien que pueden servir como elementos coadyuvantes, pues, por razones obvias, no consideraron el alea que caracteriza la pérdida de chance”¹⁵²². En definitiva, corresponde al juez ponderar los elementos técnicos aportados e integrarlos en el marco prudencial que la naturaleza probabilística del daño impone.

Esta exigencia probatoria no puede llevarse al extremo de exigir certeza absoluta. Como ha señalado Piedecosas, la pérdida de chance no debe analizarse bajo un prisma restrictivo, sino, como en cualquier otro rubro, atendiendo a la verosimilitud y razonabilidad de lo reclamado conforme a la prueba presentada¹⁵²³.

Por ello, una vez acreditada la existencia de la chance, la carga de la prueba recae en el demandante, que debe aportar los elementos necesarios para cuantificarla. Si este esfuerzo resulta parcial o incompleto, tal circunstancia no afecta la certidumbre del daño, sino únicamente la precisión del quantum, el cual podrá ser fijado por el juez a través de una estimación prudente¹⁵²⁴. A mayor prueba, mayor certeza; a menor prueba, mayor amplitud para el ejercicio del arbitrio judicial, pero nunca negación del resarcimiento.

Naturalmente, si el demandante no logra acreditar los elementos fácticos mínimos que permitan establecer la existencia concreta de la oportunidad frustrada o su nexo causal con el incumplimiento, la pretensión resarcitoria puede ser desestimada. Así ocurrió, por ejemplo, en un caso en que no se acreditó ni la fecha probable de finalización de la obra ni la relación directa entre la falta de entrega de materiales y la demora en la construcción, motivos por los cuales el reclamo por pérdida de chance fue rechazado¹⁵²⁵.

Esta flexibilidad probatoria no supone relativizar la gravedad del daño, sino reconocer la complejidad propia de su estructura probabilística. Como lo ha recordado la Corte Suprema de Mendoza, corresponde abandonar la rigidez conceptual de una

¹⁵²² C. Nac. Com., sala A, 28/03/2023, “Ojeda Laura Carmen c./ Banco de la Nación Argentina y otros”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-142830-AR.

¹⁵²³ Piedecosas (2008)

¹⁵²⁴ Marrama (2022), p. 3.

¹⁵²⁵ C. Nac. Com., sala A, 07/06/2022, “A., A. y otros c./ Cencosud S.A”, autos n.º 27498/2016.

“jurisprudencia de conceptos” para adoptar, en cambio, una “jurisprudencia de necesidades”, que, sin vulnerar los principios procesales, permita arribar a soluciones justas y razonables en función de la realidad económica comprometida¹⁵²⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha destacado que el esfuerzo del juzgador debe orientarse, sin violentar las reglas procesales, a alcanzar la solución que se presenta como la más probable conforme al curso ordinario de la vida en sociedad y los parámetros del derecho a la reparación plena consagrados a nivel supranacional. Por ello, aun ante la ausencia de prueba estricta sobre algunos aspectos cuantitativos, el prudente arbitrio judicial puede ejercerse para evitar denegaciones de reparación siempre que la existencia de la chance haya quedado suficientemente demostrada¹⁵²⁷.

En definitiva, la carga probatoria del demandante debe proporcionar al tribunal el marco fáctico necesario para que, aplicando criterios técnicos, objetivos y prudenciales, pueda cuantificar lo más razonablemente posible la chance frustrada.

10. Reflexiones de esta sección

Las consideraciones desarrolladas permiten extraer algunas reflexiones finales sobre la cuantificación del daño por pérdida de chance, que, sin pretender agotar el tema, ofrecen pautas orientadoras para comprender la magnitud de este desafío.

1. La cuantificación del daño por pérdida de chance interpela al derecho de daños en una de sus tareas más complejas: valorar aquello que no llegó a suceder, pero que, de no haber mediado el hecho dañoso, podría haber ocurrido razonablemente. La frustración de una probabilidad fundada, aunque el resultado no se haya concretado, es real y debe indemnizarse.
2. A diferencia de las categorías tradicionales de daño, respecto de las cuales basta con calcular lo efectivamente perdido, la chance obliga a realizar un ejercicio que no admite fórmulas automáticas. Supone reconstruir un escenario contrafáctico con los elementos que ofrece el caso. El juez no puede reemplazar lo incierto por

¹⁵²⁶ Butera (1936), p. 3. En el mismo sentido: SC de Mendoza, sala I, 02/09/1999, “Puebla, Ricardo A. c./ Banco de Previsión Social SA”, ED, 1999-185, p. 877.

¹⁵²⁷ C. Apel. Civ. Com. Rosario, sala II, 20/12/2017, “Tamborini María Carolina c./ Telecom Argentina S.A.”, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-112199-AR.

lo imaginario, pero tampoco puede paralizarse ante la dificultad. Su tarea es valorar, con prudencia y responsabilidad, lo que probablemente habría sucedido, sin convertir la reparación en una especulación aventurada, pero tampoco en una negación del derecho a ser indemnizado.

3. En las hipótesis patrimoniales, el punto de partida es siempre la identificación de la base económica de la expectativa frustrada: el ingreso laboral que la víctima habría podido generar, los ascensos que razonablemente habría alcanzado, la ayuda económica que un hijo habría podido brindar a sus padres, el negocio que pudo haberse concretado de no mediar la exclusión anticompetitiva. Pero esta base económica, aunque imprescindible, nunca actúa sola. Debe ser examinada junto con las circunstancias personales de la víctima: su edad, formación, trayectoria, entorno familiar, condiciones sociales y contexto económico. La cuantificación de la chance no se traduce en una ecuación, sino que en un juicio de razón.
4. A continuación, sobre esa base es necesario asignar un grado de probabilidad. La probabilidad razonable construida a partir de peritajes, antecedentes objetivos, datos estadísticos o experiencia, es la medida que permite transformar la incertidumbre en un derecho indemnizable.
5. Finalmente, la proyección temporal de la oportunidad frustrada y su actualización financiera completan el trabajo de cuantificación. El cálculo debe tomar en cuenta el tiempo durante el cual la víctima habría podido aprovechar esa oportunidad y convertir los valores futuros a su expresión actual, mediante tasas de descuento prudentes, ajustadas a la realidad económica del caso.
6. Pero la pérdida de chance no se agota en las hipótesis de naturaleza patrimonial. Existen supuestos en los que la expectativa frustrada no se expresa en dinero, aunque sí genera un daño jurídicamente relevante. Así ocurre por ejemplo, cuando se priva a la víctima de una chance de curación y sobrevida, o cuando la falta de reconocimiento filial menoscaba sus posibilidades existenciales, de identidad, de integración familiar o social. También aquí la labor judicial es la misma: ponderar, a la luz de los antecedentes clínicos o de las condiciones vitales concretas, cuál era la probabilidad razonable de obtener el beneficio que la conducta debida habría podido ofrecer.
7. En esta tarea, el derecho de daños se mueve dentro de coordenadas que le son conocidas: no todo daño puede ser medido con exactitud matemática, pero sí con razonabilidad jurídica. Algo semejante ocurre desde siempre en el campo del daño

moral, respecto del que, ante la imposibilidad de establecer equivalencias objetivas, se recurre al juicio prudente del magistrado, guiado por los principios de reparación integral y proporcionalidad.

8. La reparación de la chance frustrada exige, como en el daño moral, que el juez no abdique de su función. La ausencia de certeza no autoriza la denegación del resarcimiento, del mismo modo que el temor a sobre compensar no puede llevar a la indiferencia frente al perjuicio experimentado. La justicia repara, aun cuando la vida le presente realidades complejas.
9. En todas estas situaciones, el rol judicial es insustituible. No existe ningún algoritmo ni cálculo matemático que pueda reemplazar la prudencia del juez. Su tarea consiste en integrar los elementos técnicos con la realidad humana de cada caso y evitar, a la vez, que el temor a equivocarse conduzca a una denegación de justicia o a indemnizaciones excesivas que desnaturalicen la reparación.
10. La dificultad en la cuantificación no puede convertirse en excusa para negar su reparación. El derecho de daños, fiel a su función reparadora, debe asumir la complejidad de la vida humana dañada y traducir la pérdida de una oportunidad en una compensación justa. Porque, aunque aleatoria, la oportunidad frustrada no deja de ser un daño cierto.

Conclusiones finales

La investigación que hoy concluyo no se ha limitado a ser un ejercicio de erudición, sino que ha supuesto un desafío práctico cuyo objetivo es interpelar a los jueces, a la doctrina y, en general, a todos los operadores jurídicos ante las lagunas que todavía persisten en torno a la pérdida de la oportunidad.

El propósito central se ha desplegado en dos planos complementarios. En primer lugar, he intentado esclarecer si la pérdida de oportunidad debe concebirse como un daño autónomo o si, por el contrario, debe tratarse como un problema de causalidad. Esta distinción es crucial, ya que de ella dependen la coherencia del sistema de responsabilidad civil y la posibilidad de ofrecer a las víctimas una protección efectiva. Reconocer la pérdida de oportunidad como daño significa admitir que lo lesionado no es el resultado final, sino la probabilidad fundada de alcanzarlo. Reducirla al ámbito de la causalidad, en cambio, conduce a soluciones restrictivas que desdibujan su verdadero alcance y debilitan la función protectora del derecho de daños.

En segundo lugar, me propuse identificar los criterios que permiten precisar la indemnización y la cuantificación de la pérdida de oportunidad. Considero que este aspecto es decisivo para que la figura no se reduzca a un planteamiento teórico ni se transforme en un recurso abierto a abusos. La determinación de pautas probatorias y de parámetros cuantificatorios no solo refuerza la seguridad jurídica, sino que brinda a los jueces herramientas claras, coherentes y fundadas para resolver casos concretos con una motivación reforzada.

A la luz de estos objetivos, la cuestión de fondo que ha guiado todo mi trabajo — la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad— encuentra, en mi opinión, una respuesta clara. El análisis doctrinal, jurisprudencial y comparado me permite afirmar, a pesar de las discusiones que aún suscita el tema, que se trata de un daño actual y autónomo cuya reparación es indispensable para garantizar la coherencia y la justicia del sistema de responsabilidad civil. A partir de esta premisa, presento a continuación las conclusiones finales.

1. La pérdida de la oportunidad responde a la necesidad de extender la tutela más allá de los resultados para abarcar también aquellas probabilidades fundadas cuya frustración constituye un perjuicio real. El derecho de daños, que durante siglos se aferró a la certeza absoluta como presupuesto de responsabilidad, ha tenido que reconocer que la vida está llena de escenarios de incertidumbre. No siempre el daño se traduce en un desenlace verificable; a veces, lo que se lesiona es la oportunidad real y seria de alcanzar un beneficio o de evitar un perjuicio.
2. La experiencia comparada confirma que la pérdida de la oportunidad no es una construcción aislada ni extravagante. Francia ha recorrido un camino progresivo hasta reconocerla como daño autónomo, diferenciando con nitidez entre probabilidad indemnizable y mera conjetura. En cambio, el common law ha adoptado un criterio más restrictivo, especialmente en el ámbito médico, al exigir un umbral del cincuenta por ciento de probabilidad para poder ser indemnizado, confundiendo certeza con justicia y dejando sin protección trayectorias valiosas, pero inciertas. En América Latina, Argentina dio un paso decisivo al incluir el artículo 1738 en su Código Civil y Comercial, consolidando así un desarrollo jurisprudencial iniciado en el siglo XX. Chile, por su parte, ha avanzado principalmente en la jurisprudencia médica, con progresos relevantes aunque todavía limitados por un apego excesivo a la causalidad tradicional y por la falta de una regulación expresa. Este panorama evidencia que la pérdida de oportunidad no es una técnica marginal ni excepcional, sino una respuesta común allí donde los moldes clásicos del derecho de daños resultan insuficientes para reparar el perjuicio real.
3. El debate sobre la pérdida de la oportunidad ha oscilado entre dos grandes posiciones: quienes la conciben como un daño autónomo y quienes la reducen a un problema de causalidad. Incluso se ha intentado una postura intermedia de carácter ecléctico, pero carece de la claridad conceptual necesaria para ofrecer respuestas consistentes. En el derecho argentino, la tesis mayoritaria —reforzada hoy por el Código Civil y Comercial— reconoce expresamente la chance como un daño resarcible independiente. Este reconocimiento ha permitido reducir la incertidumbre práctica y consolidar su autonomía dogmática.

4. Lo que el derecho protege no es el resultado consumado, sino la probabilidad fundada de alcanzarlo. La víctima no reclama la seguridad de un desenlace inexistente, sino el valor de una oportunidad ilegítimamente interrumpida. La chance constituye un interés intermedio, ya que no se confunde con el lucro cesante, el daño emergente o el daño moral, pero merece tutela en la medida en que representa una probabilidad real de obtener un beneficio o de evitar una pérdida. Reconocer esta dimensión supone abandonar la lógica rígida del “todo o nada” que dominó el análisis causal durante décadas.
5. Sin embargo, aunque se admita que se abandona la lógica rígida del “todo o nada”, que exigía certeza absoluta para admitir responsabilidad, tampoco se cae en la lógica de la responsabilidad proporcional. No se trata de indemnizar una ganancia futura que con seguridad se habría obtenido ni de repartir el daño final en función de un grado de causalidad acreditado. Lo que se resarce es algo distinto: la desaparición ilegítima de una probabilidad fundada, cuya pérdida constituye en sí misma un perjuicio resarcible. De este modo, la reparación de la oportunidad es coherente con el principio de reparación integral, ya que garantiza que el sistema no pase por alto un daño simplemente porque no se haya traducido en “resultados finales”.
6. La posición que ubica la posibilidad en el ámbito de la causalidad, aunque plantea inquietudes atendibles, tiene consecuencias restrictivas, pues limita la reparación a indemnizaciones proporcionales o parciales. Calificarla como daño autónomo permite reconocer el valor de la probabilidad lesionada y evitar que la víctima quede desprotegida por la rigidez del esquema causal tradicional. La conclusión es clara: para cumplir su función, la pérdida de oportunidad debe tratarse como un daño autónomo y no como una simple técnica de flexibilización del nexo causal. Solo así se garantizan la coherencia conceptual y la justicia.
7. Una vez consensuado que la pérdida de la oportunidad es un daño, también se ha podido evidenciar que posee su propia autonomía. No se trata de una consecuencia resarcible que pueda asimilarse al daño emergente, al lucro cesante o al daño moral, sino que debe considerarse un daño en su sentido más puro, que puede proyectarse tanto en el ámbito patrimonial —como sucede en los casos de progreso profesional frustrado o de lucro impedido— como en el extrapatrimonial, cuando lo que se afecta es la salud, la dignidad o la vida

familiar. Limitar la pérdida de oportunidad a uno solo de estos ámbitos empobrece su comprensión y desnaturaliza su función reparadora.

8. La teoría de la comunicabilidad, que intenta trasladar automáticamente las reglas de los daños patrimoniales o extrapatrimoniales a la pérdida de oportunidad, resulta insuficiente. La pérdida de oportunidad requiere un tratamiento específico, acorde con su naturaleza como daño probabilístico. Su categoría no se reduce a la suma de elementos patrimoniales o extrapatrimoniales, sino que se presenta como un daño autónomo, con características específicas y reglas particulares para su acreditación y cuantificación. Este reconocimiento aporta coherencia dogmática, clarifica la labor de los jueces y evita que esta figura se confunda con otros supuestos de indemnización, garantizando así un tratamiento justo y sistemático. El principal desafío ha sido ordenar sus múltiples aplicaciones —médicas, profesionales, contractuales, deportivas o familiares— en un marco conceptual común que impida tanto la dispersión como la arbitrariedad.
9. En el ámbito de la pérdida de una oportunidad, el azar, lejos de excluir la responsabilidad, se convierte en un criterio que permite estructurarla y comprender el alcance del daño. Esta tipología distingue entre azar decisional, cuando la oportunidad perdida dependía de la decisión de un tercero —como en concursos, ascensos o evaluaciones—; azar contextual, cuando el resultado estaba condicionado por factores objetivos o externos, como enfermedades, accidentes o condiciones de mercado; y azar mixto, cuando concurren simultáneamente elementos de decisión humana y circunstancias externas.
10. Su aplicación en ámbitos tan diversos como el médico, contractual, laboral, deportivo o familiar demuestra la versatilidad y la relevancia social de esta figura, y confirma que la pérdida de una oportunidad no es un instituto marginal, sino transversal al derecho de daños. La tipología del azar funciona como un verdadero hilo conductor: disciplina la incertidumbre, evita el riesgo de indemnizar meras ilusiones y, al mismo tiempo, impide negar tutela a trayectorias que, antes del hecho ilícito, se encontraban abiertas y fundadas.
11. El plano probatorio también mereció especial atención. El derecho de daños no puede exigir a la víctima la prueba del resultado final. Lo que debe acreditarse es la existencia de una probabilidad real y seria que ha sido suprimida por la conducta antijurídica. Este estándar evita que prosperen

expectativas genéricas o infundadas y, al mismo tiempo, impide negar la reparación allí donde el perjuicio es evidente, aunque el desenlace fuera incierto. En este sentido, la jurisprudencia argentina y chilena en materia médica confirma que procede la indemnización por pérdida de oportunidad incluso en contextos de enfermedades graves, siempre que la víctima tuviera una probabilidad fundada de supervivencia o curación. De este modo, se conjugan exigencia de prueba y justicia.

12. Otro de los grandes desafíos, si no el más importante, ha sido determinar criterios objetivos para su cuantificación. La dificultad no estriba en probar que hubo una afectación, sino en darle un valor. Cuantificar la oportunidad no significa calcular el resultado hipotético frustrado ni repartir porcentajes de causalidad sobre el desenlace final. Lo que se valora es la probabilidad fundada perdida, entendida como un bien autónomo con entidad propia. Por ello, la indemnización debe reflejar la solidez de esa probabilidad: cuanto mayor sea la solidez de la oportunidad antes del suceso, mayor será su valor indemnizatorio.
13. La reparación de la oportunidad es, por definición, inferior al beneficio total que se habría obtenido si el resultado se hubiera materializado, ya que lo que se resarce no es el desenlace en sí, sino la expectativa legítima de alcanzarlo. Para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia, es indispensable separar dos momentos distintos: la prueba de la existencia del daño, que exige acreditar una probabilidad seria, y la valoración económica, que requiere un juicio prudencial. La metodología propuesta contempla parámetros concretos como la base de cálculo, el coeficiente de probabilidad, el horizonte temporal y la exigencia de motivación reforzada. De este modo, se evita tanto el riesgo de indemnizar conjeturas como el de denegar una indemnización por falta de certeza matemática. En todo caso, la indemnización por la pérdida de la oportunidad conserva una naturaleza estrictamente resarcitoria, sin componente punitivo ni relación con la magnitud de la culpa, en plena coherencia con el principio de reparación integral.

En pocas palabras, la pérdida de la oportunidad revela que lo probable también tiene un valor jurídico que merece ser protegido. Reconocerlo significa aceptar que el derecho de daños no puede limitarse a la certeza absoluta, ya que la vida se basa en gran

medida en expectativas razonables que también forman parte del patrimonio de las personas. Reparar la oportunidad perdida significa, en la medida de lo posible, restablecer la justicia allí donde un hecho ilícito interrumpió un camino abierto. De este modo, el sistema de responsabilidad civil se afirma no solo como un mecanismo de resarcimiento, sino también como una institución capaz de dar respuesta a los desafíos de una época en la que la incertidumbre forma parte inseparable de la condición humana.

Bibliografía

- Aedo Barrena, Cristian. 2009. «Los requisitos de la Lex Aquilia, con especial referencia al daño: lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero». *Ius et Praxis* 15 (1). <https://doi.org/10.4067/S0718-00122009000100010>.
- Aldax, Martín. 2012. «Aplicación de la regla “compensatio lucri cum damno” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura». *Lecciones y Ensayos (Universidad de Buenos Aires)*, n.º 90: 19-53. Tomo III. Argentina.
- Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes. 2012. *El Derecho a la identidad en la filiación*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. 1943. *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*. 1ª ed. I. Editorial Jurídica.
- Alferillo, Pascual Eduardo. 2016. «La cuantificación del daño a la integridad psicofísica-social de las personas y el derecho transitorio». <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2571-cuantificacion-del-dano-integridad-psicofisica-social-personas-y>.
- Alferillo, Pascual Eduardo. 2020. *Responsabilidad del abogado: como prevenir y resarcir daños por mala praxis*. 1.ª ed. Editorial Astrea.
- Alterini, Atilio Aníbal, y Roberto López Cabana. 2014. «Responsabilidad profesional: el experto frente al profano». *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*.
- Amaro, Rafael. 2022. «Proposition de nomenclature des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles». https://www.concurrences.com/IMG/pdf/r__amaro_nomenclature_des_pre_judices_cause_s_par_les_pratiques_anticoncurrentielles.pdf.
- Andorno, Luis. 1989. «La responsabilidad de los abogados». En *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Félix A. Trigo Represas y Rubén Stiglitz (dirs.), Tomo I. La Rocca.
- Arcos Vieira, María Luisa. 2016. *Responsabilidad civil por infecciones asociadas a la asistencia sanitaria*. Primera edición. Cuadernos de Aranzadi Civil, Número 55. Thomson Reuters Aranzadi.
- Arianna, Carlos, y Lea Levy. 1999. «Daños moral y patrimonial derivados de la falta de reconocimiento». En *Derecho de Daños*, Carlos Ghersi (dirs.). Abeledo-Perrot.
- Asua González, Clara I. 2008. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. 1. ed. Cuadernos de Aranzadi civil 31. Aranzadi.
- Ataz López, Joaquín, y Juan Roca Juan. 1985. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Montevorvo.
- Bacache, Mireille. 2013. «La réparation de la perte de chance : quelles limites ?» *Recueil Dalloz*.
- Banfi Del Río, Cristián. 2014. «Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile». *Revista chilena de derecho* 41 (1): 37-58. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372014000100003>.
- Barahona Venegas, Maximiliano. 2022. «Evolución en la jurisprudencia reciente sobre la falta de servicio en materia sanitaria (2004-2009 y 2010-2021)». *Revista de Estudios Ius Novum* XV (1): 22-94.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. 2010. «Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica». En *Responsabilidad Médica*. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Universidad Diego Portales. Colección de Derecho Privado. <https://fundacionfueyo.udp.cl/wp->

- content/uploads/2018/03/Cuadernos-de-análisis-jur%C3%ADdico-VI.-Responsabilidad-médica.pdf.
- Barría Díaz, Rodrigo. 2019. «La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010.» *Revista de derecho (Concepción)* 87 (245): 235-69. Impreso. <https://doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100235>.
- Barrientos Zamorano, Marcelo Heriberto. 2008. *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. 1a. ed. With Patricio Ignacio Carvajal Ramírez. Legal publishing Chile.
- Barros Bourie, Enrique. 2006. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1.ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Bayes, Thomas. 1763. «An essay towards solving a problem in the doctrine of chances. By the late Rev. Mr. Bayes, F. R. S. communicated by Mr. Price, in a letter to John Canton, A. M. F. R. S.». *Philosophical Transactions of the Royal Society of London* 53 (diciembre): 370-418. <https://doi.org/10.1098/rstl.1763.0053>.
- Bénabent, Alain. 2014. «La chance et le droit». Reproduction en fac-Similé. Anthologie du droit. LGDJ-Lextenso éd.
- Berger, Sabrina M. 2018. «Título V. Otras fuentes de las obligaciones». En *Código civil y comercial de la nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1.ª ed., Alberto J. Bueres (dir.), vol. 3F, editado por Sebastian Picasso y Marcelo Gebhardt. Hammurabi.
- Bermúdez, Jorge. 2012. «Valoración del daño estético por cicatrices». *Microiuris*, abril 3. Cita: MJ-DOC-5739-AR||MJD5739.
- Bibiana Barbado, Patricia. 2008. «La pérdida de la chance. Jurisprudencia Nacional.» *Revista de Derecho de Daños de Rubinzel-Culzoni*.
- Bielsa Ros, Jose María. 2013. «La pérdida de chance como daño resarcible». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley* Año XV (3): 67-78.
- Biscaro, Beatriz. 1999. «Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo». En *Derecho de daños: economía, mercado, derechos personalísimos*, Carlos Alberto Ghersi (dir.). Abeledo-Perrot. Escaner de mi telefono.
- Biscaro, Beatriz. 2009. *El Derecho a la identidad, el nombre y la familia*. 1. ed. Editado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera. Rubinzel-Culzoni.
- Blümel Araya, Florencia. 2022. *La pérdida de una chance en la responsabilidad médica*. 1.ª ed. Rubicón editores.
- Bocchiola, Maurizio. 1976. «Perdita di una "chance" e certezza del danno». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- Boré, Jacques. 1974. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable». *Journal des Conventions et Procédures (JCP)* I (13): 301.
- Brebbia, Roberto. 1987. *Responsabilidad precontractual*. 1a ed. La Rocca.
- Brun, Ph. 1993. «Le présomptions dans le droit de la responsabilité civile». Thesis.
- Bueres, Alberto J. 2001. «Comentarios críticos de jurisprudencia. Obligaciones. 1) Responsabilidad médica. Obligaciones de medios. Valoración de la culpa. Pérdida de chance». *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzel-Culzoni editores*, n.º 2001-2: 435-36. Físico (Tomo II. Argentina).
- Bueres, Alberto J. 2006. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3ra ed. Editorial Hammurabi.
- Burgos, Osvaldo. 2012. *Daños al proyecto de vida*. Astrea. Tomo III. Argentina.

- Bustamante Alsina, Jorge. 1989. «La indemnización por pérdida de chance y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual». *Revista Jurídica Argentina La Ley* t. 1989-D: 288-310.
- Bustamante Alsina, Jorge. 1993. «La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso». *Revista Jurídica Argentina La Ley*, n.º t. 1993-D: 207-10.
- Bustamante Alsina, Jorge. 1997. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9a. ed., ampl.act. Abeledo-Perrot.
- Butera, Antonio. 1936. *La rivocazione delle sentenze civil*. Torino.
- Cadiet, Löic. 1997. *Les métamorphoses du préjudice*. En *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées René Savatier, PUF. 6: 37.
- Calahorrano Latorre, Edison. 2023. *El deber de informar al médico en la relación clínica en Chile*. Primera edición. Monografías. Thomson Reuters.
- Calamandrei, Piero. 1966. «Limiti di responsabilità del legale negligente». En *Opere Giuridiche*, Piero Calamandrei (dir.), vol. 2. Morano editore.
- Calderón, Maximiliano Rafael. 2011. «El factor de atribución, la relación causal y la indemnización de chances perdidas en la responsabilidad civil de los abogados». *Revista Foro de Córdoba, Publicación Bimestral de Doctrina y Jurisprudencia*. año XXI (147): 153-74.
- Calvo Costa, Carlos. 2011. «La pérdida de la chance en la responsabilidad civil médica: dos sentencias ejemplares». *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación* XIII (3): 90-110.
- Calvo Costa, Carlos. 2016. «El derecho constitucional a la reparación plena. Su recepción en el Código Civil y Comercial». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley*, junio.
- Calvo Costa, Carlos. 2022. *Código Civil y Comercial, comentado y anotado*. 1a ed. Edited by Pablo Heredia y Carlos Calvo Costa. VII. La Ley.
- Caprile Biermann, Bruno. 2011. «El lucro cesante por muerte o incapacidad del trabajador en la jurisprudencia: Aspectos relevantes. Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Tendencias actuales.» *Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes*. <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-Nº-20.pdf>.
- Cárdenas Villarreal, Hugo. 2023. «La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso». *Revista de derecho (Valdivia)* 36 (1): 69-90. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100069>.
- Cárdenas Villarreal, Hugo, y José Antonio Sánchez Rubín. 2018. «Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación». *Acta bioethica* 24 (2): 237-44. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2018000200237>.
- Cárdenas Villarroel, Hugo A. 2024. «La doctrina de la pérdida de la chance: (ab)usos alternativos». En *Estudios de Derecho Civil XVII. XIX Jornadas de Derecho Civil. Villarrica 2023*, 1a ed. Thomson Reuters. online.
- Carranza Latrubesse, Gustavo. 2006. «Sobre la unidad de la responsabilidad civil. La chance en materia comercial». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley* Año VIII (3): 55-62.
- Caseaux, Pedro Nestor. 1981. «Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance». En *Temas de responsabilidad civil” en honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense S.R.L. Físico (Tomo II. Argentina).

- Caseaux, Pedro Nestor, y Félix A. Trigo Represas. 1974. *Derecho de las obligaciones*. 2.^a ed. Librería Editora Platense.
- Caseaux, Pedro Nestor, y Félix A. Trigo Represas. 1987. *Derecho de las obligaciones*. 3a ed. T. I.
- Céspedes Muñoz, Carlos, y David Vargas Aravena. 2008. «Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica: la situación en Chile y en España». *Revista chilena de derecho* 35 (3): 439-62. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300003>.
- Chabas, François. 1994. *La pérdida de una chance en el Derecho Francés*, J.A. 1.994-IV-928.
- Chabas, François. 2000. «Cent ans de responsabilité civile». *Gazette du Palais*, n.º 237 (agosto): 2-35.
- Chabas, François. 2014. «La pérdida de una chance en el derecho francés». *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación* 2014-IX (9): 255-264. Físico (Tomo I. Argentina).
- Chappuis, Christine, y Bénédicte Winiger. 2011. *La preuve en droit de la responsabilité civile*. Schulthess. <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:42561>.
- Chumbita, José. 2000. «La pérdida de Chance en el derecho de daños. Naturaleza moral de la institución». *Revista La Ley Gran Cuyo*. <https://es.scribd.com/document/697122066/23-11-06-11-13-PM>.
- Cisternas, Mauricio. 2019. «La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de licitaciones públicas adjudicadas ilegalmente». Centro de estudios e investigaciones. Libertad y desarrollo, enero 25. https://lyd.org/sen_autor/mauricio-cisternas-morales/.
- Cobas Cobiella, María Elena. 2021. «El daño». En *Derecho de daños*, 1.^a ed., I. Tirant Lo Blanch. Físico.
- Colombo, Leonardo. 1944. *Culpa aquiliana (cuasidelitos): a través de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional y extranjera y del proyecto de reformas al Código civil argentino*. 1.^a ed. La Ley.
- Colombo, Leonardo. 1962. «Indemnización correspondiente a la pérdida de obtener éxito en una causa judicial, Comentario a Fallo de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, autos “Padilla y Palacios con otros”». *La Ley*, mayo 15.
- Compagnucci de Caso, Rubén. 2024. «Responsabilidad del abogado. Caducidad de la instancia, pérdida de chance y daño moral contractual Comentario al fallo B., M. E. c. G. L. E., s/daños y perjuicios.» *El Derecho - Diario*, febrero 20. Cita Digital: ED-V-CCCII-447.
- Compagnucci De Caso, Rubén H. 2004. «El daño resarcible y la pérdida de chance». *Jurisprudencia Argentina AbeledoPerrot* 2004-I: 217-21. Tomo III. Argentina.
- Corral Talciani, Hernán. 2011. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Correa, Carlos. 2019. «La prueba de la causalidad en la responsabilidad contractual médica: hacia un sistema de presunciones». En *La prueba en los procedimientos (Universidad Católica)*, 1.^a ed. Thomson Reuters.
- Correa, José Luis. 2011. «Responsabilidad del Estado por la muerte de un interno. Indemnización por pérdida de chance y daño moral». *Revista Jurídica Argentina La Ley Gran Cuyo* 16 (9): 914-29.
- Court Murasso, Eduardo. 2009. *Curso de derecho de familia: matrimonio, regímenes matrimoniales, uniones de hecho*. 2. ed. Legal Publishing.

- Couturier, Jean-Pierre. 1991. «Complémentaire du patient suite à l'aggravation de son état de santé, en , t. 1991, section Jurisprudence». *Recueil Dalloz*.
- Crespo Mora, María Carmen. 2006. «La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: Perspectiva jurisprudencial». *Revista de Derecho*, n.º 25: 257-85. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102507.pdf>.
- Crespo Mora, María Carmen. 2009. «Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en Derecho español». *Revista Chilena de Derecho Privado* julio 2009 (12): 101-33.
- Daray, Hernán. 1995. *Daño Psicológico*. Astrea. Físico
- De Ángel Yagüez, Ricardo. 2001. «Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos». En *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, Martínez Calcerrada y De Lorenzo (dirs.), Tomo I. Colex.
- De Cupis, Adriano. 1975. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. 2A ed. italiana y Estudio preliminar Martínez Carrion, Angel. Editorial Bosch.
- De los Santos, Mabel. 2021. «Base jurisprudencial para la cuantificación del daño». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, n.º 2.
- De Rosa, Antonio. 2004. «Il Danno da Perdita di chance». http://dirittolavoro.altervista.org/danno_perdita_chance.html.
- Diez Schwerter, José Luis. 2006. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. 1.ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Díez-Picaso Giménez, Luis. 2007. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Sexta. I. Thomson Reuters. <https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/9788447041763.pdf>.
- Domínguez Águila, Ramón. 1990. «Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista». *Revista de Derecho Universidad de Concepción* año LVIII (188): 125-68.
- Domínguez Águila, Ramón. 2000. «Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil». *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, n.º 2: 327-45.
- Domínguez Águila, Ramón. 2007. «La compensación económica en la nueva legislación de matrimonio civil». *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, n.º 15 (enero): 83-92. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-15-P83.pdf>.
- Domínguez Águila, Ramón. 2019. «El principio en relación con el lucro cesante: tensiones». *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Thomson Reuters: 159-177.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. 1998. «Indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil Chileno y comparado». *Revista chilena de Derecho*, enero-marzo, 25, 1: 27-55.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. 2005. «Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil». *Compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil*, octubre 13, 28.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. 2013. «El principio de reparación integral del daño: sus contornos». En: Carmen Domínguez; Joel González; Marcelo Barrientos y Juan Luis Goldenberg (eds.) *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, pp. 561-572.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. 7 noviembre 2023. «Contornos de la pérdida de oportunidad» [Ponencia en VI Jornadas Judiciales de Derecho Civil “Últimas Tendencias”]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=jc-Wk9a6c3E>.

- Dorsner Dolivet, Annick. 1986. «Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicidie et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie». *Revue internationale de droit comparé*. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_4_2570.
- Dubuisson, y Durant. 2007. «Quelques traits saillant de la causalité dans le droit belge de la responsabilité civile». En *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*. RLCD.
- Durá, Florencia. 2021. «Indemnización por daño moral derivada de la falta de reconocimiento de un hijo». Actualidad jurídica. *Microiuris*, agosto 10. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/02/04/indemnizacion-por-dano-moral-derivada-de-la-falta-de-reconocimiento-de-un-hijo/>.
- Espinoza Espinoza, Juan. 2007. «El daño por pérdida de una chance». En *Responsabilidad Civil*, Aida Kemelmajer de Carlucci (dir.). Rubinzal Culzoni Editores.
- Eugenio Llamas Pombo. 2020. *Las formas de prevenir y reparar el daño*. La Ley. Wolters Kluwer España.
- Fabre-Magnan, Muriel. 2019. *L'institution de la liberté*. Tercera edición. Presses Universitaires de France/Humensis.
- Famá, María Victoria, y Sebastian Fortuna. 2014. «Actualidad en Derecho de Familia 3/2014». *Jurisprudencia Argentina AbeledoPerrot* 2014-III: 814-78.
- Fantuzzi M, Jorge, y Antonia Sanders. 2022. «Pérdida de chance y libre competencia». Investigaciones CeCo. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/11/Fantuzzi-Sanders-Perdida-de-chance-y-libre-competencia.pdf>.
- Farg, Suzanne, y Verity Dazinger. 2012. «Loss of Chance». *Personal Injury Law Journal*, 6-10.
- Femenía López, Pedro J. 2010. *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*. Tirant lo Blanch.
- Fernández Madero, Jaime. 2002. *Derecho de Daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. 1.^a ed. La Ley.
- Fernández Sessarego, Carlos. 1992. *Derecho a la identidad personal*. 1 vol. Astrea.
- Fernández Sessarego, Carlos. 1999. «El daño al proyecto de vida». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Ferrer Beltrán, Jordi. 2018. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Fisher, Ronald. 1922. «On the Mathematical Foundations of Theoretical Statistics». *Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series A, Containing Papers of a Mathematical or Physical Character* 222 (594-604): 309-68. <https://doi.org/10.1098/rsta.1922.0009>.
- Galán Cortés, Julio César. 2007. *Responsabilidad civil médica*. 2.^a ed. Editorial Aranzadi.
- Galdós, Jorge Mario. 2015. «Otras fuentes de las obligaciones». En *Código civil y comercial de la nación comentado*, 1.^a ed., Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), Tomo VIII. Rubinzal Culzoni.
- Galdós, Jorge Mario. 2021. *La responsabilidad civil. Análisis exegetico, doctrinal y jurisprudencial*. 1 ed. revisada. II. Rubinzal Culzoni Editores.
- Gamarra, Jorge. 1999. *Responsabilidad civil médica*. 1.^a ed. Vol. 1. Fundación de cultura universitaria. Tomo I. España y doctrina extranjera.
- Gamarra, Jorge. 2001. *Responsabilidad civil médica*. 1.^a ed. Vol. 2. Fundación de cultura universitaria. Tomo I. España y doctrina extranjera.

- Garay, Oscar Ernesto. 2009. *Tratado de la responsabilidad civil en las especialidades médicas*. 1.^a ed. Tomo II. Errepar.
- Garcés-Garro Ranz, Montserrat. 2010. «La pérdida de oportunidad en el derecho sanitario». *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, abril 10, 33-72. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2010.12825>.
- Gasparotti, Viviana Inés. 2008. «Provincia de Tucumán. Reseña de fallos de los últimos diez años de los tribunales de segunda instancia y de la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni Chances* (1): 453-502.
- Gesualdi, Dora Mariana. 2017. «Pérdida de la chance y el Código Civil y Comercial de la Nación». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, Cuantificación del daño - III, n.º 2017-3: 199-206.
- Gherzi, Carlos. 2014. «El derecho de chance. Aproximaciones». *Revista Crítica de Derecho Privado, La Ley. Uruguay*, 991-96.
- Giles, Marco Ernesto. 2012. «Acerca del resarcimiento por pérdida de chance de ayuda económica futura por la muerte de un hijo». *La Ley Buenos Aires*, 400. Cita: TR LALEY AR/DOC/2221/2012.
- Gómez de la Torre, Maricruz. 2013. «La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil». En *Compensación económica doctrinas esenciales*, 1a edición, Cristián Lepin Molina y Karen Muñoz Villagra (dirs.). LegalPublishing, Thomson Reuters.
- Gómez Giraldo, Luis Felipe. 2021. «El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana». *Revista de Derecho Privado*, n.º 41 (junio): 41. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>.
- Gosseries, Axel. 2002. «Faut-il couper les ailes à l'arrêt "Perruche" ?» *Droit Administratif. Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 48 (1): 93-110. <https://doi.org/10.3917/riej.048.0093>.
- Gregorini Clusellas, Eduardo L. 2002. «Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de chance». *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación* año IV (1): 46-57.
- Guerrero Becar, Jose Luis. 2006. «La compensación económica en la ley de matrimonio civil análisis jurisprudencial Y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVII: 55-94.
- Guettier, Christophe. 2007. «Perte de chance de survie ou de guérison». *Revue juridique de l'Ouest* 2007-4 (4): 311-29. <https://doi.org/10.3406/juro.2007.2935>.
- Guibourg, Ricardo. 2021. «Reflexiones sobre la cuantificación del daño». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, n.º 1: 13-32.
- Hacking, Ian. 2005. *El surgimiento de la probabilidad: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*. 1a ed. With José Alfonso Álvarez Anguiano. Editorial Gedisa.
- Heers, Mireille. 2000. «L'indemnisation de la perte d'une chance». *Gazette du Palais*, marzo 23.
- Herrera, Marisa. 2015. «Comentario al art. 587». En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, 1a ed., Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), III. Rubinzal Culzoni Editores.
- Herrera, Marisa, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso. 2015. «Libro Tercero. Derechos Personales - Título IV. Contratos en particular». En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed., vol. 4. Infojus.

- Herrera, Marisa, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso, eds. 2022. «Libro Tercero. Derechos Personales - Título V. Otras fuentes de las obligaciones». En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2a ed. Ediciones SAIJ. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
- Herrera Moreno, Jorge Iván. 2008. «Responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de información del médico». *Revista Derecho y Vida*, n.º 77. https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_77_78.pdf.
- Hersalis, Marcelo Julio. 2010. «La pérdida de chance y el ejercicio abogadil». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley* Año XII (9): 104-9.
- Hersalis, Marcelo Julio. 2012. «El ámbito deportivo y las chances». *Revista de Doctrina Judicial* Año XXVIII (7): 14-23.
- Hersalis, Marcelo Julio. 2020a. «La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación». *La Ley*, octubre 15.
- Hersalis, Marcelo Julio. 2020b. «Los nuevos desafíos del instituto de la pérdida de la chance». *Revista Código Civil y Comercial, Thomson Reuters*. Año VI (3): 17-22.
- Hersalis, Marcelo Julio, Eduardo Magri, y Gabriel Talco. 2005. «La pérdida de la “chance” y sus notas tipificantes». *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Escaner de mi telefono.
- Hess, Esteban, y José M. Zárate. 2018. «La mala praxis, la caducidad de instancia y la pérdida de chance». *Jurisprudencia Argentina AbeledoPerrot*, n.º IV: 6-13.
- Inostroza Adasme, Sonia. 2020. «Análisis de la sentencia CS rol 12169-2017 a la luz de la pérdida de la chance». *Revista de Derecho Privado*. <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.17>.
- Iribarne, Hector Pedro. 1993. *De los daños a la persona*. Ediar. Sociedad Anónima, Comercial, Industrial y Financiera.
- Jagou, Vanesa. 2023. *Pérdida de chance : contornos actuales y cuantificación*. 1a ed. La Ley.
- Jalil, Julián Emil. 2017. «Reparación del daño extrapatrimonial o patrimonial causado al hijo ante la falta de reconocimiento del progenitor en el Código Civil y Comercial». *RCyS*. Cita: TR LALEY AR/DOC/566/2017.
- Jalil, Julián Emil. 2017a. *Cuantificación del daño: valor vida: incapacidad psicofísica: derechos personalísimos: análisis doctrinario y jurisprudencial: cuadro de cuantificación: Región Patagónica*. 1ª. La Ley.
- Jalil, Julián Emil. septiembre 2020b. «La pérdida de la chance en el Código Civil y Comercial». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley* Año XXII (9): 23-28.
- Jalil, Julián Emil. 2017b. «Reparación del daño extrapatrimonial o patrimonial causado al hijo ante la falta de reconocimiento del progenitor en el Código Civil y Comercial». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley*.
- Jalil, Julián Emil. 2022. «El daño derivado de la incapacidad física, psíquica y social. Aspectos extrínsecos e intrínsecos». *El Derecho*, marzo 7. Cita Digital: ED-II-DCLXI-153.
- Jourdain, Patrice. 2011. «La perte d’une chance, une curiosité française». En *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux - Mélanges en l’honneur de Pierre Wessner*, Olivier Guillod y Christoph Müller (dirs.). SwissLex.
- Kadner Graziano, Thomas. 2007. «La “perte d’une chance” en droit privé européen: “tout ou rien” ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine». En *Les causes du dommage*. Helbing & Lichtenhahn. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44693>.

- Kemelmajer de Carlucci, Aida. 1993. «Daños causados por abogados y procuradores». *Jurisprudencia Argentina. Edición de AbeledoPerrot S.A*, n.º 1993-III: 704-28.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. 2000. «Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. Su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés». En *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Félix A. Trigo Represas y Rubén Stiglitz (dirs.), vol. 1. La Rocca.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. 2003. «Relación de la chance de curación y relación de causalidad adecuada». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, Relación de causalidad en la responsabilidad civil, Relación de causalidad en la responsabilidad civil (2): 221-62.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. 2013. «Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Jurisprudencia Argentina. Edición de AbeledoPerrot S.A*, n.º I: 1213-41.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, y Eleonora Lamm 2011. «El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave, en la jurisprudencia española (wrongful birth; wrongful life)». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni* Daño a la salud (3).
- Keynes, John. 1957. *A treatise on probability*. 1.^a ed. Macmillan and Co.
- Le Tourneau, Philippe. 2006. *Droit de la responsabilité et des contrats: responsabilités administrative et pénale, responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle, formation et exécution du contrat, défaillances contractuelles et professionnelles, contrats civils et commerciaux, construction, garantie de la conformité du bien au contrat, régimes spéciaux d'indemnisation, accidents de la circulation, produits défectueux, réparation, actions récursoires, garanties de l'assurance, assurances construction et automobile*. 6e éd. Dalloz action. Dalloz.
- Le Tourneau, Philippe, y N Jacob. 1976. *La responsabilité civile*. 2^a ed. Dalloz.
- Lentz, Jeanne. 2017. «Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage». Thesis. <http://hdl.handle.net/2268.2/4986>.
- Lepin Molina, Cristián, y Fabiola Lathrop Gómez. 2022. *Derecho de Familias*. 1a ed. Tirant Lo Blanch.
- Lepin Molina, Cristián Luis. 2010. *La compensación económica: efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Llamas Pombo, Eugenio. 2020. *Las formas de prevenir y de reparar el daño*. Julio 2020. La Ley.
- Llambías, Joaquín. 1967. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 10.^a ed. I. La Ley. Buscar en biblioteca Aida.
- Llulle Navarrete, Philipe. 2020. *Tratado del divorcio, de la compensación económica y de las indemnizaciones entre cónyuges y convivientes civiles: excursio: de la excusa absolutoria*. 2^a edición, Mejorada, Aumentada y Actualizada. Editorial El Jurista.
- López Díaz, Carlos. 2006. *Compensación económica en la nulidad y el divorcio: doctrina y jurisprudencia*. 1. ed. Librotecnia.
- López Herrera, Eduardo. 2014. «Daño resarcible». En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1a ed., Mariano Esper (dir.), vol. 4, editado por Julio César Rivera y Graciela Medina. La Ley.
- Lopez Mesa, Marcelo J. 2008. «Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*. Cita: RC D 3194/2012.
- López Mesa, Marcelo J. 2013. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. 1.^a ed. Astrea.

- López Miró, Horacio G. 2006. «Diferencia conceptual entre “daño total” y “pérdida de chance”». *Doctrina Judicial, La Ley* t.2006-1: 740-51. Tomo III. Argentina.
- López Rivera, Gissella A. 2001. *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*. Ed. Jurídica ConoSur.
- Lovece, Graciela. 2008. «Pérdida de chance confrontada con relación de causalidad adecuada». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Lucero, Lourdes, y José María Sabat Martínez. 2020. «Régimen aplicable a las criptomonedas a tenor del derecho privado». *El Derecho*, octubre 28. cita digital: ED-DCXLVII-19.
- Luna Yerga, Alvaro. 2004. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. 1.^a ed. Thomson Civitas.
- Luna Yerga, Alvaro. 2005. «Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria». *InDret*. digital. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/79578>.
- Lutte, Isabelle. 2019. «Quelques considérations à propos de la perte d’une chance et de la causalité». *Forum de l’assurance*, n.º 191: 23-27. <https://www.thelius.be/wp-content/uploads/i.-lutte-quelques-considerations.pdf>.
- Makdisi, John. 1989. *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*. 67 (5): 1063-101.
- Márquez, José Fernando. 1986. «Indemnización de la pérdida de la chance u oportunidad (En la doctrina y jurisprudencia nacionales)». *Revista La Ley Córdoba*, n.º 2: 540-51.
- Márquez, José Fernando. 2010. «Reparación por pérdida de chances. Problemas de valoración y cuantificación». *Revista Crítica de Derecho Privado, La Ley Uruguay*, n.º 7: 734-57.
- Márquez, José Fernando. 2015. «Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley Año XVII* (1): 5-12.
- Márquez, José Fernando. 2021. «Cuantificación de las chances». *Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del daño - I*, n.º 2021-1: 363-89.
- Marrama, Silvia Estela. 2022. «Prudente sentencia judicial respecto de la pérdida de chance de utilización de células progenitoras hematopoyéticas por incumplimiento de contrato de consumo intuitu personae». *El Derecho*, n.º 298 (septiembre). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15110?mode=full>.
- Martín Casals, Miquel, y Josep Solé Feliu. 2002. «Comentario a la STS 7 de junio de 2002». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*.
- Martín-Casals, Miquel, y Diego M. Papayannis, eds. 2015. «Proportional Liability in Spain. A Bridge Too Far?» En *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge University Press.
- Martínez, D^a Arantzazu Vicandi. 2013. «El concepto de wrongful birth y su inherente problemática.» *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 3: 40-59. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4764224>.
- Martínez Ravé, Gilberto, y Catalina Martínez Tamayo. 2003. *Responsabilidad civil extracontractual*. 11a. ed. revisada y Puesta al día. Temis.
- Martínez, Simón. 2010. «Algunos casos de daños derivados del Derecho de Familia». *Gaceta Judicial, Paraguay*, n.º 4: 29-50. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-Sim%C3%B3n-Da%C3%B1os-Derivados.pdf>.
- Martínez Simón, Alberto J. 2019. *Responsabilidad civil por pérdida de chance*. 3.^a ed. Intercontinental, Editora.

- Massimo, Franzoni. 1993. «Dei fatti illeciti». En *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, libro IV: Delle obbligazioni, preprint 2043-2059. Zanichelli-Foro italiano.
- Mayo, Jorge A. 1989. «La pérdida de la “chance” como daño resarcible. (Nota a fallo)». *Revista Jurídica Argentina, La Ley*.
- Mayo, Jorge A. 2008. «La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Maza Gazmuri, Íñigo de la. 2010. «Consentimiento informado, una visión panorámica». *Revista Ius et Praxis*.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud, y André Tunc. 1962. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. I. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Medina Alcoz, Luis. 2007. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. 1.^a ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- Medina Alcoz, Luis. 2009. «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades». *Revista de Responsabilidad y Seguro*, n.º 30: 31-74.
- Medina Alcoz, Luis. 2018a. «La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de daños». *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, septiembre 10, 5-48. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2018.10045>.
- Medina Alcoz, Luis. 2018b. *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. 1.^a ed. Civitas Aranzadi. Físico.
- Medina Crespo, Mariano. 2001. «El resarcimiento del perjuicio estético. Consideraciones doctrinales y legales, a la luz del sistema de la Ley 30/1995.» Conference paper presented en II Congreso nacional de responsabilidad civil y seguro, Córdoba, Argentina. *Actas del I Congreso Internacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, mayo 3. <http://civil.udg.es/cordoba/pon/medina.htm>.
- Medina, Graciela. 2008. *Daños en el Derecho de Familia*. 2.^a ed. Rubinzal Culzoni Editores.
- Medina, Graciela. 2013. «Compensación económica en el Proyecto de Código». *La Ley*. Cita: TR LALEY AR/DOC/4860/2012.
- Mejías, Claudia. 2019. «La pérdida de una chance. Una revisión a partir de los requisitos del daño indemnizable». En *Estudios de derecho civil XIX*. Thomson Reuters.
- Mémeteau, Gérard. 1986. «Perte De Chance En Droit Médical Français». *McGill Law Journal* 32: 125-51. <https://lawjournal.mcgill.ca/article/perte-de-chance-en-droit-mdical-franais/>.
- Meneghini, Roberto A. 2019a. «Pérdida de chance y concausalidad. Forma de abordar su mixtura». Actualidad jurídica. *Microiuris*, abril 23. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/05/30/perdida-de-chance-y-concausalidad-forma-de-abordar-su-mixtura/>.
- Meneghini, Roberto A. 2019b. «Responsabilidad civil médica. Incidencia causal de la patología preexistente del paciente.» Actualidad jurídica. *Microiuris*, abril 23. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/21/responsabilidad-civil-medica-incidencia-causal-de-la-patologia-preexistente-del-paciente-meneghini-roberto-a/>.
- Méral, Hugo. 2024. *La perte de chance en droit privé*. Éditions Panthéon-Assas.
- Minet, Alice. 2014. «La perte de chance en droit administratif». Bibliothèque de droit public, tome 282. LGDJ-Lextenso éd.

- Minet-Leleu, Alice. 2013. «La perte de chance en droit administratif». En *theses.fr*. Thesis, Paris 2. <https://theses.fr/2013PA020004>.
- Mizrahi, Mauricio Luis. 2018. *Divorcio, alimentos y compensación económica*. Astrea virtual. Astrea.
- Moeremans, Daniel E. 2010. «La pérdida de la chance en la jurisprudencia de la CSJT». *La Ley Noroeste* 14 (11): 1021-31.
- Molina de Juan, Mariel. 2012. «Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género». *Revista de Derecho de Familia y de las personas, La Ley*. Cita online: AP/DOC/4234/2012.
- Molina de Juan, Mariel. 2013. «Las compensaciones económicas en el divorcio». *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. AbeledoPerrot*, mayo.
- Molina de Juan, Mariel. 2015. « Las compensaciones económicas son ajenas a la responsabilidad civil, Ponencia presentada en , págs. 8 y 9. [Fecha de Consulta: 25 de mayo de 2018]. Disponible en»: Conference paper presented en XXV Jornadas nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Argentina. *XXV Jornadas nacionales de Derecho Civil 01, 02, y 03 de octubre de 2015, Bahía Blanca, Argentina, Universidad Nacional del Sur, Comisión N° 3 sobre Daños derivados en las relaciones de familia*, octubre 1. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Molina-de-Juan_LAS-COMPENSACIONES.pdf.
- Molina de Juan, Mariel. 2018. *Compensación económica: teoría y práctica*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Molina de Juan, Mariel. 2022. «Relaciones familiares y daños en el derecho argentino». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16 bis: 1314-41.
- Monateri, Pier Giuseppe, Davide Gianti, y Mauro Balestrieri. 2016. *Causazione e giustificazione del danno*. Giappichelli.
- Mondaca Miranda, Alexis, Cristián Aedo Barrena, y Luis Coleman Vega. 2015. «Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception: Su posible aplicación en el Derecho chileno». *Ius et Praxis* 21 (1): 19-56. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122015000100002>.
- Mosset Iturraspe, Jorge. 1980. «Frustración de una chance por error en el diagnóstico». En *Estudios sobre responsabilidad por daños: fallos anotados y doctrina*, IV. Rubinzal Culzoni Editores.
- Mosset Iturraspe, Jorge. 2009. «Las chances. Responsabilidad de los abogados. Su prueba». En *La prueba en el Derecho de Daños*, 1ª, Carlos Ghersi (dir.). Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Mosset Iturraspe, Jorge, y Miguel Piedecabras. 2014. *Accidentes de tránsito*. 2a ed. Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, Jorge, y Miguel Piedecabras. 2016. *Responsabilidad por daños*. Vol. 2. Rubinzal Culzoni Editores.
- Müller, Christoph. 2003. «La perte d'une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale». *Revue Internationale de Droit Comparé* 55 (2): 482-84. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_2_5610.
- Muller, Enrique. 2008. «La frustración de la chance de ayuda económica promovida por los padres ante la muerte de un hijo. Persona por nacer, menor impúber, menor adulto». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*. Libro en oficina.
- Munita Marambio, Renzo. 2013. «La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada.» *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, n.º 28: 395-441. Tomo II, Chile.

- https://www.academia.edu/43690480/La_p%C3%A9rdida_de_una_chance_Notas_%20desde_una_perspectiva_comparada.
- Munita Marambio, Renzo. 2024. *Tópicos Relevantes De Responsabilidad Civil. Elementos y nociones fundamentales*. 1a ed. Rubicón editores.
- Naveira Zarra, Maite María. 2006. «El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual». Universidade da Coruña. Departamento de Dereito Privado. online, carpeta España. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131>.
- Navia Arroyo, Felipe. 2006. «Consentimiento informado y responsabilidad civil médica». *Revista de Derecho Privado*, n.º 11 (diciembre): 11. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/577>.
- Nieto, Matías L. 2018. «Resarcimiento de la pérdida de chance de curación». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley* Año XX (8): 53-61.
- Nisnevich, Alejandro D. 2020. *La pérdida de chance y su cuantificación económica en el Código Civil y Comercial*. 1a ed. Tribunales Ediciones. Libro en oficina.
- Nisnevich, Alejandro D. s. f. «Aplicabilidad de la teoría de la pérdida de la chance». *Zeus On Line*.
- Nussenbaum, Maurice. 2019. «La perte de chance ou la question des aléas». *Contrat Concurrence Consommation, Les revues de LexisNexis*. Les revues de LexisNexis.
- Oliver, Deshayes. 2014. «Perte de chance: une nouvelle jurisprudence en voie de formation». *Revue des contrats*, diciembre 1.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. 2010. «Pérdida de la chance como daño resarcible». Conference paper presented en Congreso internacional de Derecho Privado, Trelew, Provincia del Chubut, Argentina. mayo 19. <https://es.scribd.com/document/697121999/ORDOQUI-CASTILLA>.
- Orgaz, Alfredo. 1952. *El daño resarcible (Actos ilícitos)*. 1.ª ed. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Orgaz, Alfredo. 1960. *El daño resarcible: (actos ilícitos)*. 2ª. Bibliográfica Omeba.
- Orgaz, Alfredo. 1967. *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Ediciones Depalma.
- Ossola, Federico. 2019. «Artículos 746 a 789». En *Código civil y comercial explicado: doctrina, jurisprudencia*, Ricardo Luis Lorenzetti, Pablo Lorenzetti, María Paula Pontoriero (dirs.), y Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Oyarzún Vargas, Felipe. 2021. «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad, análisis y reflexiones del caso español». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*.
- Pacia, Romana. 2006. «Procreación y responsabilidad». *La Ley Gran Cuyo*, abril.
- Paganetti, Daniel. 2005. «Lucro cesante— pérdida de chance». *Revista Jurídica Argentina La Ley Noroeste*, 842-47.
- Paños Pérez, Alba. 2014. «Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life». *Diario La Ley*, octubre 10. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC2PTWvDMAyGf818GYykTVd20CXLZTBG2cLuii0SgWN1tpI2_37aWsGLEMWjr5-F8tbTVcHLfi40U1J5nFEpJw4YXNmSpG2GPi_kFIcC--bh6CtTbdo59Lpg7MRDUzd_jlfqcTDMSQ6U2w0qp6IYP6lA83xwZZLLB648orKkFvNtOIcAXV9Z7OrD_uXoVsrFAPjm0a4iN_E4vZv0xhfC7KcTjgRviT3LE5bz9V5uF1VrHTR9_Xvno-XO_nrFSCncl_4CxVbyB_8AAAA=WKE.
- Parellada, Carlos. 1990. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. 1.ª ed. Astrea.

- Parellada, Carlos. 1994. «Daño. Homicidio. Hijo menor de edad. Pérdida de la chance de ayuda económica futura». *La Revista del Foro de Cuyo*, n.º 12-1994: 142-53.
- Parellada, Carlos. 2018. «Daño extrapatrimonial por la pérdida de la chance». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, Responsabilidad por daño no patrimonial, n.º 3.
- Parra Sepulveda, Darío. 2020. «La pérdida de oportunidad la responsabilidad civil médica. Notas desde el ordenamiento chileno». En *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, 1.ª ed., María Jose Santos, Jesus R. Mercader, y Pedro Del Olmo (dirs.). Tirant Lo Blanch.
- Pascale, Ricardo. 2018. «La pérdida de la chance: una contribucion a su cuantificación». *Doctrina, Jurisprudencia y Derecho civil VI* (VI): 225-31.
- Pellegrini, María Victoria. 2014. «Comentario al artículo 441 del Código Civil y Comercial». En *Tratado de derecho de familia*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, y Nora Lloveras (dirs.), I. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Penneau, Jean. 1977. *La responsabilité médicale*. Collection Sirey. Sirey.
- Penneau, Jean. 1992. *La responsabilité du médecin*. 2a ed. Dalloz.
- Pettis, Christian R. 2001. «El presupuesto del daño en la mala praxis de abogados y procuradores. Cuestiones relacionadas con su determinación y cuantificación». *Revista Jurídica Argentina La Ley* 2001-D: 938-45.
- Picasso, Sebastián, y Luis R. J. Sáenz. 2015. «Daño resarcible». En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1.ª ed., Marisa Herrera, Gustavo Caramelo Díaz, y Sebastián Picasso (dirs.), IV. Infojus.
- Picasso, Sebastián, y Luis R. J. Sáenz. 2019. *Tratado de Derecho de Daños*. 1.ª ed. I. La Ley.
- Piedecasas, Miguel. 2008. «La pérdida de chance en la CSJN»,. *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*.
- Pita, Enrique Máximo. 2015a. «La indemnización del lucro cesante y la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible». *Revista de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni*, n.º 2015-2: 189-217.
- Pita, Enrique Máximo. 2015b. *Responsabilidad civil deportiva*. 1ª. Rubinzal Culzoni.
- Pizarro, Ramón Daniel. 1994. «Daño moral por pérdida de chances». *Revista Juris* t. 93 (209): 823-35.
- Pizarro, Ramón Daniel. 2021. *Daño moral*. Tomo I. Rubinzal Culzoni.
- Pizarro, Ramón Daniel, y Carlos Gustavo Vallespinos. 2017. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 1.ª ed. Vol. 1. Rubinzal Culzoni.
- Pizarro, Ramón Daniel, y Carlos Gustavo Vallespinos. 2024. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. ampliada y Actualizada. Vol. 1. Rubinzal Culzoni Editores.
- Pizarro Wilson, Carlos. 2014. «Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial». En *Responsabilidad civil y familia*, 1a ed., Cristián Lepin Molina (dir.). LegalPublishing : Thomson Reuters.
- Pizarro Wilson, Carlos. 2015. «En oposición al consentimiento hipotético informado». *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º 44 (julio): 97-120. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000100003>.
- Prévôt, Juan M. 2005. «El nexo de causalidad en los casos de responsabilidad médica». *Revista Jurídica Argentina La Ley*.
- Prévôt, Juan Manuel. 2006a. «La pérdida de una chance deportiva: ¿es un daño resarcible?» *Revista de Doctrina Judicial* III: 17-28.
- Prévôt, Juan Manuel. 2006b. «La pérdida de una chance por el extravío de un testamento ológrafo». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley* VIII (9): 47-59.

- Prévôt, Juan Manuel, y Rubén Alberto Chaia. 2007. *Pérdida de chance de curación*. 1a ed. Astrea.
- Rinessi, Antonio Juan, y Rosa Nélida Rey de Rinessi. 2008. «Pérdida de chance: específico daño a la persona». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Ríos Erazo, Ignacio, y Rodrigo Silva Goñi. 2014. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. 1.^a ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Rivadulla, Andrés. 1995. «Historia y epistemología de los cambios de significado de probabilidad». *Ágora: Papeles de filosofía*.
- Rivero De Arhancet, Mabel. 2014. «Daños vinculados a la filiación extramatrimonial». En *Responsabilidad civil y familia*, 1a edición, Cristián Lepin Molina y David Vargas Aravena (dir.). Monografías. LegalPublishing.
- Rodríguez Grez, Pablo. 2009. «Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias». *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, julio. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-20-P365.pdf>.
- Rodríguez Grez, Pablo. 2024. *Responsabilidad extracontractual*. 3.^a ed. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Rodríguez Guitián, Alma María. 2009. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. 1. ed. Monografías. Civitas : Thomson Reuters.
- Rodríguez Salto, Pablo. 2007. «El daño resarcible en la responsabilidad del abogado». *Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones*. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/el-dano-resarcible-en-la-responsabilidad-del-abogado.pdf>>.
- Rubin, Miguel. 2016. «La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering». *El Derecho - Diario*. Cita Digital: ED-DCCLXXV-849.
- Rubio Torrano, Enrique. 2012. «Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)». *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* 2 (3): 53-59.
- Rugna, Agustín. 2011. «Daño por pérdida de chance». *Revista Jurídica Argentina La Ley Gran Cuyo* 16 (6): 653-61.
- Sáenz, Luis R. J. 2008. «Algunas consideraciones acerca de la pérdida de chance como daño resarcible». *Revista Crítica de Derecho Privado. Núcleo de Derecho Civil*, n.º 5: 589-610.
- Sáenz, Luis. 2013. «La pérdida de chance es un “daño-evento” y no un “daño-consecuencia”». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley*, n.º 1: 117-27.
- Sáenz, Luis R. J. 2014. «El daño por pérdida de chance o hacia el retorno de la distinción entre daño y perjuicio». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. La Ley Año XVI* (11): 9-15.
- Sáenz, Luis R. J. 2015. «Acerca de la pérdida de chance por falta de reconocimiento oportuno del hijo». *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 2015-III: 76-85.
- Sáenz, Luis R. J. 2015. «Responsabilidad civil». En *Código Civil y Comercial De La Nación. Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio.*, 1a., Carlos Calvo Costa (dir.), II. La ley.

- Sáenz, Luis R. J. 2023. «Acerca de la responsabilidad del Estado por la omisión en el auxilio de una víctima de violencia de género». *RDF*. TR LALEY AR/DOC/3675/2022.
- Saigí-Ullastre, Umbert, Esperanza L. Gómez-Durán, y Josep Arimany-Manso. 2013. «Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica». *Revista Española de Medicina Legal* 39 (4): 157-61. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2013.10.005>.
- San Martín Neira, Lilian C. 2013. «Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones». *Revista chilena de derecho* 40 (1): 317-24. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000100012>.
- San Martín Neira, Lilian C., y Jorge Larrocau Torres. 2020. «El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (diciembre): 329-59. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>.
- Sánchez Hernández, Carmen. 2020. «Responsabilidad de la directora de una guardería por el fallecimiento de un bebé: el daño resarcí Vol2 por la pérdida de oportunidad en la STS de 19 de febrero de 2019». En *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, 1.ª ed. Tirant Lo Blanch.
- Sánchez, Julio, y Jose Fernando Márquez. 2013. «Indemnización de chances y daño moral por incumplimiento contractual». *DCCyE*. Cita: TR LALEY AR/DOC/2892/2013.
- Sánchez, Margarita. 2018. «El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth». *RJUAM*.
- Sánchez-Rubio, Ana. 2018. «Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria.» *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*. <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/118>.
- Santarelli, Fulvio. 2015. «Responsabilidad civil». En *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 1.ª ed., Horacio Alterini (dir.), VIII. La Ley.
- Savatier, René. 1970. «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?». *Recueil Dalloz*.
- Serra Rodríguez, Adela. 1999. *La relación de servicios del abogado*. Tirant monografías 104. Tirant lo Blanch.
- Serra Rodríguez, Adela. 2001. *La responsabilidad civil del abogado*. 2. ed. Colección Monografías Aranzadi 141. Aranzadi.
- Serra Rodríguez, Adela. 2019. «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español». *Revista Justicia & Derecho* 2 (2): 2. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v2i2.283>.
- Simón, Alberto Martínez. 2010. «Algunos casos de daños derivados del derecho de familia». *Gaceta Judicial Paraguay*.
- Sintez, Cyril. 2009. «La sanction préventive en droit de la responsabilité civile Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes». Thesis, Université de Montréal. <https://hdl.handle.net/1866/3748>.
- Sintez, Cyril. 2013. «La perte de chance: une notion en quête d'unité». *Paru dans Les Petites Affiches*, n.º 218 (octubre): 9-14. https://www.academia.edu/6793832/La_perte_de_chance_une_notion_en_qu%C3%AAtedunit%C3%A9.
- Solari, Néstor. agosto 2006a. «Daño moral del padre no reconociente ¿y el daño material?». *Revista Jurídica Argentina La Ley Noroeste*, n.º 7: 757-60.

- Solari, Néstor. 2006b. «Filiación extramatrimonial deducida contra los sucesores del causante». *La Ley Gran Cuyo*, 927-32.
- Steele, Jenny. 2010. *Tort law: text, cases, and materials*. 2nd ed. Oxford University Press, USA.
- Stiglitz, Rubén, Gabriel Stiglitz, Gustavo Caramelo Díaz, y María Acquarone. 2010. *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. 2a ed. Tomo II. La Ley.
- Tanzi, Silvia Y. 1995. «La reparabilidad de la pérdida de la chance». En *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*. Abeledo-Perrot.
- Tanzi, Silvia Y. 2005. *Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a las personas*. 1ª. Hammurabi.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. 2003. «Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales». *Revista de derecho (Valdivia)* 15 (diciembre). <https://doi.org/10.4067/S0718-09502003000200004>.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. 2012. «Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile*, n.º 2: 251-64.
- Tapia Rodríguez, Mauricio. 2015. «Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?» *Anuario iberoamericano de derecho notarial*, n.º 4-5: 233-67.
- Tocornal Cooper, Josefina. 2014. *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*. 1ª. Thomson Reuters.
- Trigo Represas, Félix A. 2015. «Artículos 724 a 864». En *Código civil y comercial comentado: tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini y Ignacio E. Alterini (dirs.). Thomson Reuters La Ley.
- Trigo Represas, Félix A. 2008a. *Perdida de chance*. 1a ed. Astrea.
- Trigo Represas, Félix A. 2008c. *Reparación de daños por mala praxis médica*. 2a ed. Editado por Alberto J. Bueres. Hammurabi.
- Trigo Represas, Félix A., y Marcelo J. López Mesa. 2004. *Tratado de la Responsabilidad Civil*.
- Trigo Represas, Félix A., y Marcelo J. López Mesa. 2011. *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª actualizada y Ampliada. II. La Ley.
- Trigo Represas, Félix A., y Marcelo J. López Mesa. 2011. *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª ed. Actualizada y Ampliada. VII. La Ley.
- Trigo Represas, Félix A., y Marcelo J. López Mesa. 2011. *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª. VI. La Ley.
- Vásquez Ferreyra, Roberto A. 1991. «Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona». *La Ley*.
- Vásquez Ferreyra, Roberto A. 1993. «Responsabilidad por daños». En *Responsabilidad por daños*. Ediciones Depalma.
- Vásquez Ferreyra, Roberto. 1998. «La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses». *La Ley*.
- Véliz Möller, Patricio. 2004. *Divorcio, nulidad y separación: los caminos frente a la ruptura; rupturas matrimoniales, compensaciones económicas, conciliación, mediación; incluye anexo con texto íntegro nueva ley*. 1. ed. Ed. Cerro Manquehue.
- Veloso Valenzuela, Paulina. 2006. «Algunas Reflexiones Sobre La Compensación Económica». *Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, enero. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-13-P171.pdf>.

- Vergara, Leandro. 1995. «Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones». *Revista Jurídica Argentina La Ley*, n.º t. 1995-D: 75-81.
- Vergara, Pedro Pablo, 2009. «Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado». *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo* I (19): 33-42. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-19-P33.pdf>.
- Vicente Domingo, Elena. 2013. «El daño». En *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a ed, Luis Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (dirs.). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Vicente Domingo, Elena. 2014. «El daño». En *Tratado de responsabilidad civil*, Luis F. Reglero Campos y José Manuel Busto (dirs.), vol. 1. Thomson Reuters Aranzadi.
- Vidal Olivares, Álvaro. 2002. «La responsabilidad civil del profesional médico». *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*.
- Vidal Olivares, Álvaro. 2020. «Responsabilidad civil por negligencia médica». Serie de documentos materiales docentes, Academia Judicial. Santiago.
- Viney, Geneviève, ed. 1982. *Traité de droit civil. 4: Les obligations: La responsabilité: conditions / par Geneviève Viney*. Libr. Gen. de Droit et de Jurisprudene.
- Viney, Geneviève, y Patrice Jourdain. 1998. *Les conditions de la responsabilité*. 2e éd. Traité de droit civil. LGDJ.
- Viney, Geneviève, y Patrice Jourdain. 2006. *Traité de droit civile : Les conditions de la responsabilité*. 2.ª ed. L.G.D.J.
- Visintini, Giovanna. 1999. *Tratado de la responsabilidad civil*. Astrea.
- Vitale, Laura. 2020. *La Perte De Chances En Droit Privé*. 1ª. LDGJ.
- Weingarten, Celia, y Carlos Ghersi. 2016. «El derecho de chance en el Código Civil y Comercial de la Nación». *Revista El Derecho. Jurisprudencia general.*, n.º 266: 789-92.
- Welsch, Sylvie. 2000. *Responsabilité du médecin: risques et réalités judiciaires*. Responsabilités. Litec.
- Werlen, Cristian O. 2015. «La pérdida de chance y el daño al proyecto de vida. Nociones relacionadas en el Código Civil y Comercial de la Nación». *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio* Año I (noviembre): 21-36.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. 2022. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 8a ed.
- Zannoni, Eduardo. 1982. *El daño en la responsabilidad civil*. 1 ed. Astrea.
- Zannoni, Eduardo. 1990. «Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo». *Revista Jurídica Argentina La Ley*.
- Zannoni, Eduardo. 2005. «El daño en la responsabilidad civil». En *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea.
- Zannoni, Eduardo. 2008. «El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (lucro cesante, pérdida de chance y peligro de daño futuro)». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Zavala de González, Matilde. 1988. «Pérdida de chances por la muerte de hijos menores». *Revista Foro de Córdoba, Publicación Bimestral de Doctrina y Jurisprudencia*. Año 2 (Nº 9): 49-66.
- Zavala de González, Matilde. 1990. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad sicológica*. 2.ª ed. Vol. 2a. Editorial Hammurabi.
- Zavala de González, Matilde. 1991. *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*. 1a ed. Responsabilidad civil 6. Hammurabi.
- Zavala de González, Matilde. 1992. «Frustración de chances en la responsabilidad profesional». En *Las responsabilidades profesionales, Libro homenaje al Dr. Andorno*.

- Zavala de González, Matilde. 2008. *Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*. 1.^a ed. Vol. 2. Astrea.
- Zavala de González, Matilde. 2009. *Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas*. Vol. 2. Astrea.
- Zavala de González, Matilde. 2015. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. 1a.ed. With Rodolfo González Zavala. II. Alveroni Ediciones.
- Zavala de González, Matilde, y Rodolfo González Zavala. 2008. «Chances afectivas». *Revista de Derecho de Daños (Rubinzal-Culzoni)*.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo. 1994. *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per l'errore diagnostico*. Saggi e documenti di diritto civile 10. CEDAM.

Normas

I. Argentina

Códigos

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 8 de octubre de 2014, en vigor desde el 1 de agosto de 2015, con reformas posteriores.

Leyes

- Ley 17.132, 24 de enero de 1967, Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.
- Ley 22.285, 24 de junio de 1981, Ley de Radiodifusión.
- Ley 23.798, 17 de septiembre de 1990, Ley Nacional de Sida.
- Ley 25.543, 7 de enero de 2002, Test de diagnóstico de VIH para mujeres embarazadas.
- Ley 25.673, 30 de octubre de 2002, crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.
- Ley 26.130, 9 de agosto de 2006, Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica.
- Ley 27.675, 18 de julio de 2022, Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Otras Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) y Tuberculosis (TBC).

Decretos de Necesidad y Urgencia

Decreto (DNU) N.º 274/2019, 17 de abril de 2019, *Régimen de Lealtad Comercial*, publicado en el *Boletín Oficial de la República Argentina*, 22 de abril de 2019.

Decreto Reglamentario

- Decreto Reglamentario 1244/1991, 25 de junio de 1991, Reglamentación de la Ley Nacional de Sida 23.798, publicado en el Boletín Oficial el 28 de junio de 1991.
- Decreto Reglamentario 804/2022, 30 de noviembre de 2022, apruébase la reglamentación del Capítulo VII de la Ley 27.675, publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2022.

Resolución

Resolución n.º 241/2020, Ministerio de Desarrollo Productivo, Boletín Oficial, 24 de agosto de 2020.

II. Chile

Códigos

Código Civil de Chile, promulgado por la Ley del 14 de diciembre de 1855, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Chile* el 22 de diciembre de 1855, en vigor desde el 1 de enero de 1857, con reformas posteriores.

Leyes

Ley N.º 19.886, 30 de julio de 2003, sobre bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, con reformas posteriores.

Ley N.º 19.947, 17 de mayo de 2004 y que entró en vigencia 17 de noviembre de 2004, Nueva Ley de Matrimonio Civil, con reformas posteriores.

Ley N.º 20.169, 16 de febrero de 2007, que establece que es un acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que persiga desviar clientela de un agente del mercado, con reformas posteriores.

Ley 20.584, 24 de abril de 2012, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

III. España

Código Civil de España, Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en la *Gaceta de Madrid*, n.º 206, de 25 de julio de 1889, con reformas posteriores.

IV. Francia

Códigos

Code de commerce, introduit par Ordonnance n.º 2017-303, 9 mars 2017, *Journal officiel de la République française*, 10 mars 2017.

Code civil, Loi du 21 mars 1804, promulgué par la loi du 30 ventôse an XII (*Bulletin des lois*, n.º 29), con reformas posteriores, en particular la Ordonnance n.º 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*Journal officiel de la République française*, 11 février 2016), consolidada por la Loi n.º 2018-287, du 20 avril 2018 (*Journal officiel de la République française*, 21 avril 2018).

Leyes

Loi n.º 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (“loi anti-Perruche”), *Journal officiel de la République française*, 5 mars 2002.

V. Tratados internacionales

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

VI. Soft Law

Naciones Unidas, *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994*, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Doc. A/CONF.171/13.

Naciones Unidas, *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995*, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Doc. A/CONF.177/20.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 2016.

Jurisprudencia

I. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de junio de 1983, *caso Eckle*, sentencia 8130/78.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de enero de 2006, *caso Gruais et Bousquet c. France*, sentencia 67881/01.

II. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 1998, *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia n.º 50, p. 30. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf [fecha de consulta: 1 de enero de 2024].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2011, *Contreras y otros v. El Salvador*. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf [fecha de consulta: 30 de abril de 2025].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2011, *Gelman v. Uruguay*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf [fecha de consulta: 30 de abril de 2025].

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2016, *I.V. v. Bolivia*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf [fecha de consulta: 16 de febrero de 2024].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2024, *Pérez Lucas y otros v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia n.º 181. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_536_esp.pdf [fecha de consulta: 1 de enero de 2024].

III. Argentina

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de junio de 1981, *Cano Romero de Álvarez, Ilva c. Provincia de Buenos Aires*, La Ley, 1981-D, p. 17.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05 de agosto de 1986, *Luján, Honorio Juan c. Nación Argentina*, Fallos 308:1109.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04 de diciembre de 1986, *Trafilam S.A. c./ Galvalisi, José V.*, Jurisprudencia Argentina 1987-IV, p. 362.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05 de agosto de 1988, *Santa Coloma Luis y otros c./ Ferrocarriles Argentinos*, Fallos 308:1160, El Derecho, n.º 120, p. 651; Jurisprudencia Argentina, 1986, tomo IV, pp. 623-627.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de marzo de 1990, *Kasdorf S.A. c. Jujuy, Provincia de y otros*, Fallos 313:284.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de septiembre de 1990, *Brumeco S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s. cobro de australes*, disponible en <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-b/caso-Brumeco-S-A-c-Buenos-Aires-Provincia-de-s-cobro-de-australes.htm> (consulta: 8 de octubre de 2023).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03 de noviembre de 1992, *De la Mata, Manuel Horacio y otro c. Gas del Estado y otros s. daños y perjuicios*, Fallos 315:2607.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de diciembre de 1996, *Bustamante, Elda y otra c. Provincia de Buenos Aires*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/5994/1996.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 1998, *Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A.*, Fallos 321:487; La Ley, 1998-D, p. 595.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de abril de 1998, *Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros*, La Ley, 1998-C, p. 322.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07 de abril de 1999, *Villalba, Julio Martín y otra c. Provincia de Santiago del Estero y otro*, Fallos 322:621; La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/5236/1999.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06 de julio de 1999, *Schauman de Scaiola, Martha S. c. Provincia de Santa Cruz y otro*, Fallos 322:1393; Responsabilidad Civil y Seguros, 2000, p. 477.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de octubre de 2000, *Chaves, Fabián Mario c. Tucumán, Provincia*, Jurisprudencia Argentina, 2008-III, p. 376.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de marzo de 2003, *Mochi, Ermanno y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro*, Fallos 331:352.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de abril de 2003, *Valle, Roxana Edith c. Provincia de Buenos Aires*, disponible en

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJS.P.html?idDocumento=5348001&cache=1758626149237> (consulta: 20 de junio de 2025).

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de noviembre de 2005, *Gerbaudo, José Luis c. Provincia de Buenos Aires*, Doctrina Judicial, 2006-I, p. 518.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 2007, *Albornoz, Luis Roberto y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro*, Fallos 330:748; La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2474/2007.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2007, *Serradilla, Raúl Alberto c. Mendoza, Provincia de y otro*, Fallos 330:2748.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08 de abril de 2008, *Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. y otro*, Fallos 331:570.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2011, *D., D. O. y otros c. Sanatorio Modelo Quilmes y otros*, Fallos 334:1361.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2015, *Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otro*, Fallos 338:652; Responsabilidad Civil y Seguros, 2015-X, p. 80.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de agosto de 2017, *Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros*, Fallos 340:1038.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02 de septiembre de 2021, *Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c. Campos, Enrique Oscar y otros*, Fallos 344:2256.

2. Cámara de Apelaciones Federales

Sala I

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 31 de octubre de 2000, *C., A. M. c. Ejército Argentino*, Responsabilidad Civil y Seguros, 2001, p. 1062.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 02 de marzo de 2006, *Vigil, María C. c. Ciudad de Buenos Aires y otros*, Doctrina Judicial, 19/07/2006, p. 863.

Sala II

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 01 de julio de 1997, *M. de M., E. del V. c. Unión Obrera Metalúrgica y otros*, La Ley, 1997-F, p. 759; Doctrina Judicial, 1998-3, p. 1102.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 16 de marzo de 2004, *Prieto, Roberto Ángel c. Encontel*, Rubinza Online, cita digital: RC J 2787/04.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 12 de agosto de 2016, *Insaurrealde, Miguel Salvador y otro c. Edenor S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-101228-AR.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 01 de noviembre de 2021, *P. I. A. c. Clínica Brandzen S.A. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-135042-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 30 de marzo de 2023, *Cejas, Elida Raquel c. Estado Nacional*, Rubinzal Online, cita digital: RC J 1321/23.

Sala III

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 13 de agosto de 1990, *Valdez Peralta c. Banco Nacional*, La Ley, 1991-A, p. 229.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 17 de febrero de 2000, *G., O. E. c. Policía Federal*, La Ley, 2001-C, p. 369.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 06 de febrero de 2003, *Transmisiones Cardánicas S.A. c. Edesur S.A.*, La Ley, 2003-E, p. 543.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 22 de septiembre de 2005, *Chidiac Bassam, Antonio c. Kloury, Yamil Antonio J.*

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 01 de junio de 2004, *Galeano, Argentino R. c. Estado Mayor General del Ejército*, La Ley, 2005-C, p. 98; Doctrina Judicial, 2004-3, p. 646.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 05 de octubre de 2004, *Viñas de Ortiz, María y otros c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios*, Responsabilidad Civil y Seguros, 2004-X, pp. 110-118.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 28 de abril de 2006, *Moreira, María E. y otro c. Distrania, Eusebio J. y otro*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 01 de junio de 2006, *Arplat S.A. c. Aguas Argentinas S.A.*, citado en Bibiana Barbado, 2008, pp. 282-284.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 19 de abril de 2011, *Lescano, Mario Roberto c. Estado Nacional – Ministerio del Interior, Gendarmería Nacional*, Responsabilidad Civil y Seguros, 2011-8, p. 186.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 30 de junio de 2011, *Fernández, Jorge Esteban c. Estado Nacional*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/36786/2011.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 23 de abril de 2013, *Á. S. H. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-80247-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 27 de abril de 2017, *A. C. A. c. Instituto Obra Social del Ejército y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-106887-AR.

3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal

Sala II

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, sala II, 02 de mayo de 2006, *Weigandt, Laura V. c. Poder Judicial de la Nación*, El Derecho Digital, cita online: ED XXXII-590.

4. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, 21 de mayo de 2009, *G.A. c./ Estado Nacional, Ministerio del Interior, Policía Federal Argentina*. Jurisprudencia Argentina, 2009-IV, p. 138.

5. Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial Federal de la Capital

Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial Federal de la Capital, 23 de diciembre de 1927, *Callá y otros v. Ferrocarril Buenos Aires Al Pacífico*. Jurisprudencia Argentina 1927, t. XXVI, p. 959-960.

Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial Federal de la Capital, sala II, 1 de octubre de 1942. *G. del F.*, (t. 161, p. 417). Citado en: (Orgaz 1952), p. 101-102.

Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial Federal de la Capital, sala I, 14 de octubre de 1982, *Mouro de Martínez, Elsa D. y otros c./ De León, José*.

Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial Federal de la Capital, sala III, 7 de junio de 1985, *Bermúdez, Juan c./ Del Zotto de Bidinost, Linda*.

6. Jurisdicción Local.

i. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Cámara de Apelaciones en lo Civil

Sala A

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 18 de noviembre de 1957, *Idelson, Abraham c. Idelson, Gregorio*, Jurisprudencia Argentina, 1958-I, p. 267.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 19 de agosto de 1963, *Martinetto, Lorenzo L. c. Corteses Hnos. y otros*, Jurisprudencia Argentina, 1964-II, p. 263.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 04 de febrero de 2005, *Ramos, Alfredo E. c. Banco Río de la Plata S.A.*, Jurisprudencia Argentina, 2005-II, p. 182.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 16 de mayo de 2005, *C., J. H. c. Asistencia Médica Integral Domiciliaria S.A.*, La Ley, 2005-D, p. 892.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21 de junio de 2005, *C., M. C. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/4182/2005.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 22 de septiembre de 2008, *Padrón, L. J. c. V., C. A. M.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/34006/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 11 de mayo de 2012, *T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros*, La Ley, 2012-E, p. 546; Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-73004-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 25 de septiembre de 2012, *A., N. A. c. B., A. y otro*, Jurisprudencia Argentina, 2013-I, p. 722.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 04 de diciembre de 2013, *G. N. B. c. Touley S.A.*, Autos n.º 625.280.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 16 de febrero de 2017, *R., M. A. c. M. C., C. J. y otro*, Autos n.º 31.208/2013. Revista Código Civil y Comercial de La Ley, 2017 (octubre), cita digital: TR LALEY AR/JUR/3351/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 06 de junio de 2017, *G., L. C. y otros c. S., M. O. y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2017-9, p. 97.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 13 de octubre de 2017, *Z., V. A. c. Bariló S.R.L. y otro*, Autos n.º 17.047-2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 24 de octubre de 2017, *M., G. A. c. Socorro Médico Privado S.A. y otros*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/78072/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 18 de mayo de 2020, *Filipuzzi, Marina Gabriela y otros c. Clínica Privada Monte Grande S.A.*, Autos n.º 53.219/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 20 de julio de 2020, *M. A. D. c. C. H. S. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-127047-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 09 de junio de 2021, *H. T., Elizabeth y otro c. Fundación de la Hemofilia y otros*, Autos n.º 106.873.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 30 de junio de 2021, *Ogas, Ana María c. Syriani, Camilo Jorge y otros*, Autos n.º 35.490/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 20 de septiembre de 2021, *L. E. I. c. M. D. M. y otros*, Autos n.º 55.634/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 06 de marzo de 2023, *Fernández, Eduardo Oscar y otro c. Ciurca, Gonzalo Mario y otro*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/15114/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 28 de abril de 2023, *Wolff, Mónica Ernestina c. Pacheco Moya, Freddy y otros*, Autos n.º 83.675/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 29 de septiembre de 2023, *Valdés, Alejandra Sylvia c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Quirno CEMIC y otro*, Autos n.º 93.714/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 08 de febrero de 2024, *Trossarello, Pablo Marcelo y otro c. Galeno Argentina S.A. (Sanatorio de la Trinidad) y otros*, Autos n.º 45.779/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 04 de julio de 2024, *[caso anonimizado]*, Autos n.º 46.382/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 05 de julio de 2024, *Miniño Vilte, Jorge Alberto c. Adaro, Mariel Eliana*, Autos n.º 46.382/2019.

Sala B

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 15 de marzo de 1966, *D. de S. c. P. A. y otro*, El Derecho, 1966-16, p. 579.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 15 de mayo de 2008, *B., R. A. c. Electronic Arts Ltd.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/8509/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 20 de marzo de 2009, *N. d. M. S. C. y otro c. Solidez S.R.L. y otros*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/9654/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 05 de junio de 2009, *D. I., N. c. Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2009-XII, p. 136, con nota de Roberto A. Meneghini.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 24 de noviembre de 2010, *O., C. A. c. L., J. M.*, Autos n.º 551.134.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 01 de junio de 2013, *D. la C. M. P. y otro c. H. D. E. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-81363-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 14 de junio de 2014, *A. S. M. y otro c. M. P. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-99443-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 16 de marzo de 2016, *Ferrero, Juan M. c. Instituto Oftalmológico Stefani y Asociados S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-97877-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 27 de diciembre de 2016, *Koser, Alejandra c. Prodicos S.A. Casa Alfaparf y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-102458-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 11 de agosto de 2017, *G. M. c. Hospital Británico de Buenos Aires y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-108053-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18 de octubre de 2017, *V. D. N. J. M. y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-107853-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 03 de junio de 2022, *A., L. F. c. Administrar Salud S.A.*, Autos n.º 15.841/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 23 de marzo de 2023, *L. F. D. y otros c. Organización de Servicios Directos Empresariales*, El Derecho, t. 303, cita digital: ED-MVDCCLXXXVI-173.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18 de mayo de 2023, *B., M. E. c. G., L. E.*, Autos n.º 30.922/2014, en Rubinzal Online, cita digital: RC J 2777/23.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 17 de mayo de 2024, *Rodríguez, Patricio Esteban y otros c. Centro Médico Integral Fitz Roy S.A. y otros*, Autos n.º 28.757/2018.

Sala C

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 21 de noviembre de 1974, *Administración Marblanc c. Pésimo, Jacobo*, El Derecho, 1976-64, p. 123.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 22 de diciembre de 1981, *M., Néstor Guillermo y otros c. Z., Ángel Rafael y otros*, Jurisprudencia Argentina, 1983-I, p. 256.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 21 de diciembre de 1990, [*causa anonimizada*], Causa C 077666.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 09 de mayo de 2000, *Parisi, Roberto c. Girado, Juan*, Jurisprudencia Argentina, 2001-II, p. 571.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 14 de marzo de 2003, *R., R. O. y otro c. N., R. L. y otro*, La Ley, 2003-D, p. 831.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 18 de noviembre de 2005, *D. C., O. C. c. Clínica Espora y otro*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 16 de febrero de 2006, *Consortio de Propietarios José Hernández 1901/18 c. F. M., F. M.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/1469/2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 28 de abril de 2008, *Rebasti, Aldo Augusto c. Cardigonte Gestiones Integrales de Federico Andalo*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/4231/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 30 de abril de 2010, *Gómez, María de los Ángeles c. Cordis S.A. y otro*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/21725/2010.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 12 de septiembre de 2017, *Automóviles Surauto S.A. c. Honda Motor de Argentina S.A.*, Autos n.º 21.221/2008/4/CA3.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 04 de diciembre de 2019, *H. R. A. c. B. M. J.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-122696-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 30 de agosto de 2021, *Pergierycht, Damián c. OLX S.A.*, Autos n.º 8.642/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 28 de diciembre de 2022, *C. S. M. y otros c. I.A.A.*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/185641/2022.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07 de diciembre de 2023, *I. S. M. c. F. E. M.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-148031-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 31 de octubre de 2024, *Carrano, Norberto Mario y otros c. Hospital Militar Central y otros*, Autos n.º 29.301/2009, y su acumulado *Carrano de Carrano, Susana Graciela c. Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y otros*, Autos n.º 35.154/2011.

Sala D

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 17 de diciembre de 1982, *Cotroneo, Ricardo D. c. Club Atlético Banfield y otros*, La Ley, 1983-D, p. 385 y Jurisprudencia Argentina, 1984-II, p. 21.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04 de mayo de 1997, *L., G. c. Municipalidad de Buenos Aires*, La Ley, 1997-E, p. 54.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 19 de febrero de 1999, *Canoniero, Ramiro c. Rubinstein, Roberto*, La Ley, 2001-B, p. 770.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 26 de febrero de 1999, *B., P. I. c. R., M.*, La Ley, 1999-F, p. 22.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 18 de mayo de 2007, *Gari, Osvaldo Víctor c. P., V. R.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/2378/2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04 de diciembre de 2009, *S. D. A., B. G. c. Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/75553/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 19 de abril de 2011, *Cala, Ricardo y otro c. Transporte Unión Misionera y otro*, Lexis, 10/5893.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 16 de abril de 2018, *C., J. R. c. G., A. C.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/19465/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 08 de mayo de 2019, *Romero, Gustavo Antonio c. Automóvil Club Argentino y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-119607-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 26 de junio de 2019, *M. C. A. y otros c. P. A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-120070-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 07 de noviembre de 2019, *García, Jorge c. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo*, Rubinza Online, cita digital: RC J 1363/20.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 06 de abril de 2021, *H., A. J. c. P., G. A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-131535-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 10 de noviembre de 2023, *Araujo, María Isabel c. Servicio Electrónico de Pago S.A. y otro*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/153014/2023.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 03 de diciembre de 2024, *C., L. N. y otro c. C., N. S. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-154373-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21 de febrero de 2024, *Darín De Barbera, Claudia Antonia c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otros*, Autos n.º 30.867/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 21 de febrero de 2024, *González Rojas, Emilia Isabel c. Saslavchik, Francisco Daniel*, Autos n.º 56.178/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 16 de noviembre de 2024, *Rojas, Manuel Gervacio y otros c. Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros*, Autos n.º 94.846/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 03 de diciembre de 2024, *C., L. N. y otro c. C., N. S. y otros*, Autos n.º 61.609/2014 y Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-154373-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 16 de diciembre de 2024, *R., M. G. y otros c. Sanatorio Trinidad Mitre S.A. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-154573-AR.

Sala E

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 26 de diciembre de 1991, *Pinheiro de Malersa L., Esther c. Nostro, Alicia N.*, La Ley, 1993-A, pp. 63-68.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 14 de octubre de 1996, *Nedich, Horacio Juan y otro c. Gomar Eker F. y otro*, Autos n.º E198097.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 07 de mayo de 2003, *S., J. A. c. Toscana, María Cristina y otro*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 04 de octubre de 2004, *Leston, Marcelo Adrián c. Volkswagen Argentina S.A. y otro*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-3, p. 184.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 02 de octubre de 2015, *Traverso, Gustavo c. Orbis Compañía Argentina de Seguros S.A. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-95570-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 10 de febrero de 2010, *R., R. J. A. c. R., R. O.*, El Derecho, 2010-238, p. 374.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 16 de julio de 2014, *P., D. M. c. Q., S. J.*, El Derecho, 2015-261, p. 56.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 02 de octubre de 2015, *Traverso, Gustavo c. Orbis Compañía Argentina de Seguros S.A. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-95570-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 21 de agosto de 2020, *Z., A. c. Swiss Medical S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-127958-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 23 de octubre de 2023, *L. F. D. y otros c. Organización de Servicios Directos Empresariales y otro*, Diario El Derecho, t. 303, cita digital: El Derecho-MVDCCLXXXVI-173.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 27 de agosto de 2024, *Oneca, Jorge Oscar c. Sanatorio Otamendi S.A. y otros*, Autos n.º 97.672/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 17 de septiembre de 2024, *R. D. A. c. Medicus Medicina Prepaga S.A.*, Autos n.º 43.760/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 20 de septiembre de 2024, *Clemente, Claudio Eduardo c. F. S. M. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-153587-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 08 de abril de 2025, *C. V. M. J. y otros c. Silver Cross América Inc. S.A. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-155650-AR.

Sala F

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 14 de junio de 2000, *R. G., M. E. c. M. C. B. A.*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/4234/2000.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 15 de abril de 2002, [*causa n.º F316771*], Jurisprudencia de la Cámara Civil, Isis, sum. 0014900, citado en Tanzi (2005), p. 330.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 30 de octubre de 2003, *García Paz, José R. y otro c. Pere Vignau, Osvaldo y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2004-1, p. 134; RCyS, 2004, p. 654; La Ley, 18 de noviembre de 2004, p. 4, con nota de Luis R. Sáenz; DJ, 2004-3, p. 1160, con nota de Luis R. Sáenz.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 30 de marzo de 2005, *A., C. H. c. M., E. L.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/357/2005.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 04 de enero de 2007, *Granillo, Nicolás Abraham Ignacio c./ Cremona Romero, Sara Angélica Socorro*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2007-8, p. 49.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 24 de junio de 2008, *Z. L., A. M. c. P., S. M.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/5238/2008.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 23 de octubre de 2008, *Gauna, Ruminisildo c. Bohl, Erica Fernanda*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY 70050319.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 02 de octubre de 2016, *Cuturello, Horacio Daniel c. Consorcio de Prop. Av. del Libertador 5154/56 y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-101685-AR.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 13 de agosto de 2021, *A. y otro c. A. P., D. W. y otros*, Autos n.º 28.788/2010.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 27 de marzo de 2025, *Mercado, Sonia Susana c. Panzuto, Marco Horacio y otros*, Autos n.º 69.121/2012.

Sala G

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 21 de diciembre de 1981, *Almonacid, Miguel c. Débora S.R.L. Centro Médico y/u otra*, La Ley, 1982-D, p. 477, con nota de Jorge Mosset Iturraspe.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 31 de octubre de 1994, *Funes, Liliana c. Pawlowicz, Nélica*, Lexis, cita 10/7217.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16 de agosto de 2001, *Zuffo, Magdalena B. c. M. P., D. H.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2001, p. 895.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 21 de febrero de 2005, *Nielsen, Gustavo E. c. Editorial Planeta Argentina S.A.I.C. y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2005-5, p. 103.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 13 de febrero de 2006, *Suárez, Guido N. c. L., J. M.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/249/2006.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15 de junio de 2007, *A., M. A. c. F., J. E.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/4020/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 20 de noviembre de 2007, *Wade, Sandra Daniela c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/8955/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 06 de julio de 2010, *Sarti Cordero, Gustavo Baltasar c. O. R., D. H. y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2011-III, pp. 106-110.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 16 de octubre de 2012, *S., S. M. c. A., J. C. y otros*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/168373/2012.

Cámara Nacional en lo Civil, sala G, 16 de junio de 2015, *G. A. del C. c./ O.S.U.P.C. de la Nación*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-87450-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 13 de junio de 2018, *G., E. A. y otro c. C., E. C. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-112299-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 19 de diciembre de 2017, *P., V. J. y otro c./ I. M. de O.S.A. y otros*, con comentario de Roberto A. Meneghini (25 de abril de 2018), Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-13520-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 10 de febrero de 2020, *E., P. M. c. B., F. A. y otro*, La Ley, 2020-A, pp. 385-394; Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2020-4, p. 125.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 02 de noviembre de 2023, *R., K. F. y otros c. Instituto Médico Constituyentes S.A. y otros*, Autos n.º 392/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 22 de abril de 2024, *Banchig, Luis Fernando c. Clínica Adventista Belgrano (Asociación Argentina Adventista del Séptimo Día) y otros*, Autos n.º 101.377/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 31 de julio de 2024, *Krastev, Bozhidar Evgeniev c. L. E. de la A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-153189-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 28 de abril de 2025, *González Rinaldi, Yanina Paula c. Moya Torres, Solange Alejandra y otros*, Autos n.º 45.427/2021/CA1.

Sala H

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 19 de marzo de 1999, *B., E. A. c. Sanatorio Morano*. Disponible en: SAIJ [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2024].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11 de junio de 2008, *F., P. c. Editorial Perfil*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/5913/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 07 de abril de 2014, *V., A. c. R., J. y otro*, Autos n.º 107.811/10; La Ley Online, cita digital: AR/JUR/43845/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 17 de octubre de 2016, *Zonenfeld c. Construcciones Potosí 4013 S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-102332-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 03 de mayo de 2018, *M. E. G. c. B. G. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-111534-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11 de junio de 2018, *Yabes, Marta Estela y otros c. N., L. M.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-112247-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 25 de febrero de 2019, *M. M. J. c. Centro Gallego de Buenos Aires. Mutualidad Cultura Acción Social y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-117479-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 25 de junio de 2019, *García, Brenda Yael c. AMX Argentina S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-120056-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 20 de julio de 2020, *M. A. D. c. C. H. S. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-127047-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 25 de septiembre de 2019, *García Brenda Yael c./ AMX Argentina S.A*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-120056-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 08 de agosto de 2022, *P., J. L. de C. de J. y otro c. Fundación para la Lucha de las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI) y otros*, Diario El Derecho, t. 300, cita digital: El Derecho-MVCXXVI-499.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 21 de marzo de 2024, *C., L. H. N. y otros c. Clínica La Esperanza (Celso S.R.L.) y otro*, Autos n.º 49.199/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 01 de noviembre de 2024, *P. S. C. de V. c. O. y otros*, Autos n.º 45.200/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 03 de diciembre de 2024, *H. G. E. y otro c. Silver Cross América Inc. S.A. y otros*, Autos n.º 100.374/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 29 de abril de 2025, *C., E. c. Obra Social del Personal de la Construcción y otros*, Autos n.º 31.023/2015.

Sala I

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 12 de marzo de 2009, *Mac Lean, Guillermo Jorge c. Banco de la Policía de Córdoba*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/18091/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 01 de julio de 2014, *Z. B., D. H. c./ Fund. Centro De Edc. Méd e Inv. Clínicas*, El Derecho, 2014-259, p. 116.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 02 de junio de 2015, *Pallares, María Cristina c. Transportes Sur-Nor Comercial e Industrial S.A. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-93376-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 10 de mayo de 2019, *Oneddu Araceli Mabel y otro c./ C. N. H.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-119595-AR.

Cámara Nacional en lo Civil, sala I, 27 de diciembre de 2019, *C., A. J. y otros c./ Organización de Servicio Directos Empresarios*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2020-III, p. 81, cita digital: AR/JUR/54621/2019.

Cámara Nacional en lo Civil, sala I, 18 de junio de 2021, *A. M. V. y otro c./ P. L. E. y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-133012-AR.

Sala J

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 18 de marzo de 2015, *N. M. C. c. E. M. J. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-92000-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 01 de enero de 2020, *R., J. P. c. B. CMF S.A.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/42521/2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 31 de mayo de 2023, *M., M. N. y otro c. Galeno S.A. y otros*, Autos n.º 107.445/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 15 de abril de 2024, *Carrizo, Zulma Fanny y otros c. Clínica Santa Isabel y otros*, Autos n.º 44.568/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 05 de junio de 2024, *C. A. D. c. C. G. I.*, con nota de Romina Gaggia. Disponible en: [Microiuris](#) [Fecha de consulta: 31 de julio de 2024]; cita digital: MJ-DOC-17885-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 02 de septiembre de 2024, *C. de B. A. M. c. A. L. G. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-153469-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 02 de octubre de 2024, *C. de B. A. M. c. A. L. G. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-153469-AR.

Sala K

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 17 de abril de 2006, *M., E. E. c. S., J. A.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/1994/2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 20 de noviembre de 2020, *F. D. N. E. c. Mediconex S.A. y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-129414-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 27 de noviembre de 2020, *D. E., C. M. c. Galeno Argentina S.A.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2021-III, p. 126; cita digital: TR LALEY AR/JUR/63889/2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 01 de junio de 2021, *L. C. c. Estado Nacional Ministerio de Defensa Armada Argentina y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-132629-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 15 de mayo de 2023, *S. M. L. c. M. R. C.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-143645-AR.

Sala L

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 02 de junio de 2009, *P. L. J. c./ V. L. J.*, La Ley online, cita digital: AR/ JUR/21236/2009

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 27 de abril de 2015, *Carrasco, Bruno Daniel c. Sosa, Adriano Roberto y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-92579-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 02 de diciembre de 2015, *F. de R. M. S. c. SIMECO (Sistema Médico Asistencial del Consejo de Ciencias Económicas CBA) y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-97483-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 10 de junio de 2021, *B., A. N. y otro c. S., A. S.*, La Ley Online, con nota de Verónica Castro, cita digital: TR LALEY AR/JUR/74188/2021; Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2021-4, p. 45; Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-132750-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 2024, *C., R. y otros c. C. C. S.A. y otros*, Autos n.º 20.770/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 24 de marzo de 2024, *F. S. A. c. M. J. y otro*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-141811-AR.

Sala M

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 02 de abril de 2004, *Salvador, Laura M. c./ Sanatorio Modelo Quilmes*, Doctrina Jurídica, 2004-2, p. 984.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 30 de marzo de 2005, *Ariza, Beatriz A. c./ Moricz de Tecso, Pedro N. y otro*, Lexis, n.º 1/1006131.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12 de septiembre de 2005, *Miguel, Fernando A. c./ Grupo BCN España S.A.*, La Ley 2006-E, p. 380.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12 de septiembre de 2005, *Vimo, Jorge A. c./ P., G. A.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/3457/2005.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 30 de diciembre de 2008, *Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata S.A.*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/22179/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 06 de mayo de 2009, *Ranieri, Agustín Alberto c./ De Tezanos Pinto, Manuel y otros*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/9902/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 11 de marzo de 2010, *Forziati, Claudio Néstor c./ F., A. M. y otros*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/3724/2010.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29 de agosto de 2014, *F., N. F. c./ C., C. A.*, El Derecho, 2015-260, p. 72.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 23 de abril de 2015, *B., A. M. y otros c./ Club Atlético River Plate y otros*, autos n.º 25.364/2005.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 25 de junio de 2021, *M. C. V. c. OSDE*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-133152-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 29 de octubre de 2021, *K., D. C. y otros c. S. A. - F. I. Q. C.*, con nota de Pascual Alferillo, Diario El Derecho, tomo 297, 2022, cita digital: El Derecho-III-CLII-545.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 16 de febrero de 2024, *M. M. A. c. Obra Social de Empleados Textiles (OSETYA) y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-149287-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 18 de abril de 2024, *B., F. A. y otros c. I. A. F. S.A.*, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/40240/2024.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 10 de mayo de 2024, *B., P. V. c./ P., Á. N. y otros*, autos n.º 76.355/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 18 de septiembre de 2024, *A., P. A. c./ L. G., P., F. y otros*, autos n.º 84.250/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 03 de septiembre de 2024, *B. B., M. L. c./ O. S. U. P. N.*, autos n.º 23.609/2017;

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 07 de febrero de 2025, *Q. C. F. y otros c./ O. S. del P. de T. y otros*, autos n.º 99.654/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala A

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 04 de febrero de 2005, *Ramos, Alfredo c. Banco Río de la Plata*, Jurisprudencia Argentina, 2005-II, p. 182; La Ley Online, cita digital: TR LALEY 35001351.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 22 de mayo de 2014, *D. R., F. y otro c. Federación Sindicatos Unidos Petroleros*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/35089/2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 13 de octubre de 2017, *Z., V. A. c. Bariló SRL y otro*, La Ley, 2017-F, p. 335.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 07 de junio de 2022, *A., A. y otros c. Cencosud S.A.*, autos n.º 27.498/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 27 de diciembre de 2022, *Pilotes y Anclajes S.R.L. c. R.C.C. Emprendimientos S.R.L.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-140985-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 28 de marzo de 2023, *Ojeda, Laura Carmen c. Banco de la Nación Argentina y otros*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-142830-AR.

Sala B

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 07 de febrero de 1989, *Muraro, Heriberto c. Eudeba, S.E.M.*, La Ley, 1989-D, p. 289, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 23 de junio de 2004, *Abramovich, Leonardo c./ Barabini, Norberto*.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 18 de septiembre de 2005, *Jauja S.R.L. c./ La Papelera del Plata S.A.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2006-3, p. 55.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 03 de septiembre de 2007, *Rainly S.A. c. Lindsay International Sales Corporation*, Microiuris Online, cita digital: MJJ18124.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 31 de agosto de 2015, *Rizzelli, Rubén Omar c. Liderar Compañía General de Seguros S.A.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2016-7, p. 187.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 11 de abril de 2019, *Norder S.A. c. Telecom Argentina S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJJ118592.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 23 de octubre de 2019, *HBO Ole Distribution LLC y otro, ordinario*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-122160-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 29 de junio de 2022, *Distrisam S.A. c. Banco Santander Río S.A.*, Diario El Derecho, tomo 299, cita digital: El Derecho-MMMDCXCIII-43.

Sala C

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 6 de abril de 1967, *Sollazo Hnos., S.A. c./ Troisi, Francisco e hijos*, El Derecho, n.º 21, p. 111.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 02 de febrero de 2001, *Video La Rioja Sociedad Anónima c./ Distrinorte Sociedad de Hecho y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2001-3, p. 125.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 16 de octubre de 2001, *Trobo Baz, Antonio c./ HSBC Banco Roberts S.A.*, El Derecho, 2002-196, p. 574.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 30 de septiembre de 2003, *Martínez Hermanos S.R.L c./ Banco Francés S.A.*, El Derecho, 2004-206, p. 234.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 14 de octubre de 2005, *Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A.*, autos n.º 52.169/96. Disponible en: <https://fallos.diprargentina.com/2007/03/cordis-corporation-c-sistemas-mdicos.html> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2023].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 28 de agosto de 2008, *Cafés Universitarios S.R.L. c. Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto*, Jurisprudencia Argentina, 2008-IV, p. 194.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 25 de junio de 2013, *LM Sistemas Lumínicos S.A. c. HSBC Bank Argentina S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-80852-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 24 de junio de 2014, *Grupo Pilares S.R.L. c. Cencosud S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-88980-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 12 de septiembre de 2017, *Automóviles Surauto S.A. c. Honda Motor de Argentina S.A.*, Microiuris Online, cita digital: MJ-JU-M-107447-AR.

Sala D

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 15 de diciembre de 2006, *Mabromata, Daniel José c. Lloyds Bank Ltd. S.A.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/9551/2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 19 de septiembre de 2007, *Angelini, Fernando Gabriel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/9023/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 10 de junio de 2008, *Lo Schiavo y Bevilaqua S.A. c. Hexagon Bank Argentina S.A.*, El Derecho Digital, cita online: El Derecho-DCCXCIV-800.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 15 de agosto de 2008, *González, Claudio Néstor c. Citibank N.A.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/8729/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 27 de marzo de 2012, *LC Acción Producciones S.A. c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. – ARTEAR*, Diario Judicial, 2012, n.º 36, p. 18.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 4 de diciembre de 2012, *Alterleib, Miguel Ángel c. Citibank N.A.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AP/JUR/4774/2012.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 4 de febrero de 2013, *Quiroga Lavié, Humberto c. Standard Bank Argentina S.A. y otro*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AP/JUR/30/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 29 de agosto de 2013, *Amato, Carlos Daniel c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*, La Ley, 2013-F, p. 438.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 30 de mayo de 2016, *C.P.T. Integral S.A. c. Banco Santander Río S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-99759-AR.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 3 de abril de 2018, *Pirroncello, Fernando y otro c. Banco Supervielle S.A.*, autos n.º 029695/2015. La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/9054/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 10 de diciembre de 2019, *Sánchez Silvero, Osmar c. Banco Galicia y Buenos Aires*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/56330/2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 17 de mayo de 2022, *B., M. P. y otro c. Matercell S.A.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/60022/2022.

Sala E

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 29 de septiembre de 2005, *IPH S.A. c. Bank Boston National Association*. Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-iph-sa-otro-bankboston-national-association-fa05983128-2005-09-29/123456789-821-3895-0ots-eupmocsollaf> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2025].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 21 de septiembre de 2007, *Lagorio, José c. Banco Galicia y Buenos Aires S.A.*, elDial, cita digital: AA4328.

Sala F

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 21 de mayo de 2015, *Diagnóstico Médico S.A. c. Quattro Latina S.A.*, El Derecho, 2015-263, p. 86.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 31 de marzo de 2023, *Ensincro S.R.L. c. Banco Santander Río S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-142852-AR.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 5 de agosto de 2003, *Macegui S.A. c./ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 5 de agosto de 2003, *Capuchinelli, Vicente Luis c./ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Hospital Municipal Dr. Teodoro Álvarez*.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 5 de marzo de 2020, *C. N. C. c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros*, con nota de María Soledad Tagliani, Revista de Derecho de Familia, 2021-I, pp. 49-58, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3943/2020.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 14 de febrero de 2003, *Soto, Juan Bautista y otro c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Hospital Durand*, autos n.º 1343/0.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, 31 de marzo de 2014, *Ortega, María Cristina c./ Blanef S.A. y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-86079-AR.

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de abril de 2018, *P., J. A. c./ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-110516-AR.

ii. Provincia de Buenos Aires

Suprema Corte de Buenos Aires

- Suprema Corte de Buenos Aires, 19 de junio de 1965, *Minutta, José c. Administración de la Lotería de la Provincia de Buenos Aires*, La Ley, 1965, t. 119, pp. 395-401.
- Suprema Corte de Buenos Aires, 19 de octubre de 1971, *Ortiz de Habernau, Roselvira c. Provincia de Buenos Aires*, La Ley, 1972-148, p. 680, 29.549-S.
- Suprema Corte de Buenos Aires, 25 de noviembre de 2009, *Macchi, Elena María c. Hospital Dr. Antonio Cetrángolo*, La Ley Online, cita digital: AR/JUR/53631/2009. Suprema Corte de Buenos Aires, 28 de junio de 2012, *B. R. c. B., J. P. y otros*, Autos n.º 94.297/2007.
- Suprema Corte de Buenos Aires, 03 de diciembre de 2014, *D., M. S. c. M., O. W.*, Autos n.º 115.995, La Ley Online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/80581/2014.
- Suprema Corte de Buenos Aires, 03 de julio de 2018, *O., N. c. S. y otro*, Autos n.º 110.890/2011.

Azul

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 28 de marzo de 2000, *O., C. S. c./ Zubiaurre S.A. y otros*, La Ley Buenos Aires, 2000, p. 1047.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 7 de junio de 2001, *Barzottini, H. c./ Lazarte, Juan*. La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2337/2001.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 15 de diciembre de 2005, *Hernández, Roberto A. c./ Ronconi, Francisco H.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/8271/2005.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 11 de septiembre de 2008, *Sucesores de Pedro Pennacchio c./ Consorcio de Copropietarios Donovan y Autopista Ricchieri Tapiales Pba*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/16209/2008.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 10 de marzo de 2021, *A. G. E. y otro c./ Fútbol Club Carril Sud*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2021-I, p. 143, cita digital: AR/JUR/63698/2020.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 19 de agosto de 2024, *M., M. A. c./ E., M. L. A. y otros*. La Ley online, cita digital: LALEY AR/JUR/33431/2024.

Bahía Blanca

- Cámara Primera en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, 29 de febrero de 2000, *Porzio, Blanca B. y otro c./ Kim, Ung Ki.*, La Ley Buenos Aires, 2000, p. 876.

Junín

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 25 de octubre de 2016, *G., M. A. c./ D. F., J. M.*, autos n.º N9 JU-7276-2012.

La Plata

- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, 1 de marzo de 1967, *Pinto Guerrero, Laura V. c./ Transportes de Buenos Aires*, El Derecho, n.º 21, p. 377.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, 20 de julio de 1971, *Álvarez Dios, Manuel c./ Banco de la Provincia de Buenos Aires*, El Derecho, n.º 43, p. 538.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, 23 de abril de 2021, *Terenziani, Santiago Leonardo c./ Empresa Distribuidora Sur S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-132373-AR.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala I, 11 de octubre de 2022, *Fato, Melina c./ Telefónica de Argentina S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-139014-AR.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, 7 de abril de 2020, *López Lucas Alberto c./ Altinium S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJJ125279.
- Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 3 de marzo de 2020, *C. N. E. c./ Hospital H. Cestino de Ensenada y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2020-8, p. 185.
- Cámara Civil y Comercial de Primera Nominación de La Plata, sala tercera, 25 de marzo de 2008, *G., H. A. y otra c./ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otros*, Abeledo Perrot, *Newsletter Diario*, 19 de junio de 2008, disponible en: <http://www.abeledoperrot.com/noticias/mostrarnoticianew.asp?Cod=8353&tipo=1>.

Lomas de Zamora

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 13 de noviembre de 2007, *Barrios, Miguel Ángel c./ Transportes Metropolitanos General Roca*, JUBA: B2550796.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 4 de diciembre de 2023, *Medina, María Isabel c./ Salvatela S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-147956-AR.

Mar del Plata

- Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 27 de febrero de 2007, *González, Mirta G. c./ Fioravanti, Oscar F.*, (Juba B1353317).
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala I, 18 de noviembre de 2008, *Castro, Carlos y otros c./ Montes de Oca, Miguel y otro*, disponible en: <https://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-buenos-aires-castro-carlos-otros-montes-oca-miguel-otro-fa08994466-2008-11-18/123456789-664-4998-0ots-eupmocsollaf>.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 1 de febrero de 2012, *Matilde, Hilda G. y otros c./ Loza, Felipe y otros*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2012-IV, p. 155.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 5 de noviembre de 2013, *Cintioni, Norma Nélida c./ S., M. A.*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2014-I, p. 75.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 18 de agosto de 2016, *N., P. L. c./ R., H.*, El Derecho, 2017, n.º 270, p. 553.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 12 de diciembre de 2018, *Marmól, Carlos Eduardo c./ Banco de la Provincia de Buenos Aires*, La Ley online, cita digital: TR LA LEY AR/JUR/79273/2018.

Mercedes

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 27 de septiembre de 2001, *N. N.*, La Ley Buenos Aires, 2002, p. 102.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 30 de septiembre de 2004, *H. E. N. c./ N. H. V.*, disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=14645> [consulta: 1 de marzo de 2025].
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 7 de marzo de 2006, *Chakers Sociedad de Hecho y/u otros c./ Municipalidad de Nueve de Julio y otro*, El Derecho, 2006-218, p. 480.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, 5 de marzo de 2009, *G., J. c./ H. O. J.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/22100/2009.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, 26 de mayo de 2011, *Oyarbide, Elsa María y otro c./ C., J. M.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/19762/2011.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, 22 de marzo de 2012, *S., J. G. c./ S., J. G.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/5991/2012.

Morón

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 9 de junio de 2009, *G., E. y otra c./ Andreoli, Juan Roberto*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/14588/2009.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 1 de septiembre de 2022, *Cassoli, Liliana Beatriz y otro c./ Visa Argentina S.A. y otro*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-138284-AR.

San Isidro

- Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 16 de junio de 1993, *Juara, José c./ Club Atlético Tigre y otros*, La Ley, 1993-D, p. 208.
- Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 20 de abril de 2007, *Díaz, Claudia A. c./ Massalin Particulares S.A.*, elDial.com, cita digital: AA3E20.
- Noveno Juzgado en lo Civil y Comercial de San Isidro, 25 de marzo de 1988, *E., N. c./ G., F. C. N.*, El Derecho, 128, p. 333.

San Martín

- Cámara en todos los fueros de San Martín de los Andes, 18 de febrero de 2010, *Herzig, Silvia Stella Maris c./ Nieves del Chapelco*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2010-XI, p. 220.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, sala I, 17 de septiembre de 2015, *L., M. G. c./ INC S.A. Supermercados Carrefour y otros*, autos: LEG69318/04.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, 17 de octubre de 1996, *De Castro, Edison A. c./ C., D. A.*, La Ley Buenos Aires, 1998, p. 555.

Trenque Lauquén

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquén, 25 de noviembre de 2024, *M. N. R. c./ D., S. M.*, con nota de Mariana J. Rey Galindo (31 de marzo de 2025), Microiuris online, cita digital: MJ-DOC-18208-AR.

iii. Provincia del Chaco

Resistencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, 13 de julio de 2018, *B., M. E. c./ F., M. H.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-113756-AR.

iv. Provincia de Chubut

Comodoro Rivadavia

Cámara de Apelaciones Civil de Comodoro Rivadavia, sala A, 28 de marzo de 2008, *S., M. G. c./ C., H.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/3898/2008.

Trelew

Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 22 de septiembre de 2008, *Padrón, L. J. c./ V. C. A. M.*, La Ley online.

v. Provincia de Córdoba

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Civil y Comercial, 7 de noviembre de 2007, *Di Lello, Pablo c./ Barancelli, Cristián R.*, sentencia n.º 43, Rubinzal Online, cita digital: RC J 2778/21.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala penal, 6 de diciembre de 2007, *Bustos Moyano, Juan Martín*, La Ley Córdoba, 2008, p. 366.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba

Sala Primera

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, sala I, 4 de diciembre de 2014, *Venega, Sergio Daniel c./ Rolland, Ema Carolina y otro*, La Ley Córdoba, 2015-4, p. 458.

Sala Segunda

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, sala II, 9 de marzo de 2008, *Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano*, La Ley Córdoba, 2008, p. 535.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, sala II, 10 de mayo de 2012, *S., W. y otro c./ Municipalidad de Córdoba y otros*, La Ley Córdoba, 2012-8, p. 881.

Sala Sexta

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de de Córdoba, sala VI, 21 de octubre de 1999, *G. de M., M. c./ Provincia de Córdoba y otros*, La Ley, 2000-C, p. 883.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de de Córdoba, sala VI, 22 de febrero de 2008, *Campellone Llerena, Mariano Tomás c./ Andrada, Isidro y otro*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/573/2008.

Sala Octava

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de de Córdoba, sala VIII, 22 de enero de 2001, *R., R. E. c./ Grgich Barruca, Alejandro*, La Ley Córdoba, 2001, p. 756.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de de Córdoba, sala VIII, 7 de febrero de 2006, *Palacios, María del R. c./ López, Juan R. y otro*, La Ley Córdoba, 2006-838, p. 32.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de de Córdoba, sala VIII, 19 de febrero de 2008, *Cuello, Mario A. c./ Ternasky, Walter A. y otros*, La Ley Córdoba, 2008, p. 595

Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba

Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba, 4 de julio de 2017, *G., R. D. c./ G., I. J.*, sentencia n.º 21.

Río Cuarto

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de Río Cuarto, 31 de mayo de 2006, *Agrovet S.R.L. y otro c./ Banco Provincia de Córdoba*, La Ley online, cita digital: TR LALEY 70037398.

San Francisco

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de la Tercera Nominación de San Francisco, 10 de agosto de 2016, *L. D. N. c./ Municipalidad de San Francisco y otro*, El Derecho, 2017-271, p. 175.

vi. Provincia de Corrientes

Goya

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, sala I, 21 de noviembre de 2017, *M., N., en nombre y representación de su hijo y otro c./ R. M. G.*, sentencia n.º 85.

vii. Provincia de Gran Chaco

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, 18 de julio de 1984, *Gerez, Luis y Catalina Castro de Gerez c./ Arturo Paz José Gabriel Oliva, Mestre Hnos. SCC*;

Pedro Antonio Mestre; Jaime Mestre y/o quien res. Responsable, autos n.º 10.212/84.

viii. Provincia de Entre Ríos

Concordia

Cámara de Apelaciones de Concordia, sala Civil y Comercial, 7 de octubre de 2008, *González, Lucía Juana c./ de la M., P. S.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/18198/2008.

Paraná

Cámara en lo Contencioso Administrativo de Paraná, Entre Ríos, 5 de febrero de 2020, *A., L. R. c./ Provincia de Entre Ríos y otro*, Rubinzal Online, cita digital: RC J 3822/20.

Cámara en lo Contencioso Administrativo de Paraná, Entre Ríos, 14 de abril de 2021, *C., E. M. c./ Superior Gobierno de Entre Ríos y otro*, Rubinzal Online, cita digital: RC J 3653/21.

ix. Provincia de Formosa

Formosa

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Formosa, 20 de agosto de 2009, *Ortiz, Jorge L. c./ Cáceres, Augusto M. y otro*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/30308/2009.

x. Provincia de Jujuy

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, sala I, 18 de octubre de 2017, *B. O. del V. c./ Estado Provincial – Hospital Pablo Soria y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107642-AR.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, sala III, 4 de abril de 2016, *P. M. A. c./ Estado Provincial*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97909-AR.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, sala I, 27 de febrero de 2015, *Mamani, Juana Paula y otros c./ Ripoll, Jorge Adrián*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/4989/2015.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, sala III, 30 de marzo de 2004, *Quipildor, Catalina y otros c./ Hospital Salvador Mazza de Tilcara y otro*, La Ley Noroeste Argentino, 2004 (julio), p. 1248.

xi. Provincia de La Pampa

General Pico

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, sala A, 16 de abril de 2021, *B., I. M. c./ C., S. D.*, con nota de Gabriela J. Kaufman, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/12583/2021.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, sala B, 12 de octubre de 2018, *B. N. I. y otros c./ Clínica Regional S.R.L.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-115752-AR.

xii. Provincia de Mendoza

Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Sala I

Suprema Corte de Mendoza, sala I, 02 de septiembre de 1999, *Puebla, Ricardo A. c./ Banco de Previsión Social SA.*, El Derecho, 1999-185, p. 877.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 23 de junio de 2003, *Marchena, Jorge c./ Dimensión S.A. y otros*, Jurisprudencia Argentina, 2004-I, p. 494.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 28 de mayo de 2004, *F., A. c./ C., S.*, autos n.º 78.885. La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/885/2004.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 3 de julio de 2009, *Palluchini, Margarita c./ R., A. I.*, La Ley Gran Cuyo, 2009, p. 962.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 07 de junio de 2013, *L. M. A. P.S. y P.S.H.M. c./ Hospital Central y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-80109-AR.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 22 de marzo de 2016, *L. S. T. c./ B. M. L.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-97395-AR.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 22 de mayo de 2018, *A. M. A. M. y otros c./ Estado Nacional y otros c./ Hospital Central de Mendoza*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-111448-AR.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 23 de septiembre de 2020, *Coria, Rosa y otros c./ Gobierno de la Provincia de Mendoza*, autos n.º 010302-53667.

Cámara Federal de Mendoza

Sala A

Cámara Federal de Mendoza, sala A, 20 de diciembre de 2021, *Distribuidora de Gas Cuyano S.A. c./ Alonso, Elizabeth Mónica y otros*, autos n.º 22036451/2012/CA1.

Cámara Federal de Mendoza, sala A, 10 de octubre de 2023, *Coria, María Natalia c./ Swiss Medical Group S.A.*, autos n.º 34.535/2017.

Sala B

Cámara Federal de Mendoza, sala B, 30 de mayo de 2024, *Albornoz, Sergio Claudio y otra c./ Gutiérrez, Vicente y otro*, autos n.º 13306/2015/CA1.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minas de Mendoza

Sala I

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sala I, 17 de septiembre de 2003, *Juárez, Rosa E. y otro c./ Provincia de Mendoza*, Doctrina Judicial, 2004-2, 2506-S, p. 219.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala I, 16 de mayo de 2007, *Terraza, R. H. c./ Municipalidad de San Carlos*, autos n.º 38.256.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala I, 17 de octubre de 2011, *Tam S.A. c./ Gobierno de la Provincia de Mendoza*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/63061/2011.

Sala II

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sala II, 16 de septiembre de 2013, *Jorge, Roberto Mario c./ B., A. E.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-81663-AR.

Sala III

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala III, 19 de noviembre de 1999, *Oballi, Salomón c./ Espinoza, Adrián T.*, La Ley Gran Cuyo, 2000, p. 245.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala III, 3 de noviembre de 2015, *G., M. B. y otro c./ G., J.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/58836/2015.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala III, 11 de noviembre de 2020, *Hormazabal, Luis Gastón c./ Provincia de Mendoza*.

Sala IV

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala IV, 16 de septiembre de 2008, *B. H. E. c./ M. R. A.*, La Ley Gran Cuyo, 2008 (diciembre), p. 1089 y La Ley Gran Cuyo, 2009 (junio), p. 448, con nota de Pascual E. Alferillo.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala IV, 16 de marzo de 2009, *Martínez, Mario Héctor c./ Carelli, Miguel Ángel s/ daños y perjuicios*, autos n.º 31.729.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala IV, 4 de agosto de 2009, *García, Apolinario Esteban y otros c./ Estado Provincial*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/27672/2009.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala IV, 15 de febrero de 2010, *Ramírez de Correa, Natalia c./ Osorio de Bonetto, Mabel*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/6414/2010.

Sala V

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala V, 1 de agosto de 2008, *Rodríguez, Alberto Jorge y otro c./ Galigniana*

Guevara, Hernán Horacio, La Ley Gran Cuyo, 2008, p. 911, cita digital: AR/JUR/5814/2008.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala V, 8 de febrero de 2019, *Andrada, Ana María c./ Municipalidad de Guaymallén*, autos n.º 13-02156030-2.

Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza

Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 11 de julio de 2019, *B. L. F. C/M. J. L.*, autos n.º 741/17.

Primera instancia

Primera Cámara en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18 de agosto de 2001, *Gallardo, Claudia E. c./ Chávez*, autos n.º 142224/340.

xiii. Provincia de Neuquén

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, sala I, 3 de diciembre de 2009, *F. G. I. c./ D. D. R.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/57798/2009.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, sala II, 11 de junio de 2015, *A. J. C. c./ A. E. S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-94222-AR.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, sala II, 26 de septiembre de 2017, *R. N. A. c./ R. A. R.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-107462-AR.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, sala III, 3 de abril de 2018, *M., C. G. c./ Consejo Provincial de Educación*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2018-IX, p. 199.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, 23 de junio de 2021, *C. A. M. V. y otro c./ J. D. A. y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-134914-AR | MJJ134914.

xiv. Provincia de Río Negro

General Roca

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de General Roca, sala II, 23 de marzo de 2016, *Gajardo, Hugo Esteban c./ Telefónica Móviles Argentina S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-98524-AR.

xv. Provincia de Salta

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, sala I, 14 de marzo de 2025, *Romano Güemes, Silvia Liliana c./ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación*, autos n.º 9882/2015/CA1.

xvi. Provincia de San Juan

Corte de Justicia de San Juan

Corte de Justicia de San Juan, sala I, 12 de diciembre de 2005, *Montaño, Isidro F. c./ G., M. H. y otro*, autos n.º 3367.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan

Sala I

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan, sala I, 26 de junio de 1997, *Pescarmona S.A. c./ Provincia de San Juan*, La Ley Gran Cuyo, 1999, p. 921.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan, sala I, 19 de junio de 2008, *Fundación Universidad Nacional de San Juan c./ E.P.R.E.*.

Sala II

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minas de San Juan, sala II, 2 de septiembre de 1992, *De Quiroga, Ambrosia A. c./ Sánchez Bustos, Martín C.*, Jurisprudencia Argentina, 1994-I, p. 196.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan, sala II, 25 de octubre de 2005, *N. H. E. c./ P. R. M., P. M. S.*

Sala III

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan, sala III, 26 de agosto de 1996, *Velásquez de López, Beatriz c./ M. A. G. y otro*, autos n.º 5493.

xvii. Provincia de Santa Cruz

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, 28 de junio de 2006, [sin carátula identificada], La Ley Patagonia, 2007-846, 487-S.

xviii. Provincia de Santa Fe

Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 23 de septiembre de 2009, *Herrera, Anselmo y Taborda de Herrera, Claudina c./ Gallo, Aldo José y/o Compañía de Seguros El Norte S.A.*, voto de la Dra. Gastaldi, El Derecho digital, cita online: El Derecho-DCCXCIC-459.

Reconquista

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, 24 de abril de 2024, *Godeas, Rolando Hernán c./ Aca Salud Pres. Serv. Med. Ltda.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-150952-AR.

Rosario

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario

Sala I

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 22 de octubre de 2010, *Mongelli, Mariel B. c./ Banco Macro S.A.*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/70834/2010.

Sala II

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 20 de diciembre de 2017, *Tamborini, María Carolina c./ Telecom Argentina S.A.*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-112199-AR.

Sala III

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, 5 de septiembre de 2011, *Tanoni Pernigotti, Liza y otros c./ Tejerina, W. P. y otros*, La Ley Litoral, 2012, p. 104.

Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario

Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, n.º 6, 5 de diciembre de 2014, *L. M. y otros c./ Sanatorio de los Nuevos Ayres y otros*, Microiuris online, cita digital: MJ-JU-M-92536-AR.

Santa Fe

Cámara de Apelaciones en lo Civil de Santa Fe, 15 de diciembre de 2016, *Montandón, Federico Ariel c./ Finanger S.R.L.*, La Ley online, cita digital: AR/JUR/107820/2016.

Venado Tuerto

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Venado Tuerto, 25 de octubre de 1999, *B., N. y otros c./ Padula, José L. y otro*, La Ley Litoral, 2000, p. 539.

xix. Provincia de Santiago del Estero

Santiago del Estero

Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Civil y Comercial, 15 de febrero de 2010, *J., Rolando José y otra c./ Bianchi, Raúl y otros*, sentencia n.º 24.177.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación de Santiago del Estero, 20 de febrero de 2008, *Jiménez, Rolando José y otra c./ B., Raúl y otros*, La Ley online, cita digital: TR LALEY AR/JUR/2319/2008.

xx. Provincia de Tucumán

Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sala Civil y Penal, 7 de julio de 1999, *Miranda, Lucio R. y otra c./ La Invernada S.A. y otros*, La Ley Noroeste Argentino, 2000, p. 893.

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativo, 25 de octubre de 1996, *B., C. A. y otra c./ Si. Pro. S.A. y otra*.

Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativo, 5 de agosto de 1999, *A., L. A. c./ Provincia de Tucumán*, La Ley Noroeste Argentino, 2000, p. 1120.

IV. Chile

1. Corte Suprema

Corte Suprema, 25 de octubre de 1904, *Jorquera v. de Ordenes c. The Chillian Electric Tramway and Light C^a Ltd.*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, abril de 1905, Año II, n.º 5, pp. 141-145.

Corte Suprema, 13 de junio de 2006, [*caso anonimizado*], Rol n.º 4.514-2005.

Corte Suprema, 11 de abril de 2007, *Aros González, Luisa del C. c. Zoffoli Guerra, Cristian M.*, Rol n.º 3.291-2005.

Corte Suprema, 27 de octubre de 2008, *Rojas Lineros, Juan Carlos c. Corporación de Asistencia Judicial*, Rol n.º 1021-2007.

Corte Suprema, 20 de enero de 2011, *Ojeda Soto, Manuel Enrique c. Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, Rol n.º 2074-2009.

Corte Suprema, 28 de enero de 2011, *Wagemann c. Vidal*, Rol n.º 5.849-2009.

Corte Suprema, 12 de abril de 2012, *Urrea Fuentes, Cristian c. Corpbanca*, Rol n.º 218-2011.

Corte Suprema, 23 de enero de 2013, *Soto Morales, Juan Bautista c. Fisco de Chile*, Rol n.º 1.250-2012.

Corte Suprema, 06 de agosto de 2013, *Vera c. Medi-Matic*, Rol n.º 7493-2012.

Corte Suprema, 18 de diciembre de 2013, *Valenzuela Flores, María del C. c. Fisco de Chile*, Rol n.º 1.629-2013.

Corte Suprema, 29 de abril de 2014, *Contreras Rodríguez, Eduardo c. Fisco de Chile*, Rol n.º 16.920-2013.

Corte Suprema, 29 de abril de 2014, *Fonseca Vásquez, Marta Adela c. Fisco de Chile*, Rol n.º 16.885-2013.

Corte Suprema, 25 de agosto de 2014, *Sociedad Mansilla y Asencio c. Municipalidad de Punta Arenas*, Rol n.º 2.555-2014.

Corte Suprema, 09 de septiembre de 2014, *Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada c. Municipalidad de Temuco*, Rol n.º 16.582-2014.

Corte Suprema, 30 de septiembre de 2015, *Comercial e Industrial Titanium Limitada c. Instituto Nacional de Deportes*, Rol n.º 2.795-2015.

Corte Suprema, 03 de diciembre de 2015, *Vásquez c. Hospital Van Buren*, Rol n.º 29.365-2014.

Corte Suprema, 29 de enero de 2016, *Rosas Bahamonde, Lourdes del Carmen c. Servicio de Salud Chiloé*, Rol n.º 13.544-2016.

Corte Suprema, 07 de junio de 2016, *Oñate Sanhueza, Alba Rosa c. Fisco de Chile*, Rol n.º 32.262-2015.

Corte Suprema, 14 de septiembre de 2016, *Vásquez Olivares, Juan c. Servicio de Salud Coquimbo*, Rol n.º 35.566-2015.

Corte Suprema, 22 de septiembre de 2016, *Sarabia Tolosa, Juan y otros c. Servicio de Salud Iquique y otros*, Rol n.º 9481-2016.

Corte Suprema, 04 de octubre de 2016, *Moscoso Larenas, Alejandro c. Fisco de Chile*, Rol n.º 24.306-2016.

Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, *Anabalón Fierro, Myriam y otros c. Servicio de Salud Araucanía Sur*, Rol n.º 22.751-2015.

Corte Suprema, 26 de diciembre de 2016, *Pérez Aguilar, Carlos Mauricio c. Servicio de Salud de Antofagasta*, Rol n.º 11.526-2017.

Corte Suprema, 21 de febrero de 2017, *Marchant Abarca, David José c. Banco de Chile*, Rol n.º 84.780-2016.

Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, *Corvalán Castillo, Patricia Navidad c. Servicio de Salud Metropolitano Occidente – Hospital Dr. Félix Bulnes*, Rol n.º 47.936-2016.

Corte Suprema, 08 de agosto de 2017, *Morales Cancino, Paula Andrea c. Hospital Regional de Talca*, Rol n.º 97.628-2016.

Corte Suprema, 27 de julio de 2017, *Gutiérrez Sanzana, Silvia y otra c. Fisco de Chile*, Rol n.º 68.818-2016.

Corte Suprema, 31 de julio de 2017, *Green Gómez, Robinson Reinaldo c. Fisco de Chile*, Rol n.º 88.986-2016.

Corte Suprema, 28 de agosto de 2017, *Cifuentes Sánchez, Elías Alfredo c. Fisco de Chile*, Rol n.º 97.661-2016.

Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, *Ortiz López, Jorge Juan; Ortiz Bravo, Carolina; Ortiz Bravo, Jorge c. Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, Rol n.º 101.769-2016.

Corte Suprema, 06 de noviembre de 2017, *Pérez Barril, Mariela; Barril Henríquez, Elbia c. Servicio de Salud Osorno*, Rol n.º 62.104-2016.

Corte Suprema, 09 de noviembre de 2017, *Contreras Parra, Juan Guillermo c. Secretaría Regional Ministerial de Salud*, Rol n.º 1.745-2017.

Corte Suprema, 09 de noviembre de 2017, *Escalona Allendes, Manuel y otros c. Fisco de Chile*, Rol n.º 12.169-2017.

Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, *Vera Órdenes, Georgina del Carmen c. Fisco de Chile*, Rol n.º 83.397-2016.

Corte Suprema, 16 de noviembre de 2017, *Lefiqueo Pincheira, Diodina Ruth c. Fisco de Chile*, Rol n.º 4.658-2017.

Corte Suprema, 21 de noviembre de 2017, *Obregón Villalobos, Sonia c. Fisco de Chile*, Rol n.º 100.695-2016.

Corte Suprema, 12 de diciembre de 2017, *Sepúlveda Aliste, Gabriela c. Fisco de Chile*, Rol n.º 172-2017.

Corte Suprema, 26 de diciembre de 2017, *Pérez Aguilar, Carlos Mauricio c. Servicio de Salud de Antofagasta*, Rol n.º 11.526-2017.

Corte Suprema, 29 de diciembre de 2017, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 97.668-2016.

Corte Suprema, 17 de enero de 2018, *Pinto Flores, René Alberto c. Fisco de Chile*, Rol n.º 5.094-2017.

Corte Suprema, 24 de enero de 2018, *Soto Maluenda, Jorge Andrés y otros c. Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, Rol n.º 33.865-2017.

Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, *Fuentealba Durán, Alfonso c. Servicio de Salud Talcahuano*, Rol n.º 21.599-2017.

Corte Suprema, 01 de marzo de 2018, *Beltrán Rodríguez, Claudia Yannira y otro c. Servicio de Salud Talcahuano*, Rol n.º 34.630-2017.

Corte Suprema, 26 de marzo de 2018, *Luna Miranda, Carolina Fabiola c. Fisco de Chile*, Rol n.º 10.165-2017.

Corte Suprema, 17 de abril de 2018, *Ramón Núñez, Luis Alberto c. Fisco de Chile*, Rol n.º 18.225-2017.

Corte Suprema, 02 de mayo de 2018, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 28.036-2017.

Corte Suprema, 22 de mayo de 2018, *Carvacho Arriagada, Amalia c. Hospital Regional Rancagua (Servicio de Salud O'Higgins)*, Rol n.º 43.002-2017.

Corte Suprema, 18 de junio de 2018, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 18.253-2017.

Corte Suprema, 29 de junio de 2018, *Méndez Dabdub, Natacha Clotilde c. Corporación Municipal de Salud*, Rol n.º 35.721-2017.

Corte Suprema, 12 de julio de 2018, *Tordoya Falcón, Blanca Lourdes c. Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse y otros*, Rol n.º 11.761-2017.

Corte Suprema, 25 de julio de 2018, *Loayza Rojas, Raúl Enrique c. Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, Rol n.º 30.264-2017.

Corte Suprema, 02 de octubre de 2018, *Catalán López, Adriana María c. Servicio de Salud Metropolitano Central*, Rol n.º 41.890-2017.

Corte Suprema, 03 de octubre de 2018, *Mella Guzmán, Luis Rodrigo c. Fisco de Chile*, Rol n.º 42.539-2017.

Corte Suprema, 08 de noviembre de 2018, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 871-2018.

Corte Suprema, 04 de diciembre de 2018, *Silva Hidalgo, Norma Angélica c. Fisco de Chile*, Rol n.º 45.305-2017.

Corte Suprema, 10 de enero de 2019, *Constructora LFM Ltda. c. Ilustre Municipalidad de Lota*, Rol n.º 22.222-2018.

Corte Suprema, 21 de enero de 2019, *Rivera Muñoz, Viviana Loreto c. Fisco de Chile*, Rol n.º 40.166-2017.

Corte Suprema, 18 de marzo de 2019, *Gatica Valdebenito, Marioly y otros c. Fisco de Chile*, Rol n.º 4.185-2018.

Corte Suprema, 21 de marzo de 2019, *Valdés Rojas, Mirxy Paola y otros c. Servicio de Salud Aconcagua*, Rol n.º 110-2019.

Corte Suprema, 03 de abril de 2019, *Vera López, Juan Domingo y otras c. Hospital San Martín de Quillota y otra*, Rol n.º 13.129-2018.

Corte Suprema, 24 de abril de 2019, *Leal Labrín, Jorge Arnaldo c. Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, Rol n.º 7.108-2017.

Corte Suprema, 01 de junio de 2019, *Tolosa Lahr, Mario Cristián c. Servicio de Salud Metropolitano Oriente – Hospital del Salvador y otros*, Rol n.º 9.041-2018.

Corte Suprema, 12 de agosto de 2019, *Laboratorio Chile S.A. c. Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud*, Rol n.º 12.911-2018.

Corte Suprema, 14 de agosto de 2019, *Sepúlveda Sepúlveda, Ángel c. Fisco de Chile*, Rol n.º 2.456-2018.

Corte Suprema, 10 de septiembre de 2019, *Marín Tapia, Bernarda c. Hospital Regional de Antofagasta*, Rol n.º 16.923-2018.

Corte Suprema, 11 de noviembre de 2019, *Toledo Altamirano, María Lorena c. Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota*, Rol n.º 20.625-2018.

Corte Suprema, 04 de diciembre de 2019, *Raneda Vivanco, Daniela Alejandra c. Corporación Municipal de Salud de San Miguel*, Rol n.º 20.723-2018.

Corte Suprema, 09 de marzo de 2020, *Hagen c. Consejo de Defensa del Estado*, Rol n.º 17.045-2019.

Corte Suprema, 01 de junio de 2020, *Franzinetti c. Hospital Fuerza Aérea*, Rol n.º 29.094-2019.

Corte Suprema, 16 de junio de 2020, *Cisternas Ferreira, Verónica Patricia c. Fisco de Chile*, Rol n.º 11.523-2019.

Corte Suprema, 23 de marzo de 2021, *Mendoza Mendoza, Luis Alfredo; Parraguez Torres, Angélica del C. y otros c. Los Armadores Sr. Expedo Shipping Corporation y otros*, Rol n.º 18.365-2019.

Corte Suprema, 19 de noviembre de 2021, *Constructora Índico Limitada c. Municipalidad de San Bernardo*, Rol n.º 154.663-2020.

Corte Suprema, 16 de diciembre de 2021, *Fernández Quiñimil, Richard Boris y otros c. Hospital Doctor Exequiel González Cortés*, Rol n.º 14.328-2021.

Corte Suprema, 16 de junio de 2022, *Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. c. Municipalidad de Puerto Varas*, Rol n.º 14.325-2021.

Corte Suprema, 22 de junio de 2021, *Renin y otros c. Hospital San Juan de Dios de San Fernando y otra*, Rol n.º 91.944-2020.

Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, *PE y GE S.A. c. Ilustre Municipalidad de San Joaquín*, Rol n.º 52.594-2021.

Corte Suprema, 12 de enero de 2023, *Gonzalo Mercadal y Cía. Limitada c. SERVIU V Región*, Rol n.º 88.733.

Corte Suprema, 13 de enero de 2023, *Centro de Salud Visual RR Ltda. c. Centro de Referencia de Salud de Maipú*, Rol n.º 5.798-2022.

Corte Suprema, 09 de enero de 2024, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 170.621-2022.

Corte Suprema, 06 de febrero de 2024, *Torres c. Servicio de Salud Atacama – Hospital de Copiapó*, Rol n.º 233.436-2023.

Corte Suprema, 26 de febrero de 2024, *Alarcón c. Hospital de Santa Cruz*, Rol n.º 251.257-2023.

Corte Suprema, 27 de febrero de 2024, *Muñoz c. Hospital Claudio Vicuña*, Rol n.º 197.315-2023.

Corte Suprema, 10 de abril de 2024, *Ramírez c. Servicio de Salud O'Higgins*, Rol n.º 226.171-2023.

Corte Suprema, 23 de abril de 2024, *Quezada c. Municipalidad de Cholchol*, Rol n.º 218.056-2023.

Corte Suprema, 22 de agosto de 2024, *Rodríguez Escobar, Mabel c. Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, Rol n.º 160.280-2022.

Corte Suprema, 02 de diciembre de 2024, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 245.203-2023. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dk5qr> (consulta: 20 de mayo de 2025).

Corte Suprema, 19 de diciembre de 2024, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 1.833-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dlmg6> (consulta: 20 de mayo de 2025).

Corte Suprema, 23 de diciembre de 2024, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 241.778-2023. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dlo1s> (consulta: 20 de mayo de 2025).

Corte Suprema, 06 de enero de 2025, *Alpes Chemie S.A. c. Central Nacional del Sistema de Abastecimiento Nacional de Servicios de Salud*, Rol n.º 242.342-2023.

Corte Suprema, 12 de febrero de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 14.667-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dmwzb> (consulta: 20 de mayo de 2025).

Corte Suprema, 13 de febrero de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 240.856-2023. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dmx6w> (consulta: 20 de mayo de 2025).

Corte Suprema, 17 de febrero de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 15.135-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dmz85> (consulta: 20 de mayo de 2025).

- Corte Suprema, 08 de abril de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 26.815-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dodd7> (consulta: 20 de mayo de 2025).
- Corte Suprema, 08 de abril de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 9.674-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dodfu> (consulta: 20 de mayo de 2025).
- Corte Suprema, 16 de abril de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 14.666-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?doquu> (consulta: 21 de mayo de 2025).
- Corte Suprema, 14 de mayo de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 11.520-2025. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dpgzs> (consulta: 21 de mayo de 2025).
- Corte Suprema, 16 de mayo de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 29.032-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dpj57> (consulta: 21 de mayo de 2025).
- Corte Suprema, 19 de mayo de 2025, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 26.816-2024. Disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dplnn> (consulta: 21 de mayo de 2025).

2. Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Antofagasta

- Corte de Apelaciones de Antofagasta, 02 de mayo de 2012, *Currihual Pesce, Sandra c. Castillo Pinto, Jaime*, Rol n.º 373-2011.

Corte de Apelaciones de Concepción

- Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de agosto de 2007, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 664-2007.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de febrero de 2021, *Sociedad Comercial Boero y Boero Limitada c. Ilustre Municipalidad de Nacimiento*, Rol n.º 2.164-2019.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de febrero de 2021, *Los Robles Construcciones Limitada c. Ilustre Municipalidad de Laja*, Rol n.º 694-2020.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas

- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 22 de julio de 2010, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 46-2010.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 12 de marzo de 2024, *Servicios Integrales en Computación, Informática y Capacitación c. Servicio Nacional de Capacitación y Empleo*, Rol n.º 13-2024.

Corte de Apelaciones de Rancagua

- Corte de Apelaciones de Rancagua, 07 de julio de 2008, *[caso anonimizado]*, Rol n.º 3.756-2006.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de noviembre de 2019, *Constructora e Inmobiliaria Porvenir S.A. c. Comité de Vivienda Villa San Antonio*, Rol n.º 213-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago

- Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de marzo de 2015, *Pardo c. Paz*, Rol n.º 9.168-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 2019, *Axys S.A. c. Benítez Cisternas, Jorge Andrés y otros*, Rol n.º 1.569-2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 2019, *Gestión Ecológica de Residuos S.A. c. Municipalidad de Huechuraba*, Rol n.º 5.895-2018.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de noviembre de 2022, *Galeano c. Express de Santiago Uno S.A.*, Rol n.º 16.850-2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2023, *Pérez c. Servicio de Salud Atacama*, Rol n.º 62-2023.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de agosto de 2023, *Alejandra Rodríguez Asesorías y Estudios en Proyectos de Desarrollo E.I.R.L. c. Servicio Nacional de Capacitación y Empleo*, Rol n.º 7.344-2020.

Corte de Apelaciones de Temuco

- Corte de Apelaciones de Temuco, 07 de mayo de 2019, *Hagen c. Consejo de Defensa del Estado*, Rol n.º 112-2018.

Corte de Apelaciones de Valparaíso

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 10 de julio de 2015, *Valladares Fariás, Cristian Rodrigo c. Chaparro Uribe, Alfredo Alejandro*, Rol n.º 274-2015.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2018, *Ojeda Soto, Manuel Enrique c. Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota*, Rol n.º 776-2008.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08 de mayo de 2019, *Mendoza Mendoza, Luis Alfredo; Parraguez Torres, Angélica del C. y otros c. Los Armadores Sr. Expedo Shipping Corporation y otros*, Rol n.º 1.176-2017.

3. Juzgados de Primera instancia

- 5º Juzgado Civil de Santiago, 29 de marzo de 2015, *Axys S.A. c. Benítez Cisternas, Jorge Andrés y otros*, Rol n.º C-29.920-2015.
- 20º Juzgado Civil de Santiago, 20 de mayo de 2019, *Gil c. Gallardo*, Rol n.º C-17.305-2016.
- 23º Juzgado Civil de Santiago, 09 de septiembre de 2014, *Moreno con Fuentealba*, Rol n.º C-19017-2012.
- 3º Juzgado Civil de Temuco, 29 de diciembre de 2017, *Hagen c. Consejo de Defensa del Estado*, Rol n.º C-4.458-2016.

4. Otras Competencias

- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de junio de 2020, *Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP)*, rol n.º C-343-2018, disponible en: <https://www.tdlc.cl/tdlc-sentencias/sentencia-173-2020-requerimiento-de-la-fne-en-contra-de-la-asociacion-nacional-de-futbol-profesional-anfp/>.

V. España

Tribunal Supremo de España, sala en lo civil, sección 1, 6 de junio de 1997, *rol n.º 3999/1997*, 1997: 4610.

Tribunal Supremo de España, sala en lo civil, sección 1, 4 de febrero de 1999, 1999: 679.

Tribunal Supremo de España, primera sala, 26 de abril de 2017, *sentencia n.º 1591/2017*, ECLI: ES:TS:2017:1591. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_documento_civil_y_mercantil/articulo.php?id=COM-D-2017-13 [fecha de consulta: 19 de febrero de 2025].

Tribunal Supremo de España, primera sala, 14 de marzo de 2011, *sentencia n.º 176/2011*, ECLI: ES:TS:2011:6237. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ec0ffbc3dcca8bf1> [fecha de consulta: 19 de febrero de 2025].

Tribunal Supremo de España, sala tercera (contencioso-administrativo), 26 de junio de 2025, *RJ 2010\5886*.

VI. Estados Unidos

Supreme Court of California, 20 de febrero de 1980, *Sindell v. Abbott Laboratories, California Reports*, Third Series, v. 26, p. 588, disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/26/588.html> [consulta: 23 de marzo de 2023].

US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 18 de enero de 1996, *Loretta Murrey, as Administratrix of the Estate of Thomas D. Murrey, Plaintiff-appellant, v. United States of America, Defendant-appellee*, 73 F.3d, p. 1448, disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/73/1448/557486/> [consulta: 28 de junio de 2025].

Supreme Court of New Jersey, 21 de noviembre de 1966, *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N.J. 22, 63 (227 A.2d 689, 711; 22 A.L.R.3d 1411), disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html> [consulta: 17 de junio de 2023].

Court of Appeal of California, 24 de mayo de 1977, *Custodio v. Bauer*, Civ. No. 23003, First Dist., Div. One, disponible en: http://www.leagle.com/decision/1967554251CalApp2d303_1522/CUSTODIO%20v.%20BAUER [consulta: 20 de junio de 2025].

VII. Inglaterra

House of Lords, 16 de mayo de 1911, *Chaplin v. Hicks*, disponible en: https://www.translex.org/382400/mark_all [consulta: 21 de diciembre de 2023].

House of Lords, 30 de julio de 1987, *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, disponible en: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/1.html> [consulta: 21 de diciembre de 2023].

House of Lords, 27 de enero de 2005, *Gregg v. Scott*, disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050127/greg-1.htm> [consulta: 21 de diciembre de 2023].

VIII. Irlanda

High Court of Ireland, 13 de febrero de 2004, *Thomas Redmond and The Minister for the Environment, Ireland and the Attorney General*, 1997 n.º 4318P, disponible en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5da04e254653d07dedfd5062> [consulta: 29 de marzo de 2025].

IX. Italia

Corte di Cassazione, 19 de diciembre de 1985, n.º 6506, *Rivista del Diritto Commerciale del Diritto delle Obbligazioni*, 1986, p. 207, con nota de Zeno-Zencovich, *Il danno per la perdita di chance comme danno resarcibile*.

Corte di Cassazione, 19 de diciembre de 1985, n.º 6506, *Foro Italiano*, 1986, p. 383, con nota de Principalli, *Quand'è più sì che no: perdita di chance come danno resarcibile*.

X. Uruguay

Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala Civil y Comercial, 31 de diciembre de 1991, *Munilla, Ramón c./ Ortiz, Raúl*.