

La incertidumbre fáctica en la teoría de la pérdida de la oportunidad.

MAXIMILIANO MADRIGAL GAVIRIA.

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA.
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2020

La incertidumbre fáctica en la teoría de la pérdida de la oportunidad.

MAXIMILIANO MADRIGAL GAVIRIA.

Trabajo de Grado para optar por el título de Abogado.

Asesor:

LUIS CARLOS DE LOS RÍOS

Abogado.

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA.

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2020

06 de Agosto de 2020.

Maximiliano Madrigal Gaviria, declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad". Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.



CONTENIDO.

1. Introducción.....	6
2. El nexos causal y el daño en la responsabilidad civil colombiana....	7
2.1. El nexos causal.....	8
2.2. El daño.....	10
2.2.1. Los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.....	12
2.2.1.1. Daño emergente y lucro cesante.....	13
2.2.1.2. Perjuicios pasados y futuros.....	14
3. La pérdida de la oportunidad como mecanismo de reparación de perjuicios.....	16
3.1. Elementos.....	17
4. Teorías de la pérdida de la oportunidad.....	19
4.1. Teoría probabilística de la pérdida de oportunidad.....	20
4.2. Teoría del daño de la pérdida de la oportunidad.....	21
5. Conclusiones.....	22
6. Referencias.....	24

La incertidumbre fáctica en la teoría de la pérdida de la oportunidad

The factual uncertainty in the loss of chance theory

Maximiliano Madrigal Gaviria¹

Resumen.

El presente trabajo tiene como fin examinar la figura de la teoría de la pérdida de la oportunidad dentro del sistema jurídico colombiano, a fin de identificar su razón de ser, elementos y evolución, así como las distintas teorías que existen alrededor de su ubicación dentro de la responsabilidad civil como institución jurídica.

Con esto en mente, se estudiarán, en primer lugar, algunos elementos clásicos de la responsabilidad civil a fin de entender la razón de ser de las discusiones teóricas que los relacionan con la pérdida de la chance para, posteriormente, analizar la figura de la pérdida de la oportunidad propiamente dicha y establecer una opinión acerca de las diferentes teorías elementales de esta figura.

Palabras clave: Pérdida de la oportunidad, elementos, responsabilidad civil, lucro cesante, incertidumbre.

Abstract.

The purpose of this work is to examine the figure of the lost opportunity theory within the Colombian legal system, in order to identify its reason for being, elements and evolution, as well as the different theories that exist around its location within civil liability as a legal institution.

With this in mind, we will first study some classic elements of civil liability in order to understand the rationale for the theoretical discussions that relate them to the loss of chance, and then analyze the figure of loss of the opportunity itself and establish an opinion about the different elemental theories of this figure.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, actualmente cursando el décimo semestre en Medellín Colombia. Correo Electrónico Maximiliano.madrigal@upb.edu.co

Keywords: Loss of chance, elements, civil liability, loss of profit, uncertainty

1. Introducción.

El principio de reparación integral de las víctimas es el principio jurídico sobre el cual se construyó la institución de la responsabilidad civil, a fin de que todo aquel que causase un perjuicio o daño a otro, estuviere obligado a repararlo. Esta institución está en constante desarrollo debido a que día a día los casos particulares de lesiones y daños se salen cada vez más de los casos comunes estudiados en las aulas de las facultades de Derecho.

Es en virtud de este desarrollo que aparece la teoría de la pérdida de la oportunidad, como una figura que busca dar cumplimiento cabal a la obligación de indemnizar que tiene aquel que con su conducta lesiona los derechos, intereses o integridad de un tercero. Esta figura, como parte integrante de la responsabilidad civil, debe cumplir con ciertos requisitos y compenetrarse con los elementos clásicos de dicha institución.

Al momento de buscarse dicha compenetración, ha surgido en la doctrina y la jurisprudencia una discusión acerca del lugar que ocupa esta teoría de la pérdida de la oportunidad dentro de los elementos clásicos de la responsabilidad civil. Algunos ven en esta figura una teoría más de la causalidad compleja, mientras que otros la catalogan como un perjuicio autónomo que tiene un valor por sí mismo.

En el presente trabajo se buscará estudiar el contexto de dichas teorías para, posteriormente, emitir un juicio acerca de la validez o pertinencia de cada una de ellas.

Para lograr lo anterior, se realizará un estudio previo de los elementos del nexo causal y del daño dentro de la responsabilidad civil, a fin de entender cada uno de ellos de cara a las teorías propuestas por la doctrina y la jurisprudencia para,

posteriormente, aterrizar en el estudio de la pérdida de la oportunidad como figura, de sus elementos y de las teorías de enmarque dentro del nexo causal y el daño.

2. El nexo causal y el daño en la responsabilidad civil colombiana.

La responsabilidad jurídica, como institución jurídica, nace de la necesidad de regular la convivencia de las personas, esto es, de la necesidad que tiene el Estado de reglamentar la existencia en coexistencia de los individuos que lo integran, dado que cada uno de estos individuos con su conducta e, incluso, dentro del ejercicio de sus derechos, puede llegar a causar un daño a otro individuo o a un colectivo de los mismos y por esto se hace necesaria una institución que sirva como base para la reparación de estos daños.

Respecto a la definición de la responsabilidad jurídica, el doctrinante Gilberto Martínez Rave, en su texto “*Responsabilidad civil extracontractual*” de 1998, página 141, dice:

La otra división es la jurídica. Esta clase de responsabilidad trasciende al campo externo del sujeto. Afecta su vida en relación, su vida referida al grupo en el cual actúa y por lo tanto tiene repercusiones jurídicas. Esta responsabilidad es la que regulan las normas que garantizan el desenvolvimiento de las relaciones, o pautas de los componentes de la sociedad

Así pues, esta responsabilidad jurídica, a su vez, se divide en varias ramas que se encargan de cubrir las diferentes esferas sociales en las que interviene el derecho como conjunto de normas y reglas y es allí donde se encuentra la rama de la responsabilidad civil, dentro de la cual se crea la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Frente a la institución de la responsabilidad civil, el profesor y doctrinante Javier Tamayo Jaramillo ha dicho:

En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quién los causó, la

obligación de indemnizar. Podemos decir, entonces, que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quién se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. (Tamayo, pag 137)

Esta definición del doctor Tamayo Jaramillo sirve como base para establecer los elementos clásicos que integran la responsabilidad civil y que son determinantes a la hora de estudiar la ambivalencia doctrinaria y jurisprudencial existentes, no sólo en nuestro país, al momento de enmarcar la teoría de la pérdida de la oportunidad dentro de la responsabilidad civil como institución. Estos elementos son la conducta, el nexo causal y el daño.

En lo que refiere al elemento de la conducta, debe advertirse que no se entrará al estudio del mismo dado que no hace parte de la premisa del presente artículo, sin embargo, para tener un mejor entendimiento de la institución de la responsabilidad civil, diremos que la conducta es todo hecho activo u omisivo proveniente de un agente comportamental, que es lesivo para los derechos e intereses de una persona o grupo de personas. (Martínez)

Ahora bien, para comprender la discusión teórica, doctrinal y jurisprudencial que se cierne alrededor de la ubicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad dentro de los elementos clásicos de la responsabilidad civil, más concretamente en los elementos del nexo causal y el daño, es necesario comprender, en primer lugar, las características que revisten estos elementos para de este modo, posteriormente, poder enunciar y explicar las dos teorías que se han creado en el ámbito doctrinal y jurisprudencial de nuestro país que encuadran la figura de la pérdida de la oportunidad dentro de uno u otro ellos.

2.1. El nexo causal.

Cuando hablamos de nexo causal hacemos referencia a la causa, la razón de ser que conecta la conducta con el daño, sin embargo, el nexo de causalidad no hace referencia a una mera causalidad física según la cual por la conducta de A se produce B, sino que se hace referencia a la llamada causalidad jurídica que puede,

en ocasiones, obrar de forma diferente a la simple causalidad física, sin que esto signifique que ambas causalidades no puedan coexistir, tal como lo afirma el doctor Tamayo Jaramillo:

En efecto, causalidad jurídica significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado. Ahora bien, en no pocas oportunidades la causalidad física constituye al mismo tiempo causalidad jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona causa una lesión a otra en forma dolosa. En tales circunstancias, existe tanto causalidad jurídica como causalidad física” (Tamayo, pag 249.)

Esta causalidad, a su vez, podrá dividirse en causalidad simple y causalidad compleja. La primera de ellas se presenta cuando el resultado dañoso se da por la influencia de un único evento comportamental, mientras que la causalidad compleja se presenta cuando el daño que se produce tiene más de una causa aparente (Tamayo, pag 251)

La determinación del nexo causal cuando se está frente a un problema de causalidad compleja ha significado un predicamento para los jueces de la república al momento de fallar este tipo de casos, es por esto que, en el 2002, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, delimitó el uso de las teorías causales a tres, que son:

- a. La teoría de la equivalencia de las condiciones:** Según la cual todas las causas revisten la misma importancia para la producción del daño
- b. La teoría de la causa próxima:** Según la cual debe identificarse cuál fue la causa anterior al daño, esto es, la causa más próxima a la materialización de un daño en cabeza de otro individuo
- c. La teoría de causalidad adecuada:** Según la cual, al momento de determinar la causa de un daño determinado, debe analizarse la eficiencia de las diferentes causas que pudieron concurrir en la materialización de dicho daño a fin de determinar, de ese modo, cuál de ellas llevó eficientemente a la ocurrencia o existencia de este. El juez, en este tipo de casos, debe recrear

los hechos u omisiones que llevaron a que se concretara el daño y, de forma objetiva, valiéndose del material probatorio, determinar qué causa se adecua eficientemente a la producción lesiva del daño.

Así pues, el elemento del nexo causal constituye la causa que permite la imputación de un daño a una determinada conducta activa u omisiva de un agente comportamental, imputación que, en aquellos casos en que se esté frente a una causalidad compleja, deberá determinarse de acuerdo a la implementación que haga el fallador de alguna de las teorías expuestas en el párrafo anterior, siendo la de mayor acogida por parte de nuestra jurisprudencia, la teoría de la causalidad adecuada.

2.2. El daño.

Sobre este elemento de la responsabilidad civil como institución jurídica se han dado varias definiciones por parte de la doctrina. Para el profesor Arturo Alessandri:

Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley los considera. (Alessandri, 1981, pag 210)

Por su parte, Tamayo Jaramillo (2013) define el daño como el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un determinado bien, ya sea que este bien sea de tipo patrimonial o extrapatrimonial y agrega, además, que será indemnizable cuando sea causado en forma ilícita por alguien diferente a la víctima.

El elemento del daño tiene especial relevancia al momento de estudiar la responsabilidad civil como institución jurídica dado que, como se mencionó a inicios de este título, aquella nace por la necesidad que tiene el Estado de reglamentar la

existencia en coexistencia, siendo crucial para esto proteger los derechos y bienes de los individuos, sancionando a quiénes, con su conducta, menoscaben o lesionen dichos derechos o bienes. El daño se constituye como un elemento esencial de la responsabilidad civil, puesto que es aquel elemento sin el cual esta no podrá existir, ya que si no existe un daño que se padezca en cabeza de la víctima, no existirá, tampoco, una obligación de resarcir o indemnizar dicho daño en cabeza del agente comportamental o victimario. (Martínez)

Así pues, si bien es necesario que confluyan todos los elementos para que pueda operar en el plano real la responsabilidad civil como institución, lo cierto es que la misma se ha edificado entorno al elemento del daño, dado es la existencia de este el que activa la obligación de indemnizar en cabeza de un tercero, el cual será determinado con base en el estudio de los demás elementos.

La ciencia jurídica ha determinado que deben confluir ciertas características para que el daño pueda llegar a configurarse, una de ellas que resulta de vital importancia para que se active la obligación es la certeza del perjuicio causado. (Ochoa, Pérez 2018)

Respecto a las características del daño y la certeza del perjuicio causado, el doctor Tamayo Jaramillo ha dicho:

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto; y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada; finalmente el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación. (Tamayo, Pag 335)

De la descripción anterior pueden obtenerse, entonces, que las características del daño son la certeza, la titularidad del perjuicio en cabeza de quién reclama su resarcimiento y la protección jurídica del bien, derecho o expectativa que se ve menoscabado o destruido.

Existen varias categorías de daño; los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, los daños objetivos y subjetivos, los daños consolidados y futuros, los daños ciertos e inciertos, entre otros, sin embargo, para el objeto que nos ocupa en el presente estudio, analizaremos únicamente dos de estas categorías.

2.2.1. Los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Son también llamados daños materiales e inmateriales. El Profesor Alessandri los define diciendo:

El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima después del daño, es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria – el patrimonio de la víctima está intacto- consiste exclusivamente en el dolor, pesar, o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. (Alessandri, pág 220).

El perjuicio material es, entonces, la lesión directa al patrimonio tangible de la víctima, su impacto puede medirse objetivamente en términos económicos, mientras que el daño inmaterial o extrapatrimonial es aquel que genera un perjuicio intangible, que no puede ser medido en términos económicos porque afecta directamente la esfera interna de la víctima.

Esta división o categorización del daño resulta un acierto por parte de la ciencia jurídica, toda vez que se reconoce que las lesiones que puede causar la conducta de una determinada persona pueden ir más allá del plano físico-económico, afectando el fuero interno de la víctima y que dichas lesiones devienen en un perjuicio igual o mayor al que se le causa directamente al patrimonio de esta, activándose, entonces, la obligación de indemnizar en cabeza del agente comportamental que lesionó esta esfera personal.

Esta clasificación del daño tiene, a su vez, unas subdivisiones, sin embargo, para los fines que nos ocupan en el presente artículo investigativo, nos centraremos en la subdivisión de los daños materiales o patrimoniales.

2.2.1.1. Daño emergente y lucro cesante.

El artículo 1614 del Libro Cuarto de nuestro Código Civil (ley 57, 1887), define el lucro cesante y el daño emergente diciendo:

Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento

Entre el daño emergente y el lucro cesante se ha marcado una diferenciación doctrinaria importante en el sentido en que en el primero de ellos estamos en presencia de un desembolso de dinero por parte de la víctima, mientras que, en el lucro cesante, estamos frente a un no embolso, es decir, una no percepción de dinero por parte del sujeto pasivo, una ganancia que se vio frustrada por la conducta lesiva de un individuo (Henaó, 2007)

La razón de ser de esta doble partida o subdivisión de los perjuicios materiales atiende al principio de reparación integral, según el cual a la víctima se le deben resarcir la totalidad de los perjuicios que haya sufrido a causa de un actuar lesivo de otro individuo y estos perjuicios no pueden referirse exclusivamente a los gastos o erogaciones en que haya incurrido la víctima en ocasión del daño padecido, sino que, aún más, debe reconocerse esa ganancia frustrada, que se esperaba objetivamente obtener y que no pudo serlo por el actuar lesivo de un tercero.

En el perjuicio material del lucro cesante, entonces, la certeza es más laxa en comparación con el daño emergente, esto en tanto que el primero tiene vocación hacia el futuro al momento en que se configura el daño y consecuentemente el

perjuicio indemnizable (bien sea que al momento de su reclamación sea todavía hacia futuro, o si, por el contrario, se encuentre ya consolidado) y, por tanto, no puede tenerse certeza total y absoluta de su ocurrencia. En estos casos, el fallador debe acudir a criterios objetivos para determinar la certeza del lucro cesante. (Ballesteros, 1996)

Respecto a la certeza en el perjuicio material del lucro cesante, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Así, pues, ante la necesidad de que la indemnización por fijar se adecue al postulado que acaba de indicarse, salta a la vista que el problema que entraña la determinación del "lucro cesante" se encuentra fincado en que transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho en que se sustenta la pretensión resarcitoria, luego en este terreno no queda otra alternativa que conformarse por lo general con juicios de probabilidad objetiva elaborados hipotéticamente tomando como referencia procesos causales en actividades análogas, juicios que en consecuencia, no deben confundirse con la existencia de simples posibilidades más o menos remotas de realizar ganancias puesto que, según se dejó dicho líneas atrás y no sobra insistir en el punto, para los fines de la indemnización del daño en la forma de lucro frustrado, el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta quiméricas conjeturas, en cuanto tales acompañadas de resultados inseguros y desprovistos de un mínimo de razonable certidumbre. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Marzo 4 de 1998.)

2.2.1.2. Perjuicios pasados y futuros.

Son también conocidos como perjuicios consolidados y no consolidados. Esta categoría de perjuicios tiene como punto de referencia la existencia de un proceso de responsabilidad civil y un fallo condenatorio, puesto que con base a la fecha del fallo se determinará si el perjuicio a indemnizar es consolidado o futuro. (Ibáñez, 2009)

Así pues, serán consolidados los perjuicios que al momento del fallo ya se hayan configurado y serán futuros aquellos perjuicios derivados del daño que al momento del fallo no se hayan configurado, pero su existencia y ocurrencia son previsiblemente esperadas.

Respecto a esta categoría de perjuicios, el máximo tribunal ha dicho:

Quando una persona causa daño a otra su acción u omisión, no solo puede repercutir súbitamente y de presente en la órbita patrimonial de la víctima; el daño puede proyectarse hacia el futuro a condición de que haya motivos suficientes para esperar su ocurrencia; ello obedece a que la obligación actual de reparar el daño a cargo de quien es civilmente responsable debe comprender la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido o pueda sufrir la víctima que provengan de la culpa que se le imputa al demandado, lo cual incluyen aquellos que no se presentan de manera inmediata sino después, pero de los que existe la certeza de que sobrevendrán. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Nicolás Bechara. Septiembre 10 de 1998.

Como puede observarse, la Corte echa mano, de nuevo, del principio de reparación integral para defender la necesidad de la indemnización de los daños futuros, haciendo referencia a que los perjuicios que se producen a futuro por la culpa de un tercero, deben entenderse como uno con los perjuicios que se ocasionen en tiempo real o de forma concomitante al daño.

A nuestro modo de ver, acierta la jurisprudencia al proteger estos perjuicios a futuro, ya que, si bien no existe una norma explícita que diga que los perjuicios futuros deben ser indemnizados, el principio de reparación integral es claro al decir que la víctima debe ser indemnizada en su totalidad y dicha totalidad no sería tal si no se tiene en cuenta la perduración en el tiempo del daño padecido por la víctima.

Habiendo analizado los elementos de la responsabilidad civil como institución, sobre los cuales se cierne la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la ubicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, pasaremos a estudiar dicha teoría para, por fin, aterrizar en la suscitada discusión.

3. La pérdida de la oportunidad como mecanismo de reparación de perjuicios.

La teoría de la pérdida de la oportunidad, el chance o el loss of chance como se llama en otros países, es una teoría de creación jurisprudencial y doctrinal que nació en Francia a mediados del siglo XIX, sin embargo, se ha expandido hasta llegar a países como Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos, Chile, Argentina, México, Bélgica, Italia, Canadá y Colombia. (Ibañez)

La apreciación y estructuración de esta figura, al ser, como ya se dijo, una teoría de creación doctrinaria y jurisprudencial, varía dependiendo del país en que se esté aplicando, sin embargo, en términos generales, puede definirse como la privación o frustración definitiva de una situación jurídica o fáctica, que es presente, real, seria e idónea para producir una posible utilidad, ganancia futura o un bien material o inmaterial, o la probable no causación de una pérdida o perjuicio ya sea de índole patrimonial o extrapatrimonial; oportunidad perdida derivada del hecho o la conducta lesiva o ilegal, ya sea por acción u omisión, de uno o varios sujetos que causan el daño (Ochoa).

La doctrina española, por ejemplo, toma la definición de “chance” para, a partir de allí estructurar la definición de la pérdida de la oportunidad, expresando que la misma es:

La palabra francesa chance, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda aceptación, significa suerte, fortuna, ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible -pero ampliamente admitido- concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y

esperado. Pérdida de chance es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad. (Medina, 2007, pag 61)

En Latinoamérica, Argentina es uno de los países que mayores aportes ha hecho a la estructuración de esta teoría, en dónde los tribunales sobre el tema han dicho:

La frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza conlleva un daño aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de este daño, porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad la chance y no el beneficio esperado como tal. El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o de tener un bien, material o inmaterial. (CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "González, María N. y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 17-4-2008.)

Así pues, un análisis de las definiciones de esta teoría deja en claro que la misma nace bajo la aplicación del ya varias veces mencionado principio de indemnización integral, en el entendido de que busca el resarcimiento de un daño que no es cierto, esto es, que no cumple con las características clásicas del daño indemnizable, razón por la cual, a nuestro entender, es un mecanismo de imputación cuya naturaleza ha sido notoriamente discutida por los diferentes ordenamientos jurídicos, pero antes de adentrarnos en dicha discusión, es menester estudiar los elementos que conforman la teoría de la pérdida de la oportunidad.

3.1. Elementos

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC10261-2014, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco, estableció los elementos que deben confluir para que se configure la indemnización por pérdida de la oportunidad, dichos elementos son:

a. Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual.

Dice la Corte que, si bien la pérdida de la oportunidad entraña un componente aleatorio en su propia concepción, esto es, que no existe certeza acerca de si el provecho que se pretendía obtener o el perjuicio que se pretendía evitar realmente iba a obtenerse o evitarse, debe existir certeza en cuanto a la oportunidad legítima en que se encontraba la víctima para obtener dicho beneficio o evitar dicho perjuicio, es decir, debe haber certeza respecto de la posición favorable de la víctima de cara a estos escenarios.

b. Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio.

La oportunidad o la chance deben perderse definitivamente, esto es, la conducta lesiva del victimario debe erradicar completamente la chance u oportunidad que tenía la víctima de obtener un provecho o evitar un perjuicio. Si la pérdida definitiva de esta chance u oportunidad dependiera aún de un evento futuro, se estaría frente a un daño hipotético, no indemnizable.

c. La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

La oportunidad que se perdió debía ser de la aptitud necesaria para que efectivamente pudiese evitarse un perjuicio u obtenido un beneficio, esto es, no se trata de cualquier situación de esperanza de ganancia futura, sino que la oportunidad en la que se encontraba la víctima debía ser lo suficientemente eficiente como para que pudiese esperarse que tuviera la oportunidad o chance de evitar un perjuicio u obtener un beneficio.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia 25706 de abril de 2017, agregó un elemento adicional que pareciera estar

incorporado dentro de los elementos establecidos por la Corte Suprema, pero que, a nuestro parecer, es acertada su precisión. Dicho elemento es la Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar, esto es, no puede haber certeza en cuanto a la consecución del provecho o la evasión de un perjuicio y esto, a nuestro parecer, resulta sumamente importante puesto que es el elemento diferenciador que tiene la teoría de la pérdida de la oportunidad con el lucro cesante futuro, esto es, sin este elemento, la pérdida de la oportunidad sería en realidad un problema de lucro cesante futuro y no de pérdida de la chance.

Una vez estudiados los elementos, podemos aterrizar al fin en la discusión del enmarque de esta teoría dentro de los elementos clásicos de la responsabilidad civil.

4. Teorías de la pérdida de la oportunidad.

A raíz de las diferentes concepciones y definiciones que rodean en el mundo a la pérdida del chance, se ha suscitado, tal como hemos señalado a lo largo del presente artículo, un debate acerca de su naturaleza y el elemento (nexo causal o daño) sobre el cual recae la probabilidad cierta de su ocurrencia.

Para comprender este debate es necesario, en primer lugar, entender la razón de ser de la figura de la pérdida del chance, esto es, la razón por la cual esta figura fue desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia.

Los hermanos Mazeaud, al realizar el análisis sobre la necesidad de esta figura dicen:

(...) Sean cuales sean las cualidades del caballo, nadie puede afirmar que habría llegado primero, y por eso no puede reclamar el premio su propietario; pero, al negarle a ese propietario una suma igual al premio, tal vez se le causa una injusticia; porque nadie puede sostener que el caballo no habría ganado la carrera (...). Pero, como se observa, el perjuicio no deja de ser menos cierto: el

caballo tenía una probabilidad de llegar; esa probabilidad es la que ha perdido; y esa probabilidad, en el momento de la carrera, tenía cierto valor, que, aun cuando sea difícil de avaluar, no deja de ser menos indiscutible. Al asumir los gastos de transporte del caballo, el propietario probaba, con eso mismo, que le concedía a esa probabilidad un valor superior a los gastos de traslado. El valor de esa probabilidad, o de las probabilidades similares, es el que deberán esforzarse por evaluar los tribunales. (Mazeaud, Henry y León; Tunc, André, 1993, tomo I, vol. I, pags. 309 a 310)

Así pues, esta teoría nace debido a, como ya se ha dicho, la necesidad de una indemnización integral a las víctimas de una conducta lesiva por parte de un tercero, reconociendo que no sólo los perjuicios ciertos son indemnizables, sino que lo son también aquellos inciertos que podrían o no haberse materializado, eso sí, dejando la claridad de que no podrían estos perjuicios inciertos tener la misma tasación que aquellos que gozan de certeza.

4.1. Teoría probabilística de la pérdida de oportunidad.

Esta teoría de aplicación para la pérdida de la oportunidad se concibe como un remedio ante la incertidumbre en el nexo causal dentro de aquellas situaciones en las cuales resulta imposible, desde el punto de vista probatorio, acreditar un vínculo de causalidad absoluto (al ciento por ciento – 100%) entre el hecho o la conducta omisiva o activa de un sujeto y un determinado perjuicio final. (Ochoa).

Está teoría, pues, no busca determinar el grado de probabilidad que tenía la víctima de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio, sino que busca determinar el porcentaje de culpa o incidencia que tuvo la conducta lesiva del agente comportamental en la pérdida de la chance que tuvo la víctima de obtener dicho provecho o evitar dicho perjuicio; dicho de otra forma, se perfila como una teoría más para resolver la causalidad compleja de un asunto determinado, atribuyendo un porcentaje de causalidad a una determinada conducta lesiva, que no podrá ser

del 0%, ni del 100%, puesto que en ese caso hablaríamos de una no indemnización o de un problema de lucro cesante. (Ibañez)

Esta teoría ha sido acogida por el Consejo de Estado en diversas sentencias, donde ha manifestado:

Se hace énfasis en que uno de los elementos definitivos, de la esencia del concepto de pérdida de oportunidad es un grado de incertidumbre razonable, que no posibilita concluir con precisión científica, pero que si permite razonar que ante la inexistencia de la conducta negligente, el paciente habría conservado unas probabilidades serias de recuperación (...) [Es entonces un] factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada (...). Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, rad. 25869, M.P Enrique Gil Botero.)

La teoría probabilística resulta acertada en cuanto a la finalidad de la figura estudiada, sin embargo, deja por fuera aquellos eventos en los cuales hay certeza acerca del nexo causal (bien sea porque estamos frente a una causalidad simple o porque se ha determinado objetivamente el nexo causal mediante la implementación de alguna de las demás teorías causales enunciadas previamente), pero no hay certeza acerca de la obtención del provecho o la evasión del perjuicio, esto es, cuándo se conoce a ciencia cierta el nexo causal, pero no es cierta la consecución del provecho o la evasión del perjuicio.

4.2. Teoría del daño de la pérdida de la oportunidad.

Esta teoría busca establecer a la pérdida de la oportunidad como un daño y un perjuicio autónomo, que será material o inmaterial dependiendo de la naturaleza de del perjuicio que se buscaba evitar o el provecho que se buscaba obtener, esto es, si estos últimos son de índole patrimonial, será un perjuicio patrimonial, mientras que, si fueren de índole extrapatrimonial, se estará frente a un perjuicio extrapatrimonial. (Moreno)

Esta teoría pareciera ser la acogida en la actualidad por las diferentes Cortes. La Corte Suprema de Justicia en la ya citada sentencia SC10261 de 2014 dice:

La pérdida de oportunidad, (...) constituye una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios.

El Consejo de Estado, por su parte, en la ya también citada sentencia del 5 de abril de 2017, establece que la pérdida de la oportunidad constituye un daño independiente que tiene un valor autónomo por sí misma, sin que tenga que enmarcarse dentro de los demás perjuicios materiales o inmateriales.

Esta teoría, a nuestro parecer, acierta en tanto que elimina el vacío mencionado en la teoría probabilística, sin embargo, deja por fuera aquellos eventos en los cuales no existe certeza sobre el nexo causal y las teorías causales son insuficientes para subsanar dicha carencia de certeza, situación en la cual el agente comportamental se vería exento de la obligación de reparar, perdiéndose de vista la finalidad de la figura de la pérdida del chance.

5. Conclusiones.

La teoría de la pérdida de la oportunidad, el chance o el loss of chance tiene como finalidad cumplir a cabalidad con el principio de indemnización o reparación integral de las víctimas de una conducta lesiva por parte de un tercero, sin embargo, al no ser una figura de consagración legal, sino que su desarrollo se ha dado a través de la doctrina y la jurisprudencia, existe una discusión acerca del elemento de la institución de la responsabilidad civil en dónde debe enmarcarse y estudiarse dicha teoría.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia busca enmarcar esta figura como un problema de nexo causal, buscando no el grado de certeza acerca del daño o perjuicio, sino el grado de probabilidad de que una determinada conducta haya producido dicho daño o perjuicio; mientras tanto, el otro sector de estas áreas propone que esta figura constituye un daño autónomo, con un valor independiente.

A nuestro juicio, ambas teorías son erradas puesto que van en contra de la esencia de esta figura, ya que buscan determinar certeramente, de forma objetiva, el elemento dentro del cual debe enmarcarse la pérdida de la chance cuando en realidad, esta figura nace de la incertidumbre y de la necesidad de una reparación integral a la víctima. Es por esto que, a nuestro criterio, el problema de la pérdida de la oportunidad no es un problema de daño, ni de nexo causal, sino que, por el contrario, es un problema fáctico que deberá resolverse según cada caso concreto.

Lo anterior quiere decir que, en aras de que se cumpla a cabalidad con la razón de ser de esta figura, la víctima que pretende la indemnización en cada caso debe encontrar el elemento en el cual se encuentra la incertidumbre, esto es, determinar si la incertidumbre proviene del nexo causal o del daño propiamente dicho y, consecuentemente, adecuar la figura a las particularidades de su reclamación.

De este modo, no se dejaría por fuera ninguno de los eventos de incertidumbre, ya que podría adecuarse esta figura a cada caso concreto, garantizando la real indemnización integral de la víctima.

6. Referencias.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, Santiago 1981.

CÓDIGO CIVIL, ley 57 de 1887, artículo 1614 (11ava ed), librería jurídica Sánchez R Ltda, Bogotá, 2019.

CÓDIGO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO y TRIBUTARIO de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "González, María N. y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 17-4-2008.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25706, abril 5 de 2017, Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, rad. 25869, M.P Enrique Gil Botero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Marzo 4 de 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P. Nicolás Bechara. Septiembre 10 de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC10261, MP: Margarita Cabello Blanco, 2014.

HENAO (2007), Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés. (4ta ed). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

IBAÑEZ MOSQUERA, Elvira. (2009). La teoría de la pérdida de la oportunidad en Colombia, un tema de incertidumbre en la causa o el daño. (Trabajo de maestría inédito). Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, Colombia.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD León y TUNC André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora. Tomo primero. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1983.

MEDINA ALCOZ, Luis, La teoría de la pérdida de una oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derechos de daños públicos y privado, Thomson y Civitas, Navarra, 2007

OCHOA PÉREZ, César Mauricio. Tratado de los dictámenes periciales. Instituciones jurídicas, económicas, contables y tributarias (2da ed) MEDELLÍN, DIKE, 2018.

RAVE MARTÍNEZ, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual (3ra ed) Bogotá, Leyer. 1998.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas. Profesores 21, 1996.

Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, exp 6878.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I (7ma Ed) Editorial TEMIS, 2013.

