

***Un vistazo a la pérdida de oportunidad como daño  
en el Derecho Civil panameño***

**David E. Zamora Smith**

Universidad de Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá

[david\\_z\\_s@hotmail.com](mailto:david_z_s@hotmail.com)

Recepción: 20 de agosto de 2020

Aprobación: 30 de agosto de 2020

**Resumen**

La responsabilidad civil es una materia de mucho interés, particularmente, porque la vida en sociedad nos expone a una serie actividades y eventualidades que involucran las relaciones interpersonales que desencadenan, en ocasiones, el reproche de la conducta de un sujeto cuando este causa injustamente un daño a otro exigiéndose su reparación.

Del mismo modo que evoluciona el entorno social, existe una creciente masificación de daños ante los cuales no puede debilitarse el principio rector de la reparación integral a la víctima, según el cual no puede soslayarse, a efectos de ser resarcido, ningún detrimento injusto sufrido, incluyendo aquel caracterizado por el desmejoramiento de una oportunidad previa favorable con expectativa razonablemente posible, rubro que descansa en la “*Pérdida de Oportunidad*” como daño problemático ubicado en una zona gris y que registra sus propias modalidades, daño ocasionado por el sacrificio total o la desaparición considerable de la posibilidad de hacerse de un beneficio como situación ventajosa o de evitar la producción de una circunstancia desfavorable.

Al respecto, la pérdida de oportunidad merece un análisis previo de la certidumbre del daño y sus efectos en el tiempo, así como los tipos de expectativas que puede contemplar una oportunidad para luego concluir con los destellos de esta figura en el derecho civil panameño.

**Palabras claves**

Certidumbre, daño, daño actual, daño futuro, frustración de chance, obligación, pérdida de oportunidad, responsabilidad civil, reparación integral, indemnización.

**Abstract**

*Civil Liability is a subject that has been of great interest, because live in society exposes us to be part of activities and eventualities that involves personal relationship and eventually triggered in the reproach of behavior and indeed demand reparation for damage that is unfairly caused by another.*

*In fact, while the social environment evolves there is a growing mass of tort that cannot weaken the principle of the integral reparation of the victim, a thought that does not allow to ignore any unjust damage that is caused, even as a harmful effect of a previous situation that destroys a certain opportunity with reasonably possible expectation, topic that rests on the notion of "Loss of Opportunity" as problematic tort located in a gray area that registers its own modalities, damage caused by total sacrifice or the considerable disappearance of the possibility of making a profit as an advantageous situation or avoiding the production of an unfavorable circumstance.*

*In this regard, the loss of opportunity deserves a prior analysis of the certainty of the damage and its effects over time, the types of expectations that an opportunity may contemplate in order to conclude with the glimpses of this figure in Panamanian Civil Law.*

### **Keywords**

*Certainty, damage, current damage, future damage, chance frustration, obligation, loss of opportunity, civil liability, integral repair, compensation.*

**Objetivo:** Evidenciar la existencia de la pérdida de oportunidad como daño resarcible en el derecho civil panameño.

**Sumario:** 1. Responsabilidad civil. 1.1. El daño como elemento de la responsabilidad civil. 1.2. Presupuestos del daño. 1.2.1. La Certidumbre del daño. 1.3. Efectos del daño en el tiempo. 2. Noción de Pérdida de oportunidad. 2.1. Elementos esenciales del daño por pérdida de oportunidad. 2.2. La expectativa en la pérdida de oportunidad. 2.2.1. Pérdida de oportunidad de obtener una ventaja o beneficio. 2.2.2. Pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio. 3. La pérdida de oportunidad en el Derecho Civil panameño. Conclusiones

## **1. Responsabilidad Civil**

Al momento de abordar el tema de la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable resulta insoslayable referirse a la institución jurídica de la responsabilidad civil o derecho daños<sup>1</sup>, objeto de múltiples críticas y de mucho interés para los estudiosos del derecho especialmente desde la revolución industrial hasta nuestros días, ahora con la inserción de la tecnología, la industria masiva, los contratos de adhesión, el maquinismo, los productos elaborados, etc.

La responsabilidad civil goza de cierta versatilidad, siendo de amplia aplicación y no restrictiva en cuanto a sus orígenes (responsabilidad contractual, responsabilidad

---

<sup>1</sup> La figura inicial y central del derecho de daños fue el *trespass*, palabra probablemente arcaica equivalente a injuria en el sentido romano. Según la jurisprudencia, puede existir *trespass* a la persona (*to person*) y a las propiedades (*to land*). Citado en: **DIEZ PICAZO, Luis** Derecho de Daños, primera edición, Civitatis Ediciones, España: 1999, pág. 90.

extracontractual, responsabilidad precontractual, responsabilidad postcontractual), y los diferentes sectores del diario vivir (responsabilidad médica, responsabilidad del abogado, responsabilidad del fabricante, etc.), donde cada tema exige un impetuoso estudio.

No obstante, en cualquiera de sus matices, el derecho de daños siempre busca el deber de indemnizar y/o reparar los efectos injustos causados a otro con el fin de lograr equidad bajo el principio de reparación integral de los daños. En esa línea Ghersi señala que: *“La idea de responsabilidad civil nace como consecuencia de un reproche a la conducta del agente productor del hecho dañoso -a los efectos de la reparación- o bien como una atribución legal hacia un sujeto que la normativa indica como soporte de esta situación jurídica”*<sup>2</sup>.

De inmediato se puede apreciar como el referente argentino, de manera sensata y mesurada, al referirse a la responsabilidad civil alude la existencia de los dos factores de atribución, subjetivo, cuando señala la conducta culposa del agente productor del hecho daño y objetivo, cuando se refiere a una atribución que realiza la propia ley sin cuestionar la conducta del agente productor.

De tal modo, la responsabilidad civil vendría a ser la reclamación que la víctima lleva a cabo para que un individuo repare o restituya a su estado normal lo arruinado a efectos del daño antijurídicamente percibido, facultado por el derecho para exigir todos los efectos derivados del menoscabo.

A partir de ahí, la noción de responsabilidad civil tiene como principal tarea reprimir el daño injusto como bien dispone nuestro derecho positivo en el artículo 986 del Código Civil en materia contractual y/o por no cumplir con el deber legal impositivo de no dañar a los demás (*alterum non laedere*), que no exige vínculo previo entre las partes, eje de la responsabilidad extracontractual, artículo 1644 de la misma excerta legal.

### **1.1. El daño como elemento de la responsabilidad civil**

El daño viene a ser el eje gravitacional de la responsabilidad civil, puesto que deviene sin objeto resarcir ante su ausencia, de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa: *“(...) la obligación reparatoria que establece la ley lo es como consecuencia del sacrificio soportado por el dañado: la propiedad perdida o privada, el daño sufrido o la limitación impuesta”*<sup>3</sup>, adicional a los demás elementos de la responsabilidad civil para ensayar un justo reproche: hecho ilícito, factor de atribución y nexo causal entre el hecho ilícito y el daño. Y es que ciertamente, lo que persigue la responsabilidad civil es la reparación del agravio que ha sido causado<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> **GHERSI, Carlos Alberto.** *Obligaciones civiles y comerciales*, Editorial De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., Buenos Aires: 1994, pág. 516.

<sup>3</sup> **CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos.** *El daño lícito*, Primera Edición, Wolters Kluwer España, S.A., España: 2016, pág. 327.

<sup>4</sup> **KOTEICH KHATIB, Milagros,** *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona, Del Daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia: 2012, Pág. 18.

Sin duda, el daño es el elemento que despierta la dinámica de la responsabilidad civil, ya que las diferentes circunstancias en que aparece, el menor o mayor impacto que produce, o la dificultad de su probanza siempre requiere de un atinado estudio caso por caso (aun en situaciones similares), para entonces situarnos ante su justo reconocimiento.

Cabe entonces detenerse en el concepto del daño que se describe regularmente como el detrimento material (patrimonial) o inmaterial (extrapatrimonial) que sufre una persona en contravención del ordenamiento jurídico, destacando entre las distintas nociones doctrinales del daño, como la acertada observación de, De Cupis quien se aparta de las tradicionales concepciones que comprenden lo material-concreto y lo extrapatrimonial-abstracto cuando plantea lo siguiente: “daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”<sup>5</sup>.

En ese mismo orden de ideas, Zavala de González al criticar la instrumentación paralela de daños-lesiones y daños-consecuencias, reflexiona sobre la noción de daño de una manera similar cuando dice que: “Es incoherente construir una noción diversa de daño según que sea patrimonial o en cambio concerniente a repercusiones existenciales (individuales o colectivas) contra las personas, porque inevitablemente también versan sobre secuelas nocivas o empeoramientos respecto de una situación previa”<sup>6</sup>.

En ambos pensamientos la idea central del daño gravita sobre frases particulares: “alteración de una situación favorable” y, en el segundo caso, en “empeoramientos de una situación previa”, prescinden de la clásica división entre lo económico y lo existencial, ya que hoy día se contempla la aminoración de circunstancias, eventos o situaciones como cambios significativos en el posible desarrollo de la víctima y que luego podrían derivar en daños materiales y/o extrapatrimoniales indistintamente<sup>7</sup>.

Esto quiere decir que si el escenario anterior de la víctima representaba la persecución de un estado conveniente y beneficioso, o bien, la esperanza de evitar un perjuicio hasta antes del acaecimiento pernicioso, se incluiría sin más discusión el versátil daño por pérdida de oportunidad.

No obstante, la dificultad de adoptar esta idea de daño radica en que la responsabilidad civil suele asimilarse de forma casi inmediata con el aspecto económico y netamente dinerario,

---

<sup>5</sup> **DE CUPIS, Adriano.** El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil, segunda edición. Bosch Editor, Barcelona: 1975, pág. 85.

<sup>6</sup> **ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde.** La responsabilidad civil en el Nuevo Código, Tomo II, arts. 1724 a 1740. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba, pág. 256.

<sup>7</sup> Este panorama de situaciones o circunstancias destruidas se considera de forma muy sublime por el derecho positivo argentino, Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, artículo 1737, cuando establece que: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por ordenamiento jurídico (...)”, esta norma contempla el daño que descansa en el interés de la víctima o lesiones de todo tipo sin apuntar estrictamente a agravios concretos o abstractos sino eclécticos por imprecisos pero que de ningún modo dejan de ser “daños”, en ese sentido, todo aquello que pueda ser afectado por la realidad, como el caso de frustrar una oportunidad veraz y cierta pasa a ser parte del pensamiento conservador en la actualidad inminente. Actualmente la chance tiene un doble matiz como daño indemnizable, puesto que puede ser material como extrapatrimonial, económica o existencial, este último que hace referencia a la colaboración de incapacidad o la violación de los derechos personalísimos de la víctima, como lo contempla el artículo 1745 del Código Civil y Comercial que en su literal -c- reconoce la chance frustrada de ayuda futura dirigida los padres como consecuencia de la muerte de los hijos.

lo cual parece inútil cuando se requiere analizar la predicción de una exceptiva arruinada, que carece de una perfecta intermediación para su apreciación al momento del juicio, toda vez que en los supuestos de pérdida de oportunidad: “(...) *hay certeza sobre que, de no ocurrir el hecho dañoso, el damnificado habría mantenido la oportunidad favorable; pero al mismo tiempo incertidumbre, ya definitiva, sobre si el beneficio se habría logrado o si el perjuicio no se habría evitado*”<sup>8</sup>.

## **1.2. Presupuestos del daño**

La sola invocación del daño no es suficiente para calificarlo de indemnizable, puesto que el mismo debe contemplar una serie de requisitos: debe ser cierto, por lo que no podrá estar sujeto a conjeturas o hipótesis; debe ser propio del reclamante, por resultar lesionado o perjudicado en sus derechos subjetivos; la afectación debe gozar de tutela jurídica y amparo legal; y, la necesidad de reparación debe ser subsistente al momento de su reclamación.

En cuanto a los requisitos del daño, es necesario detenerse a analizar sobre la necesidad de su certidumbre, situación que para algunos parece ser confusa cuando se visualiza la consumación del daño en distintas parcelas de tiempo, en especial cuando lo nocivo todavía no proporciona signos de vida, en otras palabras, cuando se indemniza un daño que tiene elementos que difieren en la época que se juzga como el daño futuro, daño virtual, el daño al proyecto de vida, y sin duda, algunas porciones de la pérdida de oportunidad que requieren de una carga superior para demostrar la veracidad, vigencia y existencia del daño.

### **1.2.1. La Certidumbre del daño**

Al enunciar que el daño debe ser cierto se refiere a que el juzgador debe constatar y comprobar fehacientemente la ocurrencia del daño a indemnizar al momento de fallar, para así no reconocer lo injusto y alcanzar la aplicación de la imparcialidad, pero ello no siempre será una tarea fácil, dado que este ejercicio podría estar arraigado a dificultades naturales como el dinamismo de una actividad o profesión especial, la falta de pericia, las lagunas legales, los espacios o conjeturas propias de lo venidero que manchan los elementos fácticos. No obstante, la fórmula se proyecta cuando el juzgador tiene definida su función de indagar sobre el efecto adecuado determinados hechos que ocasionarían ciertos daños.

En otras palabras, la búsqueda del hecho regularmente detonante del daño reclamado, enlazando el deber de responder del agente, es decir, la conexión lógica y razonable que debe existir entre determinado hecho ilícito y el daño acaecido que posteriormente formará parte del nexo causal bajo un sustento en la causa adecuada.

De forma más precisa contempla el artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación (República Argentina): “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño*”, por razón de que la conducta

---

<sup>8</sup> ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, *Ob. cit.*, pág. 293.

ilícita genera la convicción suficiente en el juez con respecto al impacto nocivo a pesar que el mismo se despliegue en una época distinta: “*como acaecer fáctico el daño adquiere certidumbre tanto cuando es actual como cuando es futuro. Pero esta ‘certeza’ tiene que ver con el hecho causal, pues es ese hecho el que, por producir la privación o desmedro de un bien jurídico cualquiera, permite atribuir certidumbre al perjuicio*”<sup>9</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la pérdida de oportunidad se refiere, se debe tener en cuenta que se trata de un daño actual dado que al momento de fallar goza de plena certidumbre en una oportunidad constatable como arrebatada. Dicho de otro modo, la conducta antijurídica debe ser vinculada con la oportunidad existente pero cercenada por medio de una conducta ilícitamente concebida por el agente.

### 1.3. Efectos del daño en el tiempo

Como bien mencionamos, el daño, en términos generales, puede manifestarse en diferentes fases o periodos de tiempo; no obstante, el mismo también podrá situarse en dos o tres tiempos a la vez, y a esto se contempla, así sea en menor medida, la pérdida de oportunidad, y aunque se reniegue de ello, la existencia de oportunidad para llamarse como tal, cuestiona la legitimidad del acceso a un resultado favorable o sobre el esfuerzo de supresión de un perjuicio que en otrora incierto ahora por causa de un tercero ya no será siquiera especulativo (un posible mejor futuro ha sido destruido).

La esperanza de conseguir una mejor situación que le sucedía a la ejecución de la oportunidad, se entiende en la doctrina como la “*expectativa*” lo cual desaparece en el futuro que era venidero antes del hecho ilícito, y que sin ser indemnizada por incierta, su razonable posibilidad de concreción, suma un valor al cociente de la indemnización por chances frustradas<sup>10</sup>.

Sea dicho de paso que la mayoría de los daños que se reclaman en la esfera jurisdiccional figuran como pasados, ya que los efectos nocivos ya han sido manifestados, lo cual es independiente a la subsistencia de resarcimiento; el daño presente es aquél que está surtiendo sus efectos al momento de decidir el juez sobre la pretensión y se mantiene latente. Por otro lado, el daño futuro<sup>11</sup> es aquél que debe producirse y que se tiene como cierto en el

---

<sup>9</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2da edición, Editorial Astrea: Buenos Aires: 1987, pág. 51-52.

<sup>10</sup> Resulta amigable aplicar la analogía de la gramática del idioma español para comprender este daño porque la oportunidad frustrada como daño indemnizable analiza un daño pretérito pluscuamperfecto que descansa en el “*hubiera sido*”, ya que el daño en la chance intenta indemnizar el daño de una alta posibilidad de ventaja o evasión de un perjuicio que ha desaparecido injustamente por un tercero, y cuyo matiz incierto descansa en el desconocimiento del resultado final, aun si se tachara el hecho ilícito de la realidad al momento del ilícito.

<sup>11</sup> En opinión de Moisset de Espanés: “*Deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generado que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca “instantáneo”, se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora.*”, a destacar que el citado autor hace un comentario general de la producción de un daño sin tomar algún punto de referencia para destacar la temporalidad de los efectos del daño, como si realiza Eduardo Zannoni en su obra “*El daño en la responsabilidad civil*” al referirse a la sentencia como epicentro temporal.

instante que se reclama, aún no ha surtido sus efectos, porque estos se ensanchan en el tiempo ulteriormente.

Esto quiere decir que en diversas ocasiones se tiene por cierto un daño, aunque su efecto no sea actual, luego de una labor de depuración de las fracciones de incertidumbre en el menoscabo, postulado que elimina la errada percepción de que un daño por su difícil evaluación no es real.

En atención a ello, no se puede negar que resulta más tedioso calificar un daño como cierto cuando el mismo contempla alguno de sus episodios en el porvenir; sin embargo, se debe precisar que ambos conceptos, la certidumbre y la futuridad, son autónomos para la formación del daño siendo irrelevante que el daño sea pasado, presente o futuro para que el mismo se califique como veraz. Esto puede corroborarse ante las reiteradas jurisprudencias que han indemnizado daños póstumos a la interposición de la demanda, frecuentemente en causas médicas, descartando entonces que certeza y actualidad sean dependientes una de otras.

Al respecto, somos de la opinión que en el daño por pérdida de oportunidad se busca la evidencia de la frustración de una “*chance*” cuya existencia fue parte del pasado en juicio, lo cual nos lleva de inmediato a descartar que se trate de la indemnización de un daño futuro incierto.

El ejercicio del juzgador consiste en vincular el hecho ilícito con la oportunidad cercenada, cierta al momento del acaecimiento ilícito y no con la expectativa esperada que ya no formará parte de la realidad. Sin embargo reiteramos, que la otrora razonable concreción de la “expectativa” juega un papel preponderante para otorgarle valor a este rubro indemnizable como anota Gherzi: “*La indemnización por pérdida de “chance” no se identifica con la utilidad dejada de percibir; sino 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 nunca identificarse con el eventual beneficio perdido*”<sup>12</sup>.

## 2. Noción de pérdida de oportunidad

No se puede negar que a *prima facie* la frase “*pérdida de oportunidad*”<sup>13</sup> aparenta coincidir con la existencia de un daño que se apoya en la suerte, en el azar y en lo aleatorio, lo cual cobra mayor premisa cuando se menciona en su versión original de “*pérdida de chance*”,

---

<sup>12</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pág. 400-401.

<sup>13</sup> En su forma más común: “*pérdida de la oportunidad u oportunidad pérdida*”, también utilizado el galicismo “*pérdida de la chance*” o “*pérdida de posibilidad*”; en las ciencias económicas y en la obra “*el seguro de responsabilidad civil*” de Claudio López-Cobo se encuentra como: “*coste de la oportunidad*”; otros como Ricardo De Ángel Yáguez utilizan “*pérdida de fas expectativa*” o simplemente “*pérdida de la chance*”, en HERSALIS, Marcelo. *La pérdida de oportunidad o chance*, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Buenos Aires: 2009, pág. 4.

pero si así fuera, el fundamento de su alcance y extensión reconocería un injusto daño conjetural o hipotético.

De forma escueta, la pérdida de oportunidad es un daño ocasionado por el sacrificio total o la desaparición considerable de la posibilidad de hacerse de un beneficio como situación ventajosa o de evitar la producción de una circunstancia desfavorable.

Autores como Velásquez Posada prefieren ejemplarizar el concepto cuando anotan lo siguiente: “(...) una persona pierde por hecho o culpa de un tercero la oportunidad de participar en un concurso o competencia, que de resultar favorecido, le reportaría un beneficio”<sup>14</sup>.

Para la *Cour de cassation* es simplemente la desaparición cierta de una eventualidad favorable con suficiente chance de obtener una ganancia o chance de limitar una pérdida.

Martin citado en Teller, indica de forma más elaborada que: “*La pérdida de chance representa el daño que consiste en la agravación de una probabilidad feliz. Por lo tanto, solo designa un perjuicio de sustitución al cual se recurre cuando, convencido de la implicación de la culpa en el daño, no se le puede atribuir razonablemente como una mera extensión causal, sino un impacto en la probabilidad frustrada a la víctima.*”<sup>15</sup>.

Sin alta retórica, al hablar de la lesión del “*derecho de oportunidad*”, este se convertirá en un rubro indemnizable por arruinar una situación previa de provecho para la víctima, traducándose en una “*pérdida de oportunidad o de chance*” y que tiene como objeto reparar el sacrificio injusto de la esperanza real y cierta, la violación a la posibilidad significativa y razonable. Es el impedimento o frustración de ejercer una oportunidad indudable y preciada como consecuencia de la conducta ilícita de un tercero, que ya suponía un resultado incierto por naturaleza, con la diferencia que ahora no se tendrá el efecto final que pudo ser beneficioso para la víctima.

## 2.1. Elementos esenciales del daño por pérdida de oportunidad

Existen posturas jurisprudenciales y doctrinales que brindan luces respecto a la noción de esta figura, en ellas se contemplan los elementos esenciales para que se pueda invocar el daño por pérdida de oportunidad.

Así, la *Cour de Cassation (Chambre criminelle)* de Francia, por medio de fallo de 23 de noviembre de 1971 define las cualidades de la chance de una situación favorable y delinea el resultado esperado como necesariamente inseguro para situarnos ante este daño indemnizable: “*El elemento del perjuicio constituido por la pérdida de una oportunidad*

---

<sup>14</sup> **VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio.** *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 21 ediciones, Colombia: Editorial Universidad de la Sabana, Editorial Temis, Colombia: 2006, pág. 237.

<sup>15</sup> Traducción Libre del texto original en francés: “*la perte de chance représente le dommage consistant dans l'aggravation d'une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu'un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l'implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui preter, comme prolongement causal, qu'une incidence sur la probabilité qu'avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint*”. Citado en **TELLER, Marina.** *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter*, *Conférence Association Droit Et Commerce, Tribunal de Commerce de Marseille, Revu de Jurisprudence Commerciale, Ancien journal des agréés.* Marseille: 2013, Pag. 1.



*puede presentar en sí misma un carácter directo y cierto cada vez que es constatable la desaparición por el efecto del delito, de la probabilidad de un evento favorable, aunque por definición, la realización de una oportunidad nunca es segura.*”<sup>16</sup>

Visto desde otro ángulo, en el célebre ejemplo del caballo de carreras que pierde la oportunidad de participar y triunfar en la corrida por retraso negligente del conductor que transporta el equino, rescata un daño indemnizable en el que no se conoce si habría triunfado, aunque sí que la oportunidad de participar era cierta y que esta fue amedrentada por causas no regulares. Entonces, la pérdida de oportunidad ha sido visto como la “*certidumbre de la incertidumbre*”, lo cual parece una total paradoja, pero cuyos elementos se expresan así:

- La certeza de “*oportunidad*” que de no haberse frustrado pudo ejercitar la víctima.
- La incertidumbre en lograr y conocer si la oportunidad en el normal transcurrir de los hechos habría de concluir como pleno se esperaba. La “*expectativa incierta*”.

Esto es así porque “*(...) el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido*”<sup>17</sup>, elementos estos que conceden a la pérdida de oportunidad un matiz autónomo de daño indemnizable que cuestiona por instantes el “*it might have been*” sin la necesidad de aterrizar en un daño futuro y que al mismo tiempo no se encasilla puntualmente en un daño material o extrapatrimonial, sino en el arrebatado actual de la oportunidad<sup>18</sup>.

Retornando al tema, la probabilidad frustrada goza de estos dos elementos puntuales que permiten no confundirla con otros daños indemnizables como el daño emergente, el lucro cesante o el daño futuro.

De esta manera, estos elementos: “*certeza en la chance*” e “*incertidumbre en la expectativa*” permiten que este daño sea excluyente de daños conjeturales. Por ejemplo, en el supuesto que un desahuciado a causa de enfermedad terminal pretenda responsabilizar al facultativo por la desaparición de la “*posibilidad de sobrevivir*”, no existe una situación que acredite la oportunidad cierta de “*supervivencia*”, dado que el destino de la salud del enfermo ya estaba seriamente comprometida; o el caso en que una chica que ha sufrido una lesión visible en el rostro (cuya secuelas son cicatrices muy notables o ampliamente visibles), pretendía ganar el título de *Miss Universe*, sin ni siquiera estar inscrita en el certamen nacional de belleza de su país para ser seleccionada entre las finalistas domésticas, por tanto en ambos casos no es posible creer en la existencia de “*la chance*” de curación o de triunfo, respectivamente, pues en estos supuestos la chance no es susceptible de comprobación fáctica o de convicción, ni al menos de una sostenible presunción.

---

<sup>16</sup> Traducción libre del texto original en francés: *L'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine.*

<sup>17</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil – De los perjuicios y su indemnización*, tomo II, Editorial Temis: Bogotá, 1990, pág. 28.

<sup>18</sup> A pesar que la pérdida de oportunidad es un daño indemnizable no se puede los “*(...) los casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido*”. citado en ASUA GONZÁLEZ, Clara I. *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, primera edición, Navarra: Editorial Arazandi, 2008, pág. 17.

En nuestro medio, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoce esta figura producto del derecho doctrinal y pretoriano con su intrínseca característica de daño real y cierta, se discute en el caso Cornelio Cano Castillo contra Desarrollo Costa Blanca, S.A., dentro del recurso de Casación interpuesto correlativamente en el proceso Sumario, resuelto bajo la ponencia del Magistrado Hernán de León Batista en septiembre de 2015, declarando la inexistencia del daño por pérdida de oportunidad por carecer de certidumbre:

*“De partida, el supuesto daño, pérdida de oportunidad por parte de DESARROLLO COSTA BLANCA, S.A. para realizar algún proyecto sobre las fincas cauteladas o su venta, los peritos no dan señas de la existencia de alguna tentativa para uno de los dos supuestos beneficios que hubiese podido obtener.*

*En el dictamen pericial no se identifica, siquiera, que al momento de la anotación provisional de la demanda o durante el tiempo que ha transcurrido, el recurrente tuviera planeado un proyecto en concreto a desarrollar, o tratos preliminares tendientes a la formación de un contrato de compraventa de las fincas.*

*(...)*

*En el caso que nos ocupa, el simple hecho de ser propietario de dos fincas sobre las cuales pesa una anotación provisional de la demanda, sin indicio alguno de que el dueño pretendiera desarrollar un proyecto o su venta, no basta para acreditar que perdió la “posibilidad” de obtener un posible beneficio”.*

En este caso, el juzgador llega a la conclusión de que el petente no acreditó ni siquiera indiciariamente que tenía la posibilidad u oportunidad de obtener un beneficio o situación favorable con sus fincas. A *contrario sensu*, si probaba que estaba en las tratativas de una compraventa o proyecto de construcción sobre estas fincas, habría logrado acreditar la chance de un beneficio. A tal efecto, el juzgador no pudo reconocer la existencia de chance por resulta hipotética, situación que en este caso no ameritó mayor análisis dado que el daño invocado se basó en situaciones conjeturales y subjetivas, siendo inútil reflexionar sobre alguna expectativa.

## **2.2. La expectativa en la pérdida de oportunidad**

Entiéndase por expectativa la esperanza o posibilidad de obtener una cosa o un logro del cual no se puede disponer hasta que suceda. La pérdida de oportunidad puede contemplar dos tipos generales de expectativas: la obtención de una ventaja o beneficio, o la evitación de un perjuicio, a pesar que el rubro es la frustración de la situación particular que contiene la esperanza de alcanzar alguna de las expectativas antes mencionadas.

### **2.2.1. Pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja o beneficio**

Es la clásica y común expectativa que contiene la pérdida de oportunidad, el prototipo de la figura. Se trata de la frustración de la posibilidad de *“mejorar una situación”*<sup>19</sup>; es decir, que la víctima estaba encaminada a concretar un negocio, ganar un concurso, una competencia, obtener un beneficio lucrativo, etc. Se sacrifica una *“oportunidad positiva”*. Evidentemente, la incertidumbre no permite conocer si perderá o ganará, empero lo perseguido o esperado por la víctima era en principio un beneficio posible.

<sup>19</sup> LENTZ, Jeanne, *Controverses autor de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Belgique*; Liège Universté, Master en Droit. 2017-2018, pág. 5.

### 2.2.2. Pérdida de la oportunidad de evitar o limitar un perjuicio

Se trata de la pérdida de oportunidad de escapar de una falla o una fatalidad, en síntesis, es un perjuicio apreciable por atentar contra la posibilidad de sobrevivencia a un riesgo, como anota Lentz de “no ver deteriorada una situación”<sup>20</sup>. Es irrefutable reconocer que en esta modalidad existe una expectativa de resultado incierto, pero su matiz de evasión de un perjuicio la convierte en una “pérdida de oportunidad negativa”.

Esta modalidad tiene alta relevancia, y es que al invocarla se valoran los esfuerzos de la víctima para evitar un mal, una agravación, situación que ya lo colocaba en un terreno de mayor vulnerabilidad “desconociendo si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo”<sup>21</sup>.

Ejemplos frecuentes en las causas médicas, donde el paciente acude al facultativo con la esperanza de impedir la propagación de su enfermedad o el agravamiento de una infección, oportunidad que al lesionarse se convierte en “la pérdida de oportunidad de curación” (“*de guérison*”) o inclusive la frustración del intento de burlar a la muerte “pérdida de oportunidad de supervivencia” (“*de survie*”)<sup>22</sup>, cuyas esperanzas de evasión son pérdidas por la negligencia del médico.

Este supuesto de la pérdida de oportunidad es de fácil percepción, ya que basta con seguir el proceso ya perjudicial para luego pescar el hecho por medio del cual se desaparece la posibilidad de evitar el perjuicio; empero, de forma antagónica sigue siendo un tanto difícil establecer porque no siempre se deduce si el daño mantiene porciones de culpa del acusado o si se trata de un desenlace natural y predecible ajeno a la pérdida de oportunidad.

Claro, asimilar esta faceta de la pérdida de oportunidad resulta algo complicado por ser la menos común, visto está que la doctrina y la jurisprudencia parecen dar exclusivo protagonismo a la pérdida de oportunidad de ventajas como se refleja por parte de *La Cour de Cassation, Première Chambre Civile* de Francia, de 21 de noviembre de 2006: (...) solo constituye una pérdida de oportunidad reparable, la desaparición presente y cierta de una posibilidad favorable<sup>23</sup>.

Postulados como estos parecen detalles de pura semántica, puesto que somos de la opinión que la Sala de Casación Civil Francesa quiso empoderar la existencia de la chance siempre en un contexto favorable para la víctima, sin excluir su variante negativa.

## 3. La pérdida de oportunidad en el Derecho Civil Panameño

Nuestro derecho, desde el presente siglo, ha dado opiniones sobre el reconocimiento de este rubro indemnizable, el ejemplo más descriptivo se ha dado dentro del recurso de anulación contra el laudo arbitral (en derecho) de 15 de octubre de 2010, en el proceso arbitral

---

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una chance. Su indemnización en la Jurisprudencia Chilena*. Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado No.2, Chile: diciembre 2012, pág. 251.

<sup>22</sup> Esta modalidad de pérdida de oportunidad que descansa en el “riesgo de perder” fue reconocido abiertamente en Francia, según Lentz, entre los años de 1960 y 1980, por casos relacionados a la práctica médica, en el que la Corte de Casación empieza a admitir el nexo de causalidad por la frustración de impedir un mal.

<sup>23</sup> Traducción libre texto original en francés: “*Attendu que seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable*”.

interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.* contra *Bay One Development, S.A.*, donde la Sala Cuarta de Negocios Generales, bajo la ponencia de Luis Ramón Fábrega, el 11 de mayo de 2015 hace alusión a la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, ante la equivocada idea del recurrente en asegurar que el “derecho” únicamente comprende las regulaciones y no la doctrina:

*“Por último, sobre la figura de la pérdida de un chance, alegada por el recurrente, hay que destacar que se está ante un proceso arbitral, en donde el árbitro al dictar el laudo está en libertad de aplicar no solo el derecho sustantivo y procesal, sino que también puede apoyarse en la doctrina y jurisprudencia y demás reglas del derecho. De manera que, siendo la pérdida de un chance o pérdida de oportunidad un criterio de ponderación aceptado doctrinal y jurisprudencialmente cuando una de las partes contratantes se ve afectada por el incumplimiento del contrato, mal podría afirmarse que el árbitro traspoló (sic) los parámetros de un arbitraje en derecho.”* (El subrayado es nuestro).

En el referido caso, el recurrente, dentro de otras argumentaciones sostiene que el laudo contiene una decisión que exceden el ámbito y alcance del derecho, y que el árbitro debió aplicar las leyes de la República de Panamá, afirmando que al desarrollar la teoría de la pérdida de una chance, el caso no se decidió en base a derecho. Se destaca la atinada opinión de la judicatura nacional, aclarando que dicha teoría por ser parte de la doctrina es parte de nuestro derecho, y en consecuencia, no encontró motivo en ello para anular el laudo arbitral.

En otra ocasión, la Sala Primera de lo Civil, bajo la ponencia de Hernán De León Batista, se pronuncia sobre el particular en el caso Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo) contra Oscar Alexis Atencio Araúz y Aseguradora Mundial, S.A. (antes), Mapfre Panamá, S.A. (actualmente), del año 2017, cuando reconoció el daño por pérdida de oportunidad de ascenso de los demandantes del cuerpo de Operaciones Especiales Motorizadas (“Linces”) de la Policía Nacional, quienes realizaban su ronda de rigor en la provincia de Bocas del Toro, en donde ambos fueron perjudicados en su anatomía al perder la pierna izquierda debido a un accidente de tránsito por parte del vehículo conducido por el señor Atencio Araúz, interviniendo la aseguradora por medio de estipulaciones de daños a terceros.

De los antecedentes de dicho conflicto judicial, se rescata que los oficiales, luego del accidente que produjo la pérdida de la mencionada extremidad, fueron reasignados a trabajos administrativos en la institución en la cual laboran (oficinistas), lo cual dio paso para que la judicatura desarrollara sobre la pérdida de posibilidad de un futuro mejor de los miembros de la fuerza pública (subir de rango), sirviendo como prueba el informe rendido por el Departamento de Recursos Humanos de la Zona Policial de Bocas del Toro, a juicio de la Sala:

*” Igualmente, la disminución en la oportunidad que los mismos tienen para ser promovidos de rango en la Policía Nacional institución en la cual la aptitud física del agente es un componente importante a tomar en consideración para ascender, posibilidad real en el devenir profesional de una unidad de policía, comporta un perjuicio que les dificulta la obtención de un mejor ingreso, y justifica el monto de la condena que en concepto de lucro cesante le fue impuesta al demandado (...).”* (El subrayado es nuestro).

No resulta ocioso destacar que entre los daños reconocidos se utilizaron la cortina del “*lucro cesante*” y del “*daño moral*”, cuando su contenido es eminentemente por frustración de la oportunidad sin ser mencionada en el desarrollo del fallo.

Las consideraciones se fundaron en la certeza de chance de los oficiales en ascender si hubiesen permanecido como policías operativos, con un toque de incertidumbre por solo ser postulantes de posibles ascensos y todavía no plenos merecedores al momento de los hechos analizadas en dicha causa, haciendo una profecía dirigida a lo normal, tomando en cuenta todos los factores externos al caso que como en otrora policías de campo debían cumplir previamente: la evaluación mínima de desempeño en el campo, conducta adecuada a la moral social e institucional en el rango, aprobar exámenes de admisión, exámenes físicos y cursos.

Si bien la desaparición de la oportunidad a causa del accidente no tiene un nexo causal inmediato por no ser resultado directo del hecho de tránsito, sin duda se destacada la aminoración de sus aptitudes físicas para laborar, suficientes para no optar por promociones o ascensos contestes a los cargos que desempeñaban hasta antes de la colisión,<sup>24</sup> en la que ambos oficiales perdieron la pierna izquierda, imposibilitando que alcancen puestos operativos dentro de la entidad pública, una pieza de evidencia de la pérdida de oportunidad como daño en el derecho civil panameño.

De acuerdo a todo lo antes expuesto, cabe entonces afirmar que la frustración de alguna situación como concepto de daño, como indicó *ut supra* De Cupis y Zavala de González, se considera un daño indemnizable a pesar de que su particular existencia destaca por estar ubicada en una zona gris, lo cual no tardará en agitar nuestra casa de justicia en aquellos casos que con la invocación tradicional de los daños no sea indemnizable salvo que sea por medio de la pérdida de oportunidad.

## Conclusiones

1. El concepto de responsabilidad civil se encuentra en etapa de metamorfosis, en trayecto de sufrir modificaciones que reconozcan habitualmente el desmejoramiento de las situaciones previas (abstractas) al hecho ilícito como un daño con valor indemnizable que arremete contra el pleno desarrollo de la víctima.
2. El análisis de la pérdida de oportunidad como daño resarcible robustece el concepto de reparación integral de la víctima, quien ha sido privada de una circunstancia que pudo percibir como provechosa.
3. El daño en estudio es actual y su reconocimiento goza de plena certidumbre, toda vez que el hecho ilícito se debe vincular con la oportunidad frustrada existente.
4. La frustración del chance consta de dos elementos imprescindibles que a su vez lo convierten en un daño particular, la oportunidad que ciertamente pudo ejercitar la

---

<sup>24</sup> De tal modo, para la calificación de “policía operativo” y “ascenso” se utilizó el Manual de Ascensos de la Policía Nacional publicado en la Orden General No. 136 de 18 de julio de 2007, con los fundamentos legales en el Decreto Ejecutivo No. 172 que desarrolla la Ley No. 18 de 1997, Ley Orgánica de la Policía Nacional, el cual fue de sustento para descifrar que los afectados han perdido la oportunidad de ascensos al cargo inmediatamente superior al que ostentaban. Entre los requisitos exigidos destacan: “antigüedad en el cargo” que por razones obvias ya no podían desempeñar así como “poseer aptitudes físicas comprobadas por servicio y edad”, arrojados categóricamente al descarte de no ascender como policías operativos y de tal forma a perder una oportunidad,

víctima y la incertidumbre en la expectativa que persiste inclusive si se procede a suprimir la conducta ilícita del agente de manera ficticia.

5. La pérdida de oportunidad padece en nuestro medio, y esto se debe a que nuestros tribunales no han tenido un cúmulo de casos para deliberar al respecto, lo cual no ha sido obstáculo para que la Corte Suprema de Justicia reconozca la figura abiertamente en nuestro derecho.
6. El Derecho actual no diferencia entre las modalidades de expectativas de la pérdida de oportunidad: obtener una ventaja o de escapar a un perjuicio, separación que brinda una asimilación inmediata al juzgador para pescar el modo en el que se desarrolla la oportunidad indemnizable, en que la segunda de ellas presenta mayores inconvenientes al momento de acreditar el nexo de causalidad con el hecho ilícito.

## Bibliografía

### Libros y otras referencias:

**ASÚA GONZALEZ, Clara I.** Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria, primera edición. Navarra: Editorial Arazandi, S.A. 2008.

**BUSTAMANTE ALSINA, Jorge** (1997). Teoría general de la responsabilidad civil: novena edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1997.

**CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos.** El daño lícito, Primera Edición, Wolters Kluwer España, S.A., España: 2016.

**DE CUPIS, Adriano** El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil: segunda edición. Bosch Editor, Barcelona: 1975.

**DIEZ PICAZO, Luis.** Derecho de Daños, primera edición, Civitatis Ediciones, España: 1999.

**GHERSI, Carlos Alberto.** Obligaciones civiles y comerciales, Editorial De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., Buenos Aires: 1994.

**HERSALIS, Marcelo.** La pérdida de la oportunidad o chance, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad abierta Interamericana, Buenos Aires: 2009.

**KOTEICH KHATIB, Milagros,** La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona, Del Daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales, Universidad Externado de Colombia: 2012, p. 377

**LENTZ, Jeanne.** Controverses autor de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Belgique; Liège Universté, Master en Droit. 2017-2018.

**MOISSET DE ESPANÉS, Luis.** Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro” con relación al daño emergente y al lucro cesante. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República de Argentina [En línea]: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdanoactualyfuturo> (consultado el 24 de octubre de 2019).

**PRÉVOT, Juan Manuel y CHAI, Rubén Alberto.** Pérdida de chance de curación, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007.

**TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio.** *Pérdida de una chance. Su indemnización en la Jurisprudencia Chilena.* Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado No.2, Chile: diciembre 2012. Recuperado en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127054/perdida-de-una-chance-su-indemnizacion-en-la-jurisprudencia-chilena.pdf?sequence=1>

**TAMAYO JARAMILLO, Javier.** *De la Responsabilidad Civil – De los perjuicios y su indemnización*, tomo II, Editorial Temis: Bogotá, 1990.

**TRIGO REPRESAS, Félix Alberto.** *Pérdida de Chance*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

**TELLER, Marina.** *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter. Conférence Association Droit Et Commerce, Tribunal de Commerce de Marseille, Revu de Jurisprudence Commerciale, Ancien journal des agrées.* Marseille: 2013.

**VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio.** *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 21 Edición, Colombia: Editorial Universidad de la Sabana, Editorial Temis, Colombia: 2009.

**ZANNONI, Eduardo,** *El daño en la responsabilidad civil*, 2da edición, Editorial Astrea: Buenos Aires: 1987.

**ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde.** *La responsabilidad civil en el Nuevo Código*, Tomo II, arts. 1724 a 1740. 1ª ed., Alveroni Ediciones, Córdoba: 2016.

### **Jurisprudencia:**

Cornelio Cano Castillo y Desarrollo Costa Blanca, S.A. recurren en casación dentro del proceso sumario que Cornelio Castillo le sigue a Ricardo Holding, S.A., Desarrollo Costa Blanca, S.A. y Repedac Internacional Inc. Ponente: Hernán A. De León Batista Panamá, ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Mapfre Panamá, S.A. recurre en casación dentro del proceso ordinario que le sigue Iginio Smith Robinson Carlos Ariel Mesa y Ponente: Hernán A. De León Batista. Panamá, quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Recurso de anulación contra el Laudo Arbitral (En Derecho) de 15 de octubre de 2010, proferido dentro del Proceso Arbitral interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.*, contra de *Bay One Development*, S.A. Ponente: Luis Ramón Fábrega S. Panamá, once (11) de mayo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Cuarta de Negocios Generales.

### **Leves:**

G.O. 2404: Ley No 2 de 22 de agosto de 1916, Código Civil de la República de Panamá.

G.O. 23858: Decreto Ejecutivo No. 172 de 29 de julio de 1999 “*Por el cual se desarrollan los Capítulos VI y VII, Sección Primera, Segunda y Tercera, Cuarta y Quinta, el Capítulo VIII de la Ley 18 de 3 de junio de 1997*”.

Código Civil de la República de Panamá.

Ley 26.994 y Promulgado según decreto 1795/2014, Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –Presidencia de la Nación, 2da edición – julio 2016, Infojus: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

**Datos del Autor.** *Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá Capítulo de Honor Sigma Lambda, Maestría en Derecho Privado en énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá con mención Sobresaliente Cum Laudem por el jurado calificador; Especialidad en Docencia Superior de la Universidad de Panamá; estudiante de los Cursos Intensivos válidos para el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires; ha ocupado los cargos de Oficial Mayor, Secretario Judicial Interino y Asistente de Juez en los Juzgados de Circuito Civil y Seccional Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá. Correo electrónico: [david\\_z\\_s@hotmail.com](mailto:david_z_s@hotmail.com)*