

Entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidad Between lost profits and lost opportunities

Zamora-Smith, David Ellister

Universidad de Panamá

Panamá

Correo: david_z_s@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8781-1222>

Lozada Estrada, Mónica Teresa

Universidad de Panamá

Panamá

Correo: monica-t.lozada-e@up.ac.pa

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3038-9423>

Entregado: 7 de abril de 2025

Aprobado: 25 de abril de 2025

DOI <https://doi.org/10.48204/j.aderecho.n55.a8695>

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto analizar las principales diferencias entre dos rubros indemnizables: el lucro cesante y la pérdida de oportunidad. Ello se realiza a partir de distintos puntos de vista: origen, contenido, regulación, resarcimiento, entre otros. Dos figuras autónomas cuyo dominio facilita la aplicación de la reparación integral. Por consiguiente, no pretendemos agotar el tópico ni mucho menos que el mismo sea exhaustivo, sino abrir al debate de la comunidad académica un tema que no deja de inquietar a los estudiosos del derecho.

Palabras clave: daño, ganancia, indemnización, probabilidades, responsabilidad civil.

Abstract

This paper aims to analyse the main differences between two types of compensation: loss of profit and loss of opportunity. This is done from different points of view: origin, content, regulation, compensation, among others. Two autonomous figures whose mastery facilitates the application of integral repair. Therefore, we do not intend to exhaust the topic, much less that it is exhaustive, but open to the debate of the academic community a subject that does not cease to worry law scholars.

Keywords: damage, gain, compensation, probabilities, civil liability.

1. El daño y la necesidad de diferenciar sus distintos rubros indemnizables

La responsabilidad civil tiene como principal tarea indemnizar el daño injusto causado a otra persona, consecuencia del incumplimiento del deber general de no dañar a los demás (*alterum non laedere*)¹ o de deberes específicos preestablecidos.

Asimismo, el reconocimiento del daño aporta valor a los demás elementos de la responsabilidad civil (hecho ilícito, factor de atribución, relación o nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño), ya que de su acreditación depende la indemnización del lesionado.

En la Ley de las XII Tablas no se resaltó la noción del “daño”, pero la represión del ilícito a través de la aplicación de la venganza privada, sancionando al causante: sometiéndolo al poder del afectado o abonándole como *aestimatio damni* una pena fija pecuniaria (López, 2021).

Para comprender los inicios de lo que hoy en día conocemos como daño, se debe recurrir a la *Lex Aquilia*². Por medio de esta Ley se incluía el perjuicio causado a las personas (*iniuria*), cuyo otro sentido refería precisamente a un acto contrario a derecho (*nullo iure*), diferente de lo que era conocido como la afectación directa a la propiedad (esclavos, animales, etc.): *damnum*³.

A partir del artículo 1382 del Código Civil francés (1804)⁴ se popularizó la expresión “daño” con la amplitud con la que se conoce hoy en día; sin embargo, desde antes, en Las VII Partidas de Castilla redactadas entre los años 1252 a 1284, se ensayó su concepto: “el daño es el

¹ Del latín que significa “no dañar al otro”, regla básica de conducta atribuido al jurista Domicio Ulpiano. Este principio fundamenta la idea de lo justo (“*ius*”) con otros principios: vivir honestamente (“*honeste vivere*”) y dar a cada uno lo suyo (“*suum ius cuique tribuere*”).

² La *Lex Aquilia* fue promulgada -aproximadamente- en el año 287 a. C. (posterior a las XII Tablas de 450-451 a. C.) y fue propuesta por el tribuno Aquilio Galo, conocida como una Ley que estableció reglas de indemnización en favor de los propietarios de bienes dañados por culpa de otro y los daños ocasionados producto del robo o la mera destrucción de la propiedad. Es el origen del régimen de responsabilidad civil en el sistema jurídico romanista. La *Lex Aquilia* constaba de tres capítulos, el primero de ellos señalaba que “quien matere injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año”, y el doble del valor para aquél que negare los hechos. De interés es el contenido de su tercer capítulo que indicaba que quien hubiese infligido con *iniuria* cualquier daño a una cosa de otro, de cualquier modo, debía pagar el mayor valor de la cosa en los últimos treinta días.

³ Señala Peirano Facio que el sentido de *iniuria*, en lo que se considera *nullo iure*, es recordado por los comentaristas clásicos al ocuparse de los delitos y cuasidelitos, en Peirano Facio, J., *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2004, pp. 381-382. No obstante, debemos enfatizar que en el derecho romano no existía una clara distinción entre el “delito” y la “reparación”. Sin tanta retórica, el *Damnum iniuria datum*, originario del concepto del daño en la legislación romana, fue recogido por la *Lex Aquilia*. Consistía en un derecho consuetudinario que corresponde a la pérdida ocasionada por un daño ilícito, ya sea con o sin culpa, dirigida principalmente a una afectación patrimonial por destrucción, deterioro o pérdida del patrimonio de una persona.

⁴ Texto original del Código Civil francés, edición original y oficial de 1804: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui causa à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

empeoramiento, menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas” (Partida VII)⁵, incluyendo no solo a los efectos patrimoniales sino a la persona misma.

Comprendiendo lo abarcador del concepto “daño” y sus orígenes, autores como De Trazegnies (2000) afirman que su efecto “no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos dañinos [...]” (p. 15), justificándose así la necesidad de organizar y categorizar al daño y apelando al orden en las formas de su indemnización.

Lo anterior merece nuestra atención, toda vez que existen dos géneros de daños, el patrimonial y el extrapatrimonial, siendo innecesario adaptar un tercer género que podría redundar en la duplicidad de la indemnización. Luego tenemos la categorización de estos géneros, es decir, las “especies”, que vienen a ser los rubros indemnizables que propician una mejor aplicación del concepto de reparación integral, generando la representación fáctica de todo daño sufrido injustamente por la víctima y aportando practicidad para lograr una efectiva justicia.

2. Orígenes de las figuras en estudio

Aunque no se tenga precisión de la primera vez que se aplicó el lucro cesante, existen constancias de su empleo en el derecho romano como efecto de la importancia de las relaciones económicas que también generaban indemnización.

Así pues, en aquellos casos en donde la ejecución del cumplimiento de la obligación se veía frustrada por la inejecución del deudor, y no era posible su ejecución forzosa, se recurría para cubrir el hecho nocivo no solo con el “valor de la cosa perdida” o “daño sufrido en el patrimonio” del *creditor*, sino que también se apreciaba la “utilidad” o “ganancia” que dejó de percibir el *creditor* (*lucrum cessans*), es decir, la indemnización del provecho que hubiese obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Los romanos consideraban que aquello que hubiese podido ganar la víctima en el contexto del incumplimiento de una obligación debía ser considerado como parte del valor de la cosa, como bien afirmó Paulo: “*cuánto me falta, cuánto podría haber ganado*” (*quantum mihi*

⁵ Su texto en castellano medieval o romance castellano: “*Daño es empeoramiento o menoscabo, o destruimiento que ome recibe en su mesmo, en sus cosas por culpa de otro. E son del tres maneras. La primera es quando se empeora la cosa por alguna otra quel mezclan, o por otro mal quel faze. La segunda, quando se mengua por razon del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo*”.

abest, quantumque lucrari potui), situación que evidencia el reconocimiento de la indemnización por *lucrum cessans*.

En un principio su apreciación se realizaba por el propio *creditor* quien -bajo juramento- declaraba sobre la *aestimatio* (estimación del valor de la cosa), y otras veces, el juez aplicaba su discrecionalidad tomando en cuenta el valor común de la cosa (*intentio certa*) o la estimación amplia contemplando el interés del acreedor en la efectividad de la prestación (*intentio incerta*)⁶.

Como anota López (2021), la Lex Aquila no solamente daba cabida a la pérdida del bien, sino también al menoscabo o deterioro del mismo, realizándose *aestimatio*, es decir, tanto el valor habitual de la cosa en el comercio como la “utilidad” que para el propietario tuviera el bien, con miras a resarcir íntegramente al sujeto perjudicado⁷.

Por otro lado, la teoría jurídica de la pérdida de oportunidad -o de chance- evidencia sus orígenes a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, a nivel jurisprudencial. Esto ocurrió en Francia como: “*la perte de chance*” y luego en Inglaterra como: “*The loss of chance recovery*”.

La primera resolución que mencionó el análisis de la “*perte de chance*” data del 17 de julio de 1889, caso en el que se analizó la obstaculización efectuada por un funcionario para tramitar un recurso de apelación dentro de un proceso judicial, sin que el interesado pudiera conocer cuál hubiese sido el resultado del proceso de haber prosperado la revisión por la segunda instancia.

⁶ Esto ocurre a finales de la época clásica e inicios de la época postclásica cuando el juez ejercía su función con mayor libertad, siendo posible que realizara la valoración de los daños ocasionados, atendiendo no solo a criterios objetivos como el valor de la cosa, sino que examinaba particularidades del caso concreto como las ganancias dejadas de percibir por la víctima, dando origen al *utilitas domini*, el interés subjetivo que tuviera para el propietario de la cosa dañada, perdida o destruida. Como evidencia de lo anterior señala López en su obra *El Lucro Cesanteo. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, anota que en el Digesto 9, 2, 7 se contempla la posibilidad de que un docente que causara lesiones a su aprendiz, el padre ejerciera la acción que no solo comprendía los gastos de curación que se hubiesen requerido, sino también de todo aquello que podría haber percibido de los trabajos del hijo en caso de no haber sufrido el daño. En el 9, 9, 2, 22 y 23 la *aestimatio damni* no se hará exclusivamente del cuerpo dañado o destruido, pues será necesario tener en cuenta la depreciación que hubiere tenido el resto de los objetos, cuanto los valores inherentes a la víctima o animal afectado por el *damnum*, comprendidas en el cómputo todas las ventajas que harían más valiosa el objeto dañado. Destaca el contexto de que se hubiese matado a un esclavo comediante, músico o gemelos, o de un par de mulas, o se hubiese seccionado un dedo a un esclavo pintor y con ello su arte. López, *Ob. cit.*, p. 41. Se refiere al D. 43, 16, 1, 41, sobre los interdictos de violencia y violencia con armas. Al respecto, reconoce que en el caso de que un sujeto fuera expulsado con violencia por otro de un fundo que poseía el agente no solo deberá restituir el fundo al originario poseedor, sino también todo lo que allí tenía, *ibidem*, p. 53.

⁷ Como es de suponer, la Lex Aquila hace alusión a la destrucción o pérdida de la cosa misma, pero de su interpretación también se observa que se contempla la pérdida de valor de la cosa en sí y la de sus accesorios. A nuestro entender, las frases “*el mayor valor que tenga la cosa durante un año*” (capítulo primero) y “*tanto dinero como valga la cosa en los treinta días próximos*” (tercer capítulo), comprenden un valor máximo, estimándose todo aquello que podía otorgarle valor al esclavo o al animal de rebaño.

Seguidamente, la “*perte de chance*” fue invocada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en Francia, por medio de la Sentencia de 17 de marzo de 1911, con relación al ejercicio profesional de la abogacía ante la imposibilidad de ejercer la acción respectiva. Paralelamente, en el derecho inglés: “*The loss of Chance Recovery*” fue un tópico analizado por la Corte de Apelaciones en sentencia de 1911, en la controversia Chaplin vs Hicks, respecto a un concurso de selección de 12 artistas teatrales que tendrían trabajo por tres años y que serían electas de las 50 más votadas por los lectores del periódico. Al ser escogida la señorita Chaplin como las más votada de su distrito y dentro de las 50, fue notificada de manera tardía del lugar y la hora de la audición final para ser seleccionada entre las 12, siendo imposible que llegara a tiempo, por lo que el señor Hicks tuvo que indemnizarla por su negligencia en la gestión de convocatoria.

3. El lucro cesante y la pérdida de oportunidad

Como señala Lalou (1932), la privación de un recurso al que se pudo recurrir en el futuro, o bien, la oportunidad de obtener una ganancia, constituyen escenarios de daños ciertos.

El lucro cesante atañe consigo un concepto económico que consiste en una ganancia esperada y que no podrá considerarse como parte del patrimonio del afectado porque se ha interrumpido injustamente este logro. Su aspecto jurídico es secundario y surge como efecto de la interrupción que permite a la víctima reclamarle resarcimiento a otro (Vicente, 2014).

El lucro cesante consiste en un daño económico, en la pérdida de ganancias, beneficios o utilidades que legítimamente debían ingresar al patrimonio de la víctima de conformidad con el curso normal de los hechos, interrumpiéndose este trayecto -y ese ingreso- por causa del hecho ilícito de un tercero.

A propósito, el artículo 991 del Código Civil patrio estatuye la noción del lucro cesante cuando señala que “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor [...]”, una redacción coincidente con el artículo 1106 del Código Civil Español⁸, en la que se describe que estos beneficios económicos debieron ingresar al patrimonio del afectado con plena certeza.

⁸ Distintas redacciones que se refieren al lucro cesante con redacción similar: Artículo 1149 del Código Civil Francés de 1804 “*Les dommages et interest dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite du gain dont il a été privé...*” (traducción libre : los daños y perjuicios causados al acreedor son, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la que ha sido privado [...]); Artículo 1556 del Código Civil Chileno “La indemnización de perjuicios

Al respecto Fischer (2018) anota que el lucro cesante no siempre aparece en el escenario con plena seguridad, existiendo duda -más o menos fundada- que cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Por ello destaca que: “Sería demasiado severo el Derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente” (pp. 45-46).

El legislador alemán parece comprender esta circunstancia de hecho y lo plasma en la redacción del artículo §252 párrafo 2 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*) (1900), al preceptuar que lucro cesante corresponde a las ganancias “que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas”.

Entonces, el citado autor sostiene que para considerar la existencia del lucro no basta la simple “posibilidad” de realizar la ganancia, pero tampoco exige “absoluta seguridad” de que se habría concretado en el caso de anular del panorama la intervención del hecho ilícito, concluyendo que

comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”; en ese mismo sentido el Código Civil de Colombia anota en su Artículo 1613 que: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”. El Artículo 1223 del Código Civil de Italia establece que: “*Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*” (Traducción libre: El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retraso debe incluir tanto la pérdida sufrida por el acreedor como el lucro cesante, en tanto que sea una consecuencia inmediata y directa). Artículo 403 del Código Civil de Brasil: “*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*” (traducción libre: Salvo las excepciones expresamente previstas por la ley, las pérdidas y daños debidos al acreedor incluyen, además de lo que realmente perdió, lo que razonablemente dejó de lucrar). Artículo 1167 del Código Civil de Puerto Rico “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende el daño emergente y el lucro cesante”. Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”. Artículo 344 del Código Civil de Bolivia: “El resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, con arreglo a las disposiciones siguientes”. El Código Civil de Perú de 1984 señala en el Artículo 1321, en el párrafo 2° que “El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”.

es suficiente la “probabilidad objetiva”⁹ en el curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto (Fischer, 2018).

Otros autores consideran que solo estamos ante un lucro cesante cuando -desde antes del hecho lesivo- ya no era necesario que la víctima realizaría acto alguno para alcanzar su ganancia; o bien, cuando solamente faltaba una simple aceptación o una condición potestativa del deudor -que muy seguramente se llevaría a cabo- para alcanzarla.

Coincide Botteri (2023) en que las pautas del lucro cesante deben ser objetivas y su certeza no siempre será absoluta, rotulándolo como una “probabilidad suficiente de beneficio económico” y acentuando entre los requisitos del lucro cesante, los siguientes: a) la prueba de la actividad productiva, b) la prueba de las ganancias que se percibían, c) la prueba del impedimento temporal que obstó a la percepción de beneficios, d) la inferencia de que conforme al curso ordinario de las cosas, los beneficios habrían subsistido de no haber mediado el acto ilícito, estimando además que las utilidades deben representarse en valores netos.

Por su parte, la pérdida de oportunidad -o de chance- vendría a ser el injusto cercenamiento de la probabilidad favorable de un individuo¹⁰. Precizando los hermanos Mazeaud y Tunc (1977) que la probabilidad es lo que se ha perdido y es esa probabilidad la que tenía cierto valor al momento de su pérdida con un valor que se estima al menos con el trayecto de su consecución.

⁹ Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios, Buenos Aires: Argentina, 18 de noviembre de 2021: “Frente a este planteo, cabe recordar que el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico y que exista un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto [...]”.

¹⁰ Sala de Casación Civil, N.º de Sentencia sc10261-2014 de 4 de agosto de 2014, Recurso de Casación dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil que Luz Stella Puerta Hoyos, Fernando Puerta Abad y Luz Stella Hoyos Gómez promovieron frente a Luís Antonio Ruíz Murcia y el Centro Oftalmológico Colombiano LTDA, Colombia, ponente Margarita Cabello Blanco: “La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable. [...] Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado”.

En palabras de Eduardo Zannoni (1993) “la chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esperanza al sujeto, conlleva un daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado como tal” (p. 78).

Nuestro derecho positivo no lo contempla expresamente, pero el proyecto de reforma del Código Civil francés (2017), en materia de responsabilidad civil, considera una práctica definición de la pérdida de la oportunidad (pérdida de chance). Nos referimos al artículo 1238 que señala que solo constituye una pérdida de oportunidad reparable la desaparición actual y cierta de una eventualidad favorable, señalando además que, este perjuicio debe medirse por la oportunidad perdida que no puede ser igual a la ventaja que habría procurado esta chance como si ella se hubiese realizado¹¹.

Yzquierdo Tolsada (2021) ilustra con practicidad la pérdida de oportunidad cuando cuestiona sobre la posibilidad que tenía la víctima en lograr su cometido en caso de que hubiese ejercitado su chance. Esto lo traduce a la pregunta ¿habría obtenido el triunfo, ganado el pleito, aprobado el examen?, reconociendo que no existe licencia para que la víctima reclame lo que aspiraba, dado que, si en el lucro cesante estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea que le permitía al sujeto esperar una ganancia, en la pérdida de oportunidad se da la ausencia de tal certeza.

Así las cosas, tenemos que en la oportunidad frustrada resulta de vital importancia acreditar la probabilidad seria, real y cierta de la víctima de obtener ventaja, beneficio o ganancia, o de evitar una pérdida o la ocurrencia de un perjuicio. La “oportunidad” va dirigida a una doble pero simultánea posición: “existencia de una oportunidad potencialmente objetiva y seria” (la chance misma) y la contingencia, es decir, “la incertidumbre del resultado esperado” (la expectativa de la chance), que en conjunto se dirige a la posibilidad razonable de que algo positivo podía suceder en favor del individuo, aunque el resultado no pueda recrearse con exactitud. Le Tourneau (1982) lo resume en “la importancia de la esperanza” (p. 171).

A diferencia del lucro cesante, la pérdida de oportunidad involucra la concurrencia de tres elementos: (a) certeza de existencia de una oportunidad (cierta y legítima); (b) falta de certeza o

¹¹ Texto original : « Article 1238 : Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

aleatoriedad del resultado esperado (incertidumbre en el beneficio o perjuicio a evitar como expectativa), y (c) la injusta destrucción o disminución significativa de la oportunidad de percibir el beneficio o evitar el perjuicio (frustración en la chance u oportunidad).

Reiteramos, para que la oportunidad cobre relevancia jurídica debe existir una razonable y seria “*probabilidad*” de lograr una “*expectativa*”, lo cual debe evidenciarse objetivamente desde antes del acaecimiento del hecho ilícito. De este modo, no puede consistir en un hecho meramente accidental o remoto ni posterior a los efectos de la conducta ilícita.

Y es que, lo que parece tornar este daño como problemático es en realidad lo que le concede su identidad y autonomía: la combinación de la certidumbre de derecho de oportunidad con la incertidumbre en el resultado que pretendía con el ejercicio de su oportunidad. De hecho, en la pérdida de chance podría darse el caso -y de hecho ocurre- en el que otros factores también impedían que la víctima alcanzara el resultado final esperado (el riesgo, el azar, el caso fortuito, la fuerza mayor), los cuales deben separarse del daño causado.

Los principios para la unificación del derecho privado, sobre los contratos comerciales internacionales, contemplan en su cuerpo normativo tanto al lucro cesante como a la pérdida de oportunidad, instrumento de gran utilidad para evidenciar la diferencia conceptual entre ambas figuras jurídicas.

En lo que concierne al lucro cesante, el Artículo 7.4.2. numeral 1 señala que la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento, afirmando que “Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios”. Explicada a renglón seguido, se trata de “la pérdida consecuencial en el beneficio que podría haber percibido la parte perjudicada con el curso ordinario de las cosas si el contrato se hubiera cumplido adecuadamente”.

En la norma antes citada también se comenta sobre la pérdida de oportunidad cuando anota que “Muchas veces este beneficio será incierto, de modo que con frecuencia adquiere la forma de la pérdida de expectativa” (Principios *Unidroit*, 2018, p. 295) y afianza lo indicado en su Artículo 7.4.3., numeral 2, cuando establece que: “La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad que acontezca”, describiendo que se refiere a la pérdida de una “chance”, reconociéndola como un daño indemnizable en proporción a la

probabilidad de su ocurrencia” (Principios *Unidroit*, 2018, p. 298), manifestando que todo grado adicional involucra una desmedida valoración del rubro indemnizable.

Explicuemos de forma práctica la existencia del lucro cesante y de la pérdida de oportunidad. Supongamos que en una pelea de boxeo entre los sujetos “A” y “B”, ambos combatientes ganarán B/.50,000.00 por el simple hecho de enfrentarse en el cuadrilátero de manera puntual (lugar, día y hora pactada), sin importar el resultado del combate y la posibilidad de triunfo de cada peleador.

En este caso, el peleador “B”, camino al encuentro, es embestido por un vehículo cuyo conductor negligente y borracho lo impide llegar a la cita; “B” es llevado al hospital por padecer heridas que lo incapacitan por 6 meses, perdiendo la ganancia cierta de los B/.50.000.00, simplemente por no presentarse de manera puntual al espectáculo. Aquí estamos ante el lucro cesante, ya que se evidencia que existía una ganancia cierta y legítima que debía ingresar al patrimonio de “B” según el normal devenir de los hechos, pero ha desaparecido por la culpa de un tercero.

En el segundo caso, los mismos peleadores “A” y “B” fijan las mismas condiciones con la sola diferencia de que, además de los B/.50,000.00 que obtendrían por el solo hecho de participar en el combate, el que resulte ganador de la contienda obtendría un premio de B/.100,000.00 adicionales.

En este ejemplo hipotético el contendor “B”, camino al cuadrilátero, es atropellado por un vehículo cuyo conductor se encontraba en estado de ebriedad, y las lesiones sufridas por el accidente traen como consecuencia su incapacidad por 6 meses, haciéndole perder la oportunidad de demostrar que podía ganar la batalla y la posibilidad de obtener los B/.100,000.00. Aunado a ello tenemos que ambos contrincantes estaban empatados en todas las estadísticas (es decir, cada uno con 50% de chances de triunfar).

En ese caso, “B” tenía la oportunidad seria, real y cierta de triunfar; sin embargo, pierde la expectativa de ganar la contienda a causa de un hecho antijurídico ajeno a su voluntad. No existe una certeza de la ganancia, pero tampoco se conocerá el resultado, por lo que no le queda más que reclamar un daño en la pérdida de oportunidad (de ganar) por culpa de un tercero. En todo caso sus chances eran parejas y el valor de su oportunidad podía tener como valor el 50% del total de la bolsa: B/.100,000.00. Entonces se indemniza esa oportunidad sin que sea posible determinar el resultado de la “*aspiración*”.

Lo que se pretende evidenciar con el ejemplo anterior, es que en el lucro cesante el beneficio, con un alto grado de certeza, no ingresará al patrimonio del afectado y en el caso de la pérdida de oportunidad tenía un derecho serio, cierto y real para ejercitar la consecución de su esperanza de triunfo.

4. Rasgos diferenciadores entre el lucro cesante y la pérdida de oportunidad.

El propósito de este estudio no consiste en sobreponer un rótulo por encima del otro, puesto que ambos rubros son aplicados de forma particular; empero, corresponde aclarar la practicidad de dos figuras jurídicas para no caer en lo injusto indemnizando incorrectamente, indemnizando dos veces por el mismo daño, o en el peor de los casos, no indemnizar a la víctima por el desconocimiento del principio de la reparación integral.

Partimos de la similitud de estas dos figuras que redundan en elementos tan básicos como los requisitos del daño: legitimidad de la persona reclama, la subsistencia del daño, la exigencia de su certeza; y en especial, la idea de que las causas o motivaciones inmorales o contrarias a derecho sean desconsideradas como indemnizables.

Ahora bien, la necesidad de abordar la distinción entre estas dos figuras indemnizables parte de la errada idea de equiparlas. Esto se debe quizás, a que tanto el lucro cesante como la pérdida de oportunidad tienen una dinámica que gira en la “expectativa”, en esa ganancia esperada, que en ninguno de los supuestos se obtendrá.

Constantemente se predica que la única diferencia que existe entre una y otra figura se dirige al mayor o menor grado de “certeza” de lo efectivamente esperado¹²; sin embargo, considerar que esta es la única diferencia llevaría a considerar que, cada vez que el lucro cesante no pueda ser completamente demostrado en juicio, se debe indemnizar con la pérdida de la oportunidad.

¹² Sala de Casación Civil, N.º de Sentencia sc10261-2014 de 4 de agosto de 2014, Recurso de Casación dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil que Luz Stella Puerta Hoyos, Fernando Puerta Abad y Luz Stella Hoyos Gómez promovieron frente a Luís Antonio Ruíz Murcia y el Centro Oftalmológico Colombiano LTDA, Colombia, ponente Margarita Cabello Blanco. “Razonado en lo anterior, la Sala, a través de fallo de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141 01, determinó, a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, “que **una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico** o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, [...] y, **otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla.** Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (...). (Negrilla fuera de texto)”.

El lucro cesante implica entonces la privación de un enriquecimiento, una ganancia o provecho legítimo como ocasión del hecho ilícito, por lo que este aumento patrimonial-económico es objetivamente determinado o determinable y se encuentra afectado por una causa injusta. Se centra entonces en la frustración de una ganancia estable, segura y definitiva. Por su parte, la pérdida de oportunidad no consiste en la aminoración de un lucro cesante ni tampoco se emplea como paliativo ante la falta de actividad probatoria, sino que goza de un aspecto aleatorio, situación por la cual no se completa la reparación en el resultado final esperado¹³.

Esta cualidad de la pérdida de oportunidad no permite presumir con plenitud que se concretaría lo esperado, existiendo necesariamente incertidumbre en el resultado final del beneficio esperado, inclusive desde antes de la existencia del daño ocasionado¹⁴, pero abordemos las diferencias entre ambos rubros de forma puntual:

- **La certeza en el resultado final:** *La Cour de cassation civile* de Francia, por medio de Resolución del día 13 de mayo de 2014 señaló que la pérdida de oportunidad se distingue del lucro cesante, ya que esta última se habría obtenido con certitud si el hecho dañoso no hubiere tenido lugar.

¹³ Resolución N° 00278-2014 de 26 de febrero del 2014 a las 08:50, Sala Primera de la Corte, 10-001695-1027-CA, no indica redactor, Proceso de conocimiento, Recurso de Casación en materia Contencioso Administrativo señala que: “El concepto de lucro cesante, expone, requiere una relación de causalidad entre el hecho dañoso y la frustración de una ganancia; sea, un grado de certeza de que, a falta del evento dañoso, el damnificado hubiera obtenido un beneficio patrimonial. Distingue, en el lucro cesante, la certeza recae sobre la frustración de una ganancia que el damnificado aún no tenía; mientras que, en la pérdida de chance, la certeza recae sobre la frustración de la oportunidad que el damnificado ya tenía, de lucrar o de acceder a tales o cuales fuentes de lucro. Enfatiza, en un caso se tiene una razonable de certeza de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el damnificado iba a realizar una ganancia; en el otro, no se tiene plena certeza sobre la realización del lucro, pero sí sobre la existencia objetiva de las condiciones propicias para lucrar o para acceder a fuentes de lucro. La relación de causalidad se establece, precisa, entre el evento dañoso y la supresión del lucro, en el primer caso; y entre el evento dañoso y la eliminación de la oportunidad de lucrar, o de acceder a niveles superiores de ingreso, en el segundo. Narra, la principal crítica que se suele dirigir contra la figura de la pérdida de oportunidad es el carácter incierto o hipotético de las chances cuya indemnización se pretende; pero, en realidad, lo incierto no es la oportunidad, sino su realización. Continúa, la oportunidad, propiamente dicha, constituye un dato cierto constatable a partir de la apreciación objetiva de las circunstancias fácticas; es decir, el que no se conozca o pueda conocer con certeza cuál hubiera sido el resultado final, a falta del hecho dañoso, no implica que el daño sea incierto o hipotético, ya que sí se sabe, con certeza, el estado fáctico de probabilidad anterior al evento (pre-existencia objetiva de la oportunidad) y se sabe el resultado cierto del evento dañoso: la desaparición definitiva o significativa reducción de la oportunidad pre-existente”.

¹⁴ Cuando el afectado se encontraba en la posibilidad de garantizar su resultado, entonces salta a la discusión si estamos ante el lucro cesante o ante la pérdida de la oportunidad. A nuestra consideración, estaremos ante la pérdida de oportunidad cuando, a pesar de tomar las medidas que estén al alcance de la víctima, las mismas no garantizan el resultado esperado, destacando el elemento de aleatoriedad del derecho subjetivo de la chance.

Esta es la principal diferencia que tiene el lucro cesante con la pérdida de la oportunidad, porque el primero de ellos tiene una licencia que le permite presumir sus ganancias determinadas o determinables verosímilmente esperadas. En la pérdida de oportunidad solo el “derecho de chance” es cierto, la ganancia o beneficio no se conocía ni se conocerá, y es que, para obtener esa respuesta, se requiere el ejercicio del derecho ya cercenado por el tercero, frustrándose así la razonable probabilidad de lograr algún beneficio.

El lucro cesante podría tratarse de una ganancia que debió ingresar (pasado), debe ingresar (presente), o ingresaría ciertamente en fecha posterior a la decisión (futuro). Aquí la absoluta certeza del lucro cesante solamente opera cuando estamos ante un evento pasado o actual en el que en realidad se tiene de manifiesto el incremento patrimonial que debió ingresar en favor de la víctima. De allí que Botteri (2023) critica a Picasso y Sáenz quienes afirman que el lucro cesante consiste en la valoración de probabilidades, considerando que no puede utilizarse cálculo para estimar el lucro pasado -o actual- porque los hechos son existentes, afirmando que el pasado es siempre cierto e inmodificable.

La mayor dificultad surge cuando se trata de un lucro cesante futuro¹⁵, pues, en estos casos, el juez solo maneja datos del tiempo presente, por lo que la proyección para dilucidar si de todos modos se lograría la ganancia en lo venidero involucra algún grado de incertidumbre¹⁶. En estos casos recomendamos centrar nuestros esfuerzos en lograr el grado de convicción del imparcial, como en los términos que prescribe el artículo §252 del BGB.

La pérdida de oportunidad también tiene una particularidad temporal como señala Le Tourneau (1982), la incertitud del resultado siempre subsiste en todo momento, ya no podrá conocerse porque la oportunidad se ha perdido y considera que los efectos de esta pérdida existen en el pasado o existen en el presente sin consecuencias futuras.

Torrealba (S/F) destaca que la certidumbre en el tiempo para señalar que “las pérdidas de oportunidad consideradas indemnizables son las ya consumadas”, las pasadas y actuales al momento de emitir el juicio de valor, agregando que una pérdida de oportunidad “futura” es

¹⁵ El lucro cesante actual es aquel que verifica las ganancias que debieron ingresar al patrimonio del afectado al momento de emitirse la decisión y el lucro cesante futuro se refiere a aquellas ganancias que debían materializarse tiempo después de emitida la sentencia.

¹⁶ Advierte Botteri que “De otro modo quedará atada a la incertidumbre que domina la aleatoriedad y lo que debía ser una futura ganancia se convierte en una oportunidad de réditos o de pérdidas; eso es, de *chances* que provocarán que la estimación sea inferior”, en Botteri, J. D. *Lucro cesante*, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 209.

“demasiada hipotética” para que sea indemnizada, opiniones de las que resaltamos una diferencia muy marcada entre las dos figuras indemnizables, toda vez que en el lucro cesante no existe miramientos para reconocer su consumación en futuro, en tanto que “oportunidad” debe ser constatable al momento de evaluarse -actual-.

En el trayecto, el aspecto cuantitativo del lucro cesante pudo o no variar, pero la certeza de provecho era indiscutible y solamente logra ser agitado por el futuro que siempre es incierto por naturaleza, por lo demás, su relatividad vendría a ser ínfima. Esto permite distinguir el lucro cesante de la pérdida de oportunidad, pues la certeza del perjuicio está dada por la seguridad con la que se habría obtenido la ganancia; por el contrario, en la pérdida de oportunidad, si bien existe la privación de la chance de obtención de una ganancia, esta se caracteriza por una incertidumbre¹⁷, toda vez que no sería posible afirmar con total seguridad que el provecho se habría configurado contando con una probabilidad de obtenerlo (Gómez, 2023).

Sin tanta retórica, el lucro cesante es definido con base en una situación existente, una relación jurídica que otorga patente para reclamar lucros, mientras que la pérdida la oportunidad se exige la prospección y fijarse en una situación inexistente al momento de calificarla (Henao, 1998) sin demostrar resultados precisos en el patrimonio de la víctima, porque ello no supone una realidad infalible en estos casos.

- **El contenido de la afectación:** el lucro cesante se percibe en la ausencia de ingresos económicos y cuya dinámica se dirige -generalmente- en la cuantificación de una suma de dinero que no ingresó al patrimonio del afectado. También puede tratarse de beneficios, provechos o atribuciones de cualquier índole. En cambio, la versatilidad del daño en la pérdida de oportunidad no solamente descansa en la pérdida de ganancias, premios, beneficios, etc., como ocurre en el lucro cesante, sino que también destaca en el interés de evitar una consecuencia negativa, como evitar un perjuicio o un resultado adverso, como ocurre en el caso concreto de la pérdida de oportunidad de supervivencia.

Igualmente tenemos que la pérdida de oportunidad acarrea la frustración del derecho de chance de la víctima; es decir, el ejercicio de gozar de una legítima situación favorable o

¹⁷ Con agudeza ha señalado Geneviève Viney que mientras en la reparación del lucro cesante lo aleatorio puede afectar o estar referido a la evolución futura de un daño actual, en la frustración de chances lo aleatorio traduce el contenido del mismo daño.

ventaja y cuyo derecho debe ser plenamente ejercitable como parte de los derechos de la personalidad, lo que va más allá de la posibilidad de generar un lucro, situándose entre lo patrimonial y extrapatrimonial de conformidad con el interés que se persigue¹⁸. Ejemplo de ello es la pérdida de supervivencia, de curación, y como señala Galdós: “la probabilidad de contraer matrimonio o constituir pareja” (2021, p. 264), supuestos que carecen de interés económico; la frustración de recibir socorro o ayuda idónea, de participar en una actividad lúdica, de participar en la probabilidad de un ascenso laboral, casos en los se indemniza el hecho de no obtener la satisfacción espiritual en el ejercicio de la oportunidad¹⁹, secuelas que se proyectan sobre la persona misma, afectando bienes de la personalidad, como el de carácter biológico o fisiológico (vida e integridad psicofísica) y carácter moral o espiritual de la persona (derechos personalísimos).

Zavala de González y González Zavala (Mosset *et. al.*, 2008) analizan el tema bajo la denominación de las “chances afectivas” o “chances espirituales” con las “se mutilan perspectivas existenciales” de la víctima, lo que sin lugar a dudas representa un daño resarcible. Se refiere entonces a la “órbita anímica” del individuo, a “males para la existencia” al margen de la necesaria comprobación de las aspiraciones económicas, arrebatándose expectativas razonables de realización personal²⁰, como las chances vocacionales en los que se frustran capacidades especiales (artísticas, deportivas, etc.) para continuar el desarrollo de una actividad específica, como por ejemplo la pérdida del oído para un potencial músico o de una mano para el expectable pintor o tenista (citado en Mosset

¹⁸ Como explica Plata: “[...] la pérdida de una oportunidad acarrea la violación de un derecho personal de naturaleza específica según el contexto en el que esa oportunidad se pierde, como ocurriría con el derecho a la autodeterminación cuando se frustra la posibilidad de que un paciente ejerza su consentimiento informado sobre los procedimientos del tratamiento de su enfermedad, o con los derechos defensa y de acceso a la administración de justicia de una persona, cuando su abogado negligentemente incumple sus deberes funcionales y lo priva de la oportunidad de que sus pretensiones sean resueltas de fondo”, en Plata Prince, Luis Carlos (2019), *La Pérdida de Oportunidad en el derecho de daños*, Grupo Editorial Ibañez: Bogotá, p.187.

¹⁹ Para agilizar el ejercicio, resulta de suma practicidad cuestionar la naturaleza misma de la pretensión perseguida en juicio y así corroborar cual la naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) de la pérdida de oportunidad. Por ejemplo, aquel letrado que por su negligencia no presente el recurso oportuno privó a su cliente de obtener el triunfo de una suma de dinero. Aquí la pretensión persigue un efecto evidentemente patrimonial, y sin dudarlo, un efecto moral que evidencia a su vez una naturaleza extrapatrimonial.

²⁰ Otro de los supuestos que trae a la palestra la pérdida de oportunidad, es la discutida polémica del “valor vida” que reclaman los padres de un menor de edad que fallece por culpa de un tercero. Más allá del aspecto sentimental y espiritual (daño moral) que puedan percibir los afectados, se discute la pérdida de oportunidad de recibir del finado apoyo económico y asistencia futura cuando fuesen ancianos, lo cual tiene una naturaleza ecléctica entre lo patrimonial y extrapatrimonial, pero ello se extiende de nuestra investigación.

et. al., 2008, p.160) o la pérdida de oportunidad de maternidad frustrada en su capacidad de procreación, atacando temas espirituales del individuo sin acercarse al daño moral absoluto.

- **El resarcimiento y su cuantificación:** el lucro cesante indemniza toda la pérdida económicamente probada, situación que no es coincidente en la pérdida de la oportunidad, puesto que el alea no lo permite.

La diferencia en la cuantificación del daño en el lucro cesante se centra en supuestos más o menos constatables, como el caso de una ganancia fijada en un contrato o el trayecto de ganancias históricas²¹ que pueden ser evidenciadas con los estados financieros de la empresa o algún documento similar; en cambio, en el daño a la pérdida de oportunidad, se cuestiona mayormente con la reflexión prospectiva, incurriendo en la viabilidad de estimarse que tan serias eran las probabilidades para obtener el resultado final²² lo que debe ser estimado por el juez, y por ende, podría incluir un alto ingrediente de subjetividad en su cuantificación²³.

Así las cosas, corresponde cuestionar la recurrente afirmación que en el lucro cesante siempre será resarcido el “*daño final*” y que en la pérdida de oportunidad sólo se resarcirá un “*porcentaje*” del lucro cesante. Conviene entonces explicar que en ambos casos se busca indemnizar el 100% del daño recibido por el reclamante, respectivamente.

En el caso del lucro cesante se indemniza el total de la ganancia dejada de percibir; mientras que en la pérdida de oportunidad se indemniza el 100% del daño en la efectiva probabilidad razonable de su ocurrencia, rebanando, tanto las desgracias, el azar, el riesgo o lo desafortunado que no acompañan al éxito de su ejercicio y que no incumben al infractor.

Es por ello que la pérdida de oportunidad se visualiza como si fuese un monto menor, pero no quiere decir que se indemniza un porcentaje del lucro cesante, sino que realmente solo se indemniza la afectación correspondiente. Lo anterior se evidencia cuando el daño en la pérdida de oportunidad arroja una probabilidad de esperanza remota, perdiendo así el valor

²¹ Cabe resaltar que esta labor se aminora cuando se tratan de ganancias históricas, como aquellas que la persona ha recibido durante algún trayecto de tiempo de forma constante y regular.

²² La Corte de Casación francés, Cámara Civil 1, Resolución del 9 de abril de 2002, estimó que la reparación de la oportunidad debe medirse en la oportunidad perdida que no puede igualarse a la ventaja que esta oportunidad habría obtenido si se hubiera realizado.

²³ Desde sus orígenes la cuantificación de la pérdida de oportunidad no se establecía objetivamente sino con estimación del jurado. Desde sus inicios la *Court of Appeal* definió el *quantum* indemnizatorio en equidad, y aunque se quiera presumir objetividad, lo cierto es que el grado de posibilidad y éxito del evento es determinado por el juzgador, lo cual, de forma directa, repercute en el *quantum* indemnizable de alguna forma subjetiva.

en su indemnización, o en el caso que la oportunidad sea incierta, la misma no podrá ser indemnizada por tratarse de una conjetura²⁴ y no de una verdadera “oportunidad”²⁵.

- **Dinámica de la actividad probatoria:** en materia probatoria existe una diferencia no tan notable. En el lucro cesante se debe evidenciar la pérdida de esa efectiva ganancia; mientras que en la pérdida de oportunidad debe probarse la existencia de la chance misma y su desaparición, existiendo una flexibilidad con respecto a la probanza del resultado final. Y es que el hecho a probarse consiste en el evento o la situación favorable frustrada (cierta, seria y real) sin que realmente se acredite que se hubiese concretado el beneficio de forma precisa, sino la probabilidad de su concreción, existiendo entonces un aspecto de relatividad en el segundo rubro indemnizable anotado²⁶.

En el caso del lucro cesante muchas veces basta con que se acredite la relación jurídica como fuente cierta del lucro: el contrato, el derecho de exigir las ganancias, el título de crédito, los ingresos históricos u otro supuesto en el que se demuestra con certeza que existe una ganancia que debió o debe ingresar en el patrimonio del afectado, aunado a la evaluación pericial; mientras que en el daño en la pérdida de oportunidad es viable demostrar la probabilidad cierta y objetiva, es decir el goce al derecho de “chance”, ya sea con la propiedad de un bien o la titularidad o ejercicio de un derecho, entre otros, que demuestren la oportunidad de generar ganancias, frutos o de evitar algún menoscabo.

- **Daño lesión o daño consecuencia:** mientras que el lucro cesante es un perjuicio que se desencadena como efecto de un daño esencia, la pérdida de oportunidad es un daño propio.

²⁴ Autores como Demogue, Josserand, De Page, Savatier, Baudry-Lacantinerie y Barde sostienen que la privación de una simple expectativa o las circunstancias meramente eventuales al nivel de contingencia incierta, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituyen un daño indemnizable.

²⁵ Sala de Casación Civil, N.º de Sentencia sc10261-2014 de 4 de agosto de 2014, Recurso de Casación dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil que Luz Stella Puerta Hoyos, Fernando Puerta Abad y Luz Stella Hoyos Gómez promovieron frente a Luís Antonio Ruíz Murcia y el Centro Oftalmológico Colombiano LTDA, Colombia, ponente Margarita Cabello Blanco: “Las últimas doctrinas sobre la materia — a pesar de que existen corrientes que la ubican dentro del género lucro cesante— también marcan fronteras entre ambas, y más importante aún, coinciden en que el apreciable grado de la posibilidad debe ser suficiente, de suerte que la oportunidad perdida no resulta indemnizable si representa apenas una probabilidad abstracta y vaga, una esperanza débil de derecho”.

²⁶ Sírvasse de ejemplo la redacción del Artículo 1745, literal C, del Código Civil y Comercial de la Nación establece una presunción como elemento probatorio en su redacción cuando señala que, en caso de muerte, la indemnización debe consistir (entre otras cosas) en: “la pérdida de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”. Se observa que la norma presume que los padres, o en su caso quien mantenga la guarda del menor fallecido, debe recibir indemnización presumiendo que se la ha arruinado la oportunidad de ayuda futura.

Este supuesto se explica mejor con las nociones elaboradas por la doctrina, nos referimos al daño-lesión y al daño-consecuencia.

Una vez que se verifica el lucro cesante es porque existe un daño previo a este perjuicio, una lesión física en una persona o en una cosa que produce rentas que primeramente experimenta el individuo, como anota Botteri (2023) anota que “el lucro cesante es un daño patrimonial consecuencial a un daño principal” (p. 179).

El daño en la pérdida de oportunidad consiste en la alteración de una situación favorable o de provecho, o como anota Jagou (2023), un daño más bien “fáctico” o “naturalístico” (p. 84), que si bien en ocasiones puede constituir un daño-consecuencia, también se diluye generalmente en un daño-lesión por afectar el interés subjetivo de ejercitar el derecho cierto de oportunidad, lo que a su vez permite la versatilidad de comprender tanto efectos patrimoniales como efectos extrapatrimoniales.

Aun cuando en ocasiones las figuras sean confundidas de forma espontánea, lo cierto es que la congruencia en lo pedido y lo concedido debe recaer en lo justo, tal es el ejemplo en el que el accionante reclame la suma de B/.100.00 pero en realidad no demuestra la plena certeza de su ganancia, sino una oportunidad de obtener dicha cantidad, con una alta probabilidad de realización del 80%. En este caso debería reconocerse la pérdida de oportunidad ya que la probanza no se dirige al resultado final como idóneo, lo inicuo sería ignorar la indemnización.

5. ¿Existe exclusión entre ambas figuras jurídicas?

Pareciera que cada una de estas figuras jurídicas son excluyentes cuando se trata de indemnizar el mismo bien o el mismo interés jurídico al mismo tiempo y es de entender porque podría existir un doble juzgamiento. Diferente, cuando por un mismo “hecho ilícito” se evidencia la necesidad de aplicar ambos rubros indemnizables.

Nos referimos al ejemplo citado por Torrealba (s/f) en el evento de que se atente contra una empresa de transporte, privándolo de sus activos equivalentes a un millón de dólares. Como **lucro cesante** se toma en cuenta la capacidad productiva y lucrativa que presenta la empresa al momento del menoscabo, incluyendo como variable la cantidad de vehículos que presentaba al momento de la afectación, la cuota de mercado de la empresa, el recurso humano, los gastos, etc. constituyendo pruebas históricas de la organización, siendo posible obtener una idea clara de las

utilidades netas que habitualmente genera la empresa sin necesidad de realizar nuevas inversiones, pero a su vez no podría indemnizarse por pérdida de la oportunidad; situación distinta sería, cuando se demuestra que la empresa era pujante en la industria y con serias conductas de reinversión de sus utilidades, y que paralelo a lo anterior, evidenció las gestiones de adquisición de una flota adicional de vehículos y la expansión de sus operaciones en la región, pero al frustrar este hecho **se atenta contra la oportunidad** de crecimiento comercial. Ante la incertidumbre de todo negocio, no se pretende indemnizar el éxito de dicha inversión puesto que su resultado era incierto, pero la “oportunidad” que tenía la empresa de transporte era real e importante. Consideramos que la exclusión desmedida de uno de estos rubros indemnizables podría acarrear la alteración de la aplicación del principio de reparación integral.

Cuadro No. 1

No.	Elemento diferenciador	Lucro cesante	Pérdida de oportunidad
1.	Origen	Existen registros de su análisis y aplicación desde la época clásica del Derecho Romano (<i>lucrum cessans</i>).	Existen registros de su aplicación desde finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX por los franceses e ingleses (<i>perte de chance/The lost of chance recovery</i>).
2.	Regulación en el derecho positivo patrio	Artículo 991 del Código Civil de Panamá	No registra regulación expresa en nuestro derecho positivo.
3.	Correspondencia del daño	Se refiere al impedimento de ganancias, beneficios, provechos o atribuciones ciertas que la víctima ha dejado o dejará de percibir.	Se refiere a la destrucción de la oportunidad seria, real y cierta, que no le permite conocer a la víctima sus ganancias, beneficios o provechos o evitar un perjuicio
4.	Alcance del resarcimiento	Se cubre el total de la ganancia cierta que se habría obtenido.	La dotación del alea solo permite indemnizar el derecho de chance, la fracción de la aspiración probable esperada por la víctima, según el grado de realización. No se tiene certeza objetiva de lo que se habría obtenido.

5.	Temporalidad: al momento de emitirse la sentencia.	La ganancia que se deja de percibir puede dirigirse al pasado, presente y futuro, al momento de emitirse la decisión	La oportunidad analizada siempre será pasada o actual, porque debe evidenciarse su cercenamiento al momento de emitirse la decisión.
6.	Efectos patrimoniales y extrapatrimoniales	Solamente indemniza efectos económicos patrimoniales.	Indemniza tanto efectos patrimoniales como efectos extrapatrimoniales.

6. Conclusiones

1. El daño es el epicentro de la responsabilidad civil, de lo contrario deviene sin objeto analizar los otros elementos (hecho ilícito, factor de atribución, nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño), su categorización del daño y el correcto conocimiento de los distintos rubros indemnizables, propicia a la debida aplicación de la reparación integral.
2. El lucro cesante consiste en la pérdida de un beneficio o ganancia cuyo “incremento patrimonial” en la víctima no es objeto de discusión. En cuanto a la pérdida de oportunidad se indemniza es el “cercenamiento de la esperanza”, figura en la cual no se tiene certeza del resultado beneficios que hubiese obtenido la víctima en el caso que daño no se hubiese llevado a cabo.
3. Es común evidenciar decisiones que confunden ambas figuras; sin embargo, lo importante es que exista una correspondencia entre lo pedido por el interesado y lo reconocido por el juez.
4. El lucro cesante y la pérdida de oportunidad evidencian notables diferencias desde su origen, noción, su expresa regulación en el derecho positivo panameño, el alcance de su resarcimiento, los efectos de temporalidad al momento de emitirse la sentencia, la dinámica de lo que debe ser probado en juicio, así como los efectos indemnizables que corresponden a lo patrimonial o extrapatrimonial, entre otras.
5. La idea de considerar a la pérdida de oportunidad como un lucro cesante a medias es una idea de la cual disentimos. El simple hecho de que el daño a la pérdida de oportunidad posea una versión inmaterial lo aleja del lucro cesante que busca indemnizar supuestos patrimoniales-económicos; además el hecho de permitir la indemnización por perder la oportunidad de evitar un perjuicio no se dimensiona en el lucro cesante.

7. Referencias bibliográficas

- ALARCÓN, A. R. (2003). *Evolución Histórica de la figura del lucro cesante*, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña.
- BOTTERI, J. D. (2024). *Lucro cessante*, Editorial Astrea.
- Code Civil des Français, Édition originale et seule officielle* (1804), De l'imprimerie de la République, à Paris.
- Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) y Ley de Introducción al Código Civil (2013), Marcial Pons.
- Código Civil y Comercial de la Nación (2014), Ley 26.994
- Código Civil de Brasil (2002), Lei n. 10.406 de 2002.
- Código Civil de Bolivia (1975), aprobado por DL 12760 de 6 de agosto de 1975.
- Código Civil de Colombia (1887), Ley 57 de 1887.
- Código Civil de Chile, D.F.L. 1 del Ministerio de Justicia de la República de Chile (2001), promulgado el 16 de mayo de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Publicado el 30/05/2000 (incluye las modificaciones incorporadas por la Ley No. 19.741 de 24/7/2001).
- Código Civil de Italia (2016), aprobado por el Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1942, y modificado hasta el Decreto No. 291 de 7 de diciembre de 2016.
- Código Civil de Perú (1984), Decreto Legislativo No. 295 de 1984.
- Código Civil de Puerto Rico (2020), Ley Núm. 55 de 1 de junio de 2020.
- Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios, Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 avril 2002, 00-13.314, Publié au bulletin*, [recuperado en línea <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046527/>, el día 5 de marzo de 2025]
- Civ, 1re, 13 mai 2014, n° 13-13.766, Cour de cassation, civil, Chambre civile 1, 13 mai 2014, 13-13.766, Inédit* [recuperado en línea : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028947071> el día 5 de marzo de 2025].
- DE TRAZEGNIES, F. (2000). *La responsabilidad extracontractual*, Editorial Temis.
- FISCHER, H. A. (2018). *Los daños civiles y su reparación*, Ediciones Olejnik.

- GALDÓS, J. M. (2021). *La responsabilidad civil*, Rubinzal – Culzoni Editores.
- GÓMEZ, J. D. (2023). *La pérdida de oportunidad: su origen, su evolución y su necesaria reconceptualización*, Universidad Externado de Colombia.
- HENAO, J. C. (1998). *El daño – Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia.
- JAGOU, V. S. (2023). *Pérdida de chance. Contornos actuales y cuantificación*, Thomson Reuters - La Ley.
- LALOU, H. (1932). *Responsabilité Civile*, Librairie Lefebvre Dalloz.
- LE TOURNEAU, P. (1982). *La Responsabilité Civile*, Librairie Lefebvre Dalloz.
- LÓPEZ, P. J. (2021). *El Lucro Cesanteo. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Editorial Dykinson, S.L.
- MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A. (1977). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MOSSET I. & LORENZETTI, R. L. (2008), *Revista de Daños: chances*, 2008-1, Rubinzal-Culzoni.
- PEIRANO FACIO, J. (2004). *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Temis, S.A.
- PLATA PRINCE, L. C. (2019). *La Pérdida de Oportunidad en el derecho de daños*, Grupo Editorial Ibañez.
- Principios *Unidroit*, sobre los contratos comerciales internacionales (2018), Instituto internacional para la unificación del Derecho Privado, Roma [recuperado en línea: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> consultado el día 28 de diciembre de 2025].
- République Française, Ministère de la Justice (2017), *Projet de Reforme de la Responsabilité Civile*, présente le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, [recuperado en línea: <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-28623-projet-reforme-responsabilite-civile.pdf>, el día 22 de febrero de 2022].
- Resolución N.º 00215-2015 de fecha 4 de junio de 2012, a las 11:15, Contencioso Administrativo Sección VI, expediente 11-002700-1027-CA, redactado por Christian Hess Araya, Proceso Contencioso administrativo declarado de puro derecho (Sentencia con datos

- protegidos, de conformidad con la normativa vigente), Costa Rica, [recuperado en línea: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-542928>, consultado el día 16 de febrero de 2025].
- Resolución N° 00278-2014 de 26 de febrero del 2014 a las 08:50, Sala Primera de la Corte, 10-001695-1027-CA, no indica redactor, Proceso de conocimiento, Recurso de Casación en materia Contencioso Administrativo, Costa Rica [recuperado en línea: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-597672>, consultado el día 16 de febrero de 2025].
- Sala de Casación Civil, N.º de Sentencia sc10261-2014 de 4 de agosto de 2014, Recurso de Casación dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil que Luz Stella Puerta Hoyos, Fernando Puerta Abad y Luz Stella Hoyos Gómez promovieron frente a Luís Antonio Ruíz Murcia y el Centro Oftalmológico Colombiano LTDA, Colombia, ponente Margarita Cabello Blanco [recuperado en línea: <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el día 16 de febrero de 2025].
- TORREALBA NAVAS, F. (S/F), La pérdida de oportunidad o chance, [recuperado en línea: https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_98/articulos/07_per.html, consultado el día 16 de febrero de 2025].
- VICENTE DOMINGO, E. (2014). *El Lucro Cesante*, Editorial Reus, S.A.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual – Parte General*, Dykinson, S.L.
- ZANNONI, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea.