



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA PÉRDIDA DE
LA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL
VIGENTE EN LA CIUDAD DE MÉXICO.**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JORGE ALEJANDRO MEDAL RIVADENEYRA

DIRECTORA DE TESIS:

MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

	Pág.
Introducción.....	I
Agradecimientos.....	III
Capítulo 1. La responsabilidad civil.....	1
1.1 Concepto de responsabilidad civil.....	1
1.2 Elementos de la responsabilidad civil.....	2
1.3 Especies de responsabilidad civil	3
1.3.1 La responsabilidad subjetiva.....	7
1.3.2 La responsabilidad objetiva.....	8
1.4 Efectos de la responsabilidad civil.....	10
1.5 Concepto de daño.....	12
1.6 Concepto de perjuicio.....	16
1.7 Jurisprudencia.....	19
Capítulo 2. Concepto de la pérdida de la oportunidad.....	30
2.1 Concepto de la pérdida de oportunidad o <i>chance</i>	30
2.2 Elementos de la pérdida de oportunidad.....	34
2.2.1 La relación causalidad.....	34
2.2.2 Un aspecto cierto.....	37
2.2.3 Un aspecto incierto.....	38
2.2.4 Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal.....	39
2.2.5 Un resultado cierto.....	40
2.3 Distinción entre la pérdida de oportunidad y otros conceptos..	41
2.3.1 Distinción de la pérdida de oportunidad con el lucro cesante.....	42
2.3.2 Distinción con el costo de oportunidad.....	45
2.3.3 Distinción con el riesgo de daño futuro.....	46
2.4 Su aplicación en el campo de la responsabilidad médica (una de sus principales aplicaciones).....	48
2.4.1 Eventos médicos típicos que originan la responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad.....	55
2.4.2 Error diagnóstico.....	58
2.4.3 Falta de atención o atención inoportuna.....	61
Capítulo 3. Derecho comparado de la pérdida de oportunidad (sistemas jurídicos que la reconocen).....	75
3.1 Francia.....	76

3.2	España.....	78
3.3	Colombia.....	82
3.4	Inglaterra.....	83

Capítulo 4 Propuesta de regulación de la figura de la pérdida de la oportunidad derivada de la responsabilidad civil en el Código Civil vigente en la Ciudad de México..... 90

4.1	La ausencia de la figura jurídica pérdida de oportunidad en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.....	90
4.2	Contenido de la propuesta de regulación de la pérdida de la oportunidad en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.....	97
4.3	Justificación.....	98

Conclusiones.....
100

Bibliografía.....
103

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo será proporcionar un enfoque respecto a la figura de la pérdida de oportunidad en la legislación mexicana, la cual se refiere como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable. Los antecedentes que se conocen de la figura jurídica en cuestión se remontan a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa a finales del siglo XIX, en la cual se llegó a incluir dentro de su jurisprudencia una gran variedad de supuestos típicos de pérdidas de la oportunidad que iban desde casos en materia de concertación de contratos; impedimentos tanto de desarrollo profesional y laboral; obtención de lucro; frustración de emprendimiento de nuevas empresas como de desarrollo de empresas ya constituidas; frustración en lo que ahora conocemos con el término de licitación; hasta casos de pérdida de oportunidad en materia de salud tales como la curación e incluso la supervivencia. Dicha figura es por así decirlo uno de los extremos que pueden ser indemnizables en materia de responsabilidad civil y en la actualidad podemos decir que se encuentra contemplada en el derecho comparado tanto en la materia contractual como extracontractual así como en los ámbitos del Derecho Público y Privado, entendiendo con esto que el menoscabo sufrido por la persona a la cual le es provocada dicha pérdida de la oportunidad puede obtener la oportunidad de ser indemnizado a través de esta figura jurídica y su correcta aplicación bajo el escrutinio del juzgador, a quien se podría facilitar la justa aplicabilidad de la ley, si contamos con los supuestos previstos en nuestros Códigos para tales efectos, evitando la distracción de su objetivo con la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales e incluso de Derecho comparado para poder llegar al discernimiento de su fallo.

Proponiendo como objetivo del presente trabajo la regulación de la figura jurídica de la pérdida de la oportunidad como una de las obligaciones que

nacen de los hechos ilícitos dentro del Capítulo V del Código Civil de la Ciudad de México.

Entre los países en los que actualmente se reconoce este Derecho con carácter de indemnizable figuran Francia, España, Colombia, Argentina, Inglaterra Estados Unidos e Italia entre otros.

En este orden de ideas, en el capítulo Primero se analizará el concepto de la responsabilidad civil, del cual deriva nuestra figura en estudio, donde revisaremos sus elementos, especies y efectos, sin pasar por alto dos conceptos íntimamente relacionados a la responsabilidad civil, refiriéndonos al daño y al perjuicio, así como el estudio de la jurisprudencia relacionada con el tema.

En el capítulo Segundo proporcionaremos la definición de la pérdida de la oportunidad, donde estudiaremos sus elementos, haciendo la distinción entre nuestra figura en comento con otras, con las que guarda similitud, a efecto de evitar confusión al momento de su aplicación, adentrándonos en su utilidad en el campo de la responsabilidad médica.

Respecto al capítulo Tercero haremos un análisis de nuestra figura en algunos de los ordenamientos internacionales en donde se aplica, como medio subsidiario de reparación de daños en algunas de las materias donde es regulada.

En el capítulo Cuarto proporcionaremos nuestras conclusiones, con una propuesta de regulación de la pérdida de la oportunidad dentro del Código Civil para la Ciudad de México.

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios por la vida y por haberme permitido llegar hasta aquí.

A MI AMADA UNAM

Por haber abierto para mí sus puertas, donde encontré la excelencia y el profesional compromiso de mis profesores por compartir sus conocimientos, quienes orientaron mi formación.

A MI MADRE, MI PADRE Y A MI HERMANA ALFONSINA

En su memoria, por todo su amor y todos esos años de lucha y perseverancia, para que esto pudiera tener lugar.

A LAURA MI PAREJA

Por tu amor, apoyo y paciencia incondicional por siempre.

A LA MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ

Por aceptar este proyecto, proporcionándome sus invaluable conocimientos necesarios para desarrollarlo satisfactoriamente, por su ejemplo, amistad, profesionalismo y dedicación.

Capítulo 1. Responsabilidad civil

1.1 Concepto de responsabilidad civil

La responsabilidad civil desde el punto de vista gramatical, es la obligación de indemnizar el daño causado a otro, a consecuencia del delito, de una culpa o de otra causa legal.¹

La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra por los daños y perjuicios que se le han causado.²

Responsabilidad en su acepción jurídica, significa la obligación que una persona tiene con respecto a otra tanto de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, como por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales.³

Se define a la responsabilidad derivada de hecho ilícito como una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible, en la restitución del detrimento patrimonial daño y/o perjuicio generado por una acción u omisión de quien lo cometió por si mismo, o esa acción u omisión permitió que causara el detrimento, por personas a su cuidado, o cosas que posee, y que originó con ello la violación culpable de un deber jurídico *stricto sensu*, o de una obligación *lato sensu* previa, en cualquier de sus dos especies.⁴

1 Programa Educativo Visual, *Gran diccionario enciclopédico visual*, Colombia, Lerner Ltda., 1992, p.1057.

2 Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 16ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 456.

3 Pina, Rafael de, *Derecho civil mexicano*, 8ª ed. Vol. III, México, Porrúa, 1993, p. 232.

4 Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 21ª. ed. Corregida y actualizada por Dra. Raquel Sandra Contreras López, México, Porrúa, 2015, p. 562.

*También se puede definir responsabilidad civil como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo...es el nombre que se le da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado.*⁵

En términos generales, la responsabilidad civil se concibe como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.⁶

Con base en lo anterior, y atendiendo a las diversas definiciones de los autores que he citado, podemos señalar que en nuestro sistema jurídico al hablar de responsabilidad civil se está refiriendo específicamente a la obligación de toda persona de subsanar los daños de perjuicios causados a otra, mediante una indemnización que puede ser dos maneras: el establecimiento de la situación a su estado anterior, si la naturaleza del acto lo permite, o bien, mediante el pago del daño y/o perjuicio causado bien sea ésta patrimonial o moral.

De esta manera se puede establecer una definición de lo que es la responsabilidad civil, señalando que es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, teniendo como fuente un hecho ilícito, responsabilidad subjetiva, o bien por el riesgo creado o responsabilidad objetiva, como se estudiará con posterioridad.

1.2 Elementos de la responsabilidad civil

Son tres los elementos que constituyen la responsabilidad civil: el obrar ilícito, la existencia de un daño y un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.⁷

⁵ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 4^a ed., México, Oxford University Press-Harla México, 1998, pp. 238 y 239.

⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 12^a ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2826.

⁷ *Idem.*

Dichos elementos constitutivos de la responsabilidad civil son: la comisión de un daño, la culpa y la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.⁸

Ahora bien existe un elemento más, el cual consiste en un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado, por ejemplo la culpa, el dolo, la idea de riesgo o una atribución automática de la responsabilidad.⁹

Por lo tanto, podemos decir que los elementos de la responsabilidad civil son: Un hecho ilícito; la existencia de un daño o perjuicio; la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño y por último el criterio de imputación de responsabilidad al infractor.

1.3 Especies de responsabilidad civil

Según la naturaleza de la conducta incumplida podemos señalar que se divide en: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual.¹⁰

a. Responsabilidad contractual: Se conoce como la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una obligación derivada de un contrato. En este caso, la palabra contrato se emplea de manera genérica, es decir no sólo contempla al contrato en sí mismo, sino

refiriéndose a todo acto jurídico convencional en la cual las partes que intervienen asumen una obligación. Entendiendo por tal como todo acuerdo de voluntades encaminado a crear y transmitir derechos y obligaciones.

La responsabilidad contractual se define como la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, es decir que deriva de un contrato u otro acto jurídico de derecho privado.¹¹

8 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, pp. 238 y 239.

9 Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 6 p. 2826.

10 *Cfr.* Pascual Estevill, Luis, *Derecho de daños*, P. 13.

11 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5 p. 207.

La responsabilidad contractual también se define como aquella que tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir, la que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, y en donde existe un incumplimiento, dando como consecuencia la necesidad de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por ese incumplimiento.¹²

b. Responsabilidad civil extracontractual: También denominada como responsabilidad civil delictual, y se define como la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una conducta o deber jurídico preexistente. Ocurre cuando el responsable causa un daño a la víctima mediante la comisión de un hecho ilícito. En términos del Artículo 1910 del Código Civil de la Ciudad de México, el cual establece que:

Art. 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general.¹³

La responsabilidad extracontractual no esta fundada en la existencia de un vínculo jurídico entre dos personas, sino en la realización de un hecho ilícito por una persona contra otra, o bien en el resultado de la gestión de negocios o en las consecuencias de un riesgo creado.¹⁴

Por lo tanto, la responsabilidad extracontractual es la obligación de resarcir daños o perjuicios que tiene el responsable en favor de la víctima, cuando la norma que se haya violado sea de observancia general, es decir, cuando, dichos daños y perjuicios se hayan generado por la realización de hecho ilícito contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, o incluso como consecuencia de un riesgo creado.

¹² Pina, Rafael de, *op. cit.*, nota 3, p. 232.

¹³ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 207.

¹⁴ Pina, Rafael de, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

Hay dos clases de responsabilidad civil por el elemento en que se finca la necesidad de resarcir los daños: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.¹⁵

En nuestro derecho, la responsabilidad civil extracontractual tiene dos posibles causas: el hecho ilícito, en el caso de la responsabilidad subjetiva, y el riesgo creado, en el supuesto de la responsabilidad objetiva.¹⁶

Después de lo expuesto, surge una nueva interrogante ¿Qué vía resulta procedente para demandar la responsabilidad civil extracontractual? si uno de los involucrados resulta ser comerciante, en principio puede pensarse que el artículo 1050 del Código de Comercio resulta aplicable para normar la vía, toda vez que dicho numeral establece que cuando uno sólo de los contendientes tiene el carácter de comerciante, se aplicará dicha normatividad, y por tanto, la vía para demandar la responsabilidad civil debería ser la ordinaria mercantil.

De esta manera pudiera concluirse que la vía ordinaria mercantil sería la idónea para demandar este tipo de responsabilidades; sin embargo tampoco puede pasar desapercibido que ésta es de carácter civil, fundándose en la comisión de hechos ilícitos regulados en los artículos 1910 y 1913 del código sustantivo civil para la Ciudad de México, en atención a la naturaleza de la responsabilidad reclamada, y como necesaria consecuencia existirían suficientes razones para afirmar que la controversia debería ventilarse en la vía ordinaria civil.¹⁷

Luego entonces, ante la razonable duda se impone dilucidar si la actividad comercial de una de las partes, o bien, la naturaleza del acto en sí mismo considerado es el criterio rector para establecer de manera definitiva la vía en que se demandará la indemnización por la responsabilidad que se ha generado.

15 Ovalle Piedra, Julieta, *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 22.

16 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 220.

17 Martínez García de León, Fernando, *Los actos ilícitos ultra vires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2004, pp. 55-56.

Lo anterior no es sólo una simple discusión teórica, considerando que la prescripción de la acción indemnizatoria en el ámbito civil es de dos años según el artículo 1934 del Código Civil para la Ciudad de México; y en el ámbito mercantil es de un año, en términos del artículo 1143 del Código de Comercio, lo que impone tener cuidado en que la vía elegida no implique la prescripción de la acción indemnizatoria.¹⁸

En este contexto transcribo la tesis jurisprudencial que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó y resolvió, en relación a la controversia que nos ocupa en cuanto a la vía a elegir para reclamar la responsabilidad civil extracontractual :

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. TRANSPORTES.

Los camiones del servicio de transporte de pasajeros son indudablemente instrumentos peligrosos, por la velocidad que desarrollan; por lo tanto, el daño que lleguen a causar y la consiguiente responsabilidad no pueden tener por base el contrato de transporte, sino lo dispuesto por el artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y los artículos 1913, 1915 y siguientes del Código Civil.¹⁹

Cuando una de las partes contratantes incurre en una responsabilidad extracontractual, que es además objetiva, por haber empleado instrumentos peligrosos por sí mismos, resulta más que claro que el fundamento de esa responsabilidad no es el contrato sino la ley misma. El artículo 1913 del Código Civil de la Ciudad de México dispone que quien haga uso de instrumentos peligrosos por sí mismos, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

18 *Idem.*

19 Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Sexta época, Volumen LX, cuarta parte, enero, p.224.

En estos casos no es necesario recurrir a la ilicitud del acto, al dolo o a la culpa grave, para establecer que la persona que cause el daño con tales instrumentos debe repararlo independientemente de que esté vinculado o no con la víctima en forma contractual. El acto dañoso no queda ya comprendido dentro de los límites del contrato, y cualquier convicción relativo al mismo no deroga las disposiciones que lo rigen.

Por lo que, en nuestra opinión la actividad laboral del autor de un hecho ilícito incluso de carácter mercantil, no impide que éste pueda ser demandado por

la vía ordinaria civil, para reclamar la indemnización derivada de responsabilidad generada, en virtud de que el hecho ilícito doloso o culposo en el caso que nos ocupa es un accidente, ya que podemos deducir que es ajeno a la voluntad de las partes, superando de esta manera ya cualquier relación de carácter contractual, colocando al responsable del hecho ilícito en la situación de tercero ajeno al convenio mercantil pactado entre ellos, dando paso a la posibilidad de poder ejercitar acción civil, para reclamar la reparación de daños y perjuicios regulados por el derecho común.

1.3.1 La responsabilidad subjetiva

La responsabilidad será subjetiva cuando se funde en la culpa; en consecuencia, habrá responsabilidad subjetiva cuando los daños han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y *por soporte esa noción subjetiva de la culpa*.²⁰

Entonces es la que recae sobre una persona determinada como consecuencia de un acto propio que ha causado un daño a otra.²¹

En este sentido podríamos decir que la característica principal de la responsabilidad subjetiva es la noción de culpa, es decir el rasgo particular es la conducta del autor que ha incurrido deliberadamente, proveniente de su dolo o de

20 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 220.

21 Pina, Rafael de, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

su imprudencia.²²

1.3.2 La responsabilidad objetiva

Esta encuentra su fundamento en la teoría del riesgo la cual surge a fines del siglo XIX; ya que al inicio se comenzó a aplicar la responsabilidad civil en los casos en que el autor del daño había actuado lícitamente, imputando responsabilidad fuera de toda culpa, por el simple hecho de causar un daño. De esta manera, surgió la idea de responsabilidad objetiva, que toma en cuenta un hecho material, que es el daño, independientemente de todo elemento subjetivo como la culpa.

La diferencia entre una responsabilidad y la otra esencialmente radica en que en la objetiva se impondrá la obligación de reparar daños y perjuicios sin importar que el responsable haya actuado con culpa o no, será dato objetivo de la causación de un daño el que dará lugar a la responsabilidad.

En cambio en la subjetiva, es necesario demostrar la culpa de la persona que originó el daño.

La responsabilidad objetiva es la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un detrimento patrimonial, originado por (a): *una conducta o un hecho previsto por la Ley como objetivamente dañoso*; (b): *el empleo de un objeto que la Ley considera en si mismo peligroso*; (c): *por la realización de una conducta errónea, de buena fe.*²³

Habrá responsabilidad objetiva... si los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgos de daños, responsabilidad fincada en dicho riesgo, y que por consecuencia se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo en

22 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 213.

23 *Ibidem*, p. 220.

*un elemento externo como el riesgo creado...*²⁴

La responsabilidad en comento se define como una fuente de obligaciones reconocida en algunos Códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquél que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, *aún cuando haya procedido lícitamente*.²⁵

Consiste en establecer que para que surja la exigencia de la reparación del daño ilícito extracontractual no se requiere, en modo alguno, el elemento culpa, por lo que lo único que se precisa es probar que el daño existe, así como la relación de causa a efecto, sin necesidad del *animus nocendi*, la intención de dañar, o la imprudencia.²⁶

Se cita la siguiente Tesis Jurisprudencial relacionada a lo anteriormente expuesto:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA, EXIMENTE DE LA, ELEMENTOS. Del artículo 1913 del Código Civil se desprende que para que opere la eximente de la responsabilidad objetiva por riesgo creado se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el demandado demuestre que existió culpa o negligencia inexcusable de la víctima; b) Que exista una relación de causalidad entre esa culpa o negligencia inexcusable y el daño producido.²⁷

En ese orden de ideas, es excluyente de responsabilidad la culpa inexcusable de la víctima; siendo indispensable acreditar que derivado de esa conducta culpable se causó el daño.

²⁴ Pina, Rafael de, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

25 Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 213.

26 Pina, Rafael de, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

27 1.3º.C.677 C, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Octava Época, t XIII, abril de 1994, p.432.

1.4 Efectos de la responsabilidad civil

En este apartado señalaremos los efectos comunes derivados de la responsabilidad civil, la cual podemos comprender como la posición de desventaja del sujeto responsable al que el ordenamiento jurídico le impone la obligación de reparar el daño ocasionado a una persona, derivado de su obrar ilícito.

De aquí que exista una relación de causalidad entre daño y el efecto jurídico que produce. Por lo que podemos clasificar dichos efectos como:

- la reacción contra el daño consistente en la cesación de su actividad productora;
- la reacción contra el daño consistente en la transferencia de la carga del daño del perjudicado al responsable;
- el carácter normalmente sancionatorio de la responsabilidad civil;
- el carácter obligatorio de la responsabilidad civil; es decir el que obró ilícitamente debe indemnizar.

A continuación se describe el contenido de los efectos que se mencionan:

La reacción contra el daño consistente en la facultad de obtener la cesación de su actividad productora. El remedio consiste en la facultad de obtener la cesación de la actividad lesiva y en consecuencia pretende paralizar el daño deteniendo su desarrollo; por lo que puede considerarse como un efecto

jurídico del daño, o una reacción jurídica contra el mismo. El objeto de este remedio es que el daño se evite y que podría posteriormente ser causado por la actividad iniciada; bajo tal aspecto, este remedio desempeña una función preventiva, si bien tal función aparece, después de que el daño a empezado a producirse.²⁸

²⁸ De Cupis, Adriano, *El Daño, teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 577.

Sobre el tema antes expuesto, es importante indicar que este efecto podría considerarse determinadamente preventivo, ya que anticipa la consecuencia dañina que pudiera provocar la continuidad de los eventos antijurídicos en proceso.

En relación a *la reacción contra el daño consistente en la transferencia de la carga del daño del perjudicado al responsable*, como ya se mencionó, en este caso el daño escapa absolutamente de toda prevención cuando es posterior al hecho productor del mismo, por lo que sólo puede ser reprimido, reparado, y nada más, ya que ni siquiera en parte pudo impedirse. Ante la imposibilidad de impedir el daño, el remedio consiste en imponer su reparación a la persona responsable, distinta del perjudicado; lo que equivale a transferir la carga del daño del segundo al primer sujeto, concretado así el fenómeno de la responsabilidad civil.²⁹

Como se ha expuesto, toda conducta antijurídica, trae aparejado la obligación de la reparación del daño ocasionado, misma que configura como tal la responsabilidad civil, con los consecuentes efectos a los que nos referiremos con posterioridad.

Por lo que hace al carácter normalmente sancionatorio de la responsabilidad civil. Al dirigir la responsabilidad civil contra un daño (antijurídico) que tiene

por objeto un interés jurídicamente relevante, constituye una consecuencia jurídica que sirve para garantizar, por su carácter sancionador, tal interés primordial, reafirmando la preferencia del interés lesionado contra el acto lesivo efectuado por el titular de un interés subordinado. La sanción resarcitoria en que consiste la responsabilidad civil debe ser considerada como un elemento de protección del interés.³⁰

Como se mencionó en la primer parte del presente apartado, la conducta antijurídica que originó la responsabilidad civil da como consecuencia el carácter

29 De Cupis, Adriano, *op, cit.*, nota 28, p. 578.

30 *Ibidem*, p. 580.

obligatorio impuesto por la ley hacia el sujeto activo con el propósito de subsanar el daño ocasionado al sujeto pasivo.

El carácter obligatorio de la responsabilidad civil. La obligación resarcitoria: partiendo del hecho de que la responsabilidad civil es aquella situación de desventaja para la persona a la que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño mediante la imposición de su reparación, tal situación corresponde a una obligación entre responsable y perjudicado; por un lado en la imposición de la reparación del daño que se concreta en el deber de resarcir impuesto al responsable y por el otro, con el correspondiente derecho de resarcimiento atribuido al perjudicado.³¹

En consecuencia, esta obligación y derecho constituyen los elementos pasivo y activo de tal relación, basada directamente en el daño y consistente precisamente en la obligación resarcitoria.

1.5 Concepto de daño

Gramaticalmente se define al daño como:

Daño. I. (Del latín, damnum, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.)

II. Un principio general de derecho, de secular origen, establece que todo aquel que cause un daño a otro, tiene obligación de repararlo. En la antigua Roma, en el año de 287 a. C., en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley que tenía por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era limitado: se refería a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa. Se le conoce como Lex Aquilia y consta de tres capítulos.

Este cuerpo legal (Lex Aquilia) consagra el principio de que matar injustamente es matar sin derecho; por tanto, quien mata para escapar a un peligro que de otra forma no pudiese eludir, está exento de responsabilidad. Este concepto es el

31 De Cupis, Adriano, op, cit., nota 28, p. 578.

origen de la legítima defensa. La ley establece asimismo la eximente de caso fortuito: quien mata por casualidad, no merece castigo; en cuanto a la culpa, la asimila al dolo.

El daño por deterioro, robo, incendio, etc., lo considera sólo con relación a los esclavos, animales que pasen en rebaños y objetos materiales, y determina su indemnización. Desde su antecedente remoto en el derecho romano, a través del Código Napoleón, la obligación de indemnizar el daño fue acogida por las legislaciones de los países de área latina, y también por México.

III En el Derecho civil. El concepto de daño está relacionado con todas las legislaciones modernas con el de perjuicio: todo daño –deterioro, destrucción, mal, sufrimiento- provoca un perjuicio, una pérdida patrimonial. El Código Civil vigente de la Ciudad de México acoge esta distinción en sus artículos 2108 y 2109.

*La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, ocasionados por el obrar ilícito; la misma puede derivar de fuentes contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas (enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios), de un hecho ilícito, de un delito, o de un mandato legal por causas objetivas.*³²

También se define el daño en razón del efecto que es resarcir todo aquello que se haya ocasionado y que representa un presupuesto o elemento indispensable para la responsabilidad civil; así mismo, el daño es apto para designar todo menoscabo patrimonial y no patrimonial, el primero vincula la noción de menoscabo lesión o agravio al concepto de patrimonio, entendiendo éste como una universalidad constituida por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de valoración económica.³³

³² Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 811-812.

³³ Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Argentina, Astrea, 1993, p. 1.

El daño es una pérdida, no solamente pecuniaria sino recae también en la integridad física de las personas, en sus sentimientos afecciones, ya sea por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado.³⁴

El denominado daño moral cuando se afecta el patrimonio moral; definiéndose aquel como aquella lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, honor, reputación, o el menoscabo en su autoestima; como consecuencia de un hecho de un tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado.³⁵

Al realizar un análisis sobre el daño empleamos la palabra “perjuicio”, ya sea para referirnos al perjuicio patrimonial o perjuicio moral, extrapatrimonial, no económico; acogiendo dos categorías de daño moral, diciendo que la

primera de ellas corresponde a la parte social, y la segunda a la parte afectiva del patrimonio moral.³⁶

Por lo tanto, el daño en las personas puede resultar en su esfera patrimonial y/o en sus afectos, en sus sentimientos, en su integridad física y en los demás supuestos morales.³⁷

En la teoría moderna de nuestro país, la figura del daño esta contemplada dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, es decir si alguien ocasiona un detrimento o lesión a otro debe responder de su actuar ante la queja de la víctima o lesionado; así mismo podemos decir, que es la aminoración o alteración de una situación favorable de un sujeto, ocasionado por otro en una relación de Derecho.

En otras palabras, la actuación del hombre puede crear o incrementar una situación favorable, al mismo tiempo que puede también destruirla o limitarla; por lo tanto, el concepto de daño se presenta bajo este doble aspecto, ya que resulta muy difícil en el lenguaje ordinario ofrecer una limitación en cuanto al

34 *Ibidem*, p. 23

35 Bejarano Sánchez Manuel, *op, cit.*, nota 5, p 194.

36 Borja Soriano, Manuel, *op, cit.*, nota 2, p. 371.

37 *Idem*.

número de lesiones o perjuicios a las que puede aplicarse la denominación de daños.

Por lo antes expuesto, tenemos que:

- a) El daño es toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual; entendiéndose así que el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o

cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos; hablamos entonces de daños materiales y daños morales.

- b) El daño es *conditio sine qua non* de la responsabilidad civil como algunos autores lo refirieren; la responsabilidad deriva de hechos ilícitos o por algún riesgo creado; sin embargo, no se convierte en responsabilidad hasta el momento de la petición de un tercero, el cual se ve lesionado en sus bienes materiales o morales; aunado a que todos, como universalidad jurídica, estamos obligados a responder de nuestros actos cuando se nos solicite.

- c) Por lo que, si no resulta una lesión o menoscabo, por algún hecho ilícito o riesgo creado, no habrá daños ni tampoco una oportunidad de nacimiento de la responsabilidad civil. Además de que el daño debe ser cierto y actual; en este sentido, quien sufre un daño podrá reclamar indemnización, el resarcimiento o la compensación al menoscabo padecido.

1.6 Concepto de perjuicio

Ahora analizaremos el perjuicio, que gramaticalmente se ha definido como la *privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido con el*

cumplimento de la obligación en términos del artículo 2109 del Código Civil para la Ciudad de México. Hay una diferencia entre daño y perjuicio, esta distinción, que tiene su remoto origen en el procedimiento formulario del derecho romano (*intentio incerta*), permitía al juez condenar al deudor en caso de incumplimiento, al pago del valor de la cosa que debía entregar el deudor. De esta manera, el acreedor veía indirectamente satisfecho su interés a través del resarcimiento en dinero (*id quod interest*).

Más tarde, la distinción entre daño y perjuicio llevó a los glosadores a distinguir entre el daño emergente y el lucro cesante. El primero, el daño o menoscabo patrimonial, en estricto sentido es objeto de reparación propiamente dicha y, el segundo, el perjuicio, que aludía a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor, es materia de indemnización.

Así encontramos que el Código Civil para la Ciudad de México establece en la primer parte de su artículo 1915 lo siguiente:

Art. 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

De esta manera, la primer parte del artículo 1915 transcrita debe ser correctamente entendida en el sentido de que la responsabilidad civil comprende; a elección del ofendido, en el restablecimiento de los daños y, además, la indemnización de los perjuicios causados.

Así, la noción de responsabilidad civil impone al responsable no sólo el deber de restituir o de reparar, sino además, la obligación de indemnizar, la cual surge no sólo por el hecho del incumplimiento de un contrato, sino también como consecuencia de todo daño que se cause por hechos ilícitos (culpa o dolo) o por riesgo creado, que comprende la responsabilidad aquiliana o contractual.³⁸

Ahora bien, cabe señalar de manera ilustrativa que tanto en el cuerpo de leyes de 1884 que rigió la vida civil de los habitantes del Distrito Federal y en nuestro Código Civil de 1928, el concepto de perjuicio sigue siendo el mismo, citando a continuación:

Se reputa perjuicio a la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, esto conforme a artículos 1465 del Código Civil de 1884 y 2109 del Código Civil de 1928.

Entendiendo por concepto de daños y perjuicios lo que los antiguos llamaban “Daño emergente” *damnum emergens*, es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio, lo que antiguamente se llamaba *lucrum cessans* “lucro cesante”, es decir, la privación de una ganancia lícita. Si la indemnización de los daños y perjuicios no pudiera comprender estos dos elementos, no alcanzaría su fin que es colocar al acreedor en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada, por lo que para conseguir la relación de causalidad “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de las obligaciones, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.³⁹

En este orden, se considera que la noción de perjuicio está íntimamente ligada al concepto de daño, en el Código Civil para la Ciudad de México ajustándonos a una interpretación literal, parecería existir una sutil diferencia entre dichos términos al leer los artículos 2108 y 2109, observamos que: el daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el sujeto pasivo por el obrar ilícito y para reafirmar esto último se cita a continuación la siguiente referencia jurisprudencial:

38 Galindo Garfias Ignacio, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2001, pp. 2005-2006.

39 Borja Soriano, Manuel, *op, cit.*, nota 2, pp.457-458.

DAÑO Y PERJUICIO, DIFERENCIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS NACIONALES). Conforme a la legislación civil, artículos 2108 y 2109, el daño implica pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, por falta de cumplimiento de una obligación, y el perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Lo cierto es que jurídicamente, tanto como el perjuicio, implican lesión al patrimonio, pues según la connotación que al término daño asigna Escriche en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia: es el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona. En general, todo el daño como el perjuicio puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito; importando mucho en cualquier evento, saber el modo para arreglar la responsabilidad que debe exigirse. Como es de verse, aún cuando la legislación civil en los dos preceptos daño y el perjuicio, en realidad no existe entre los términos daño y perjuicio, sino una diferencia de matiz, pero de todas formas, la parte de la pérdida o menoscabo tratándose del daño, o la privación de cualquier ganancia lícita, tratándose del perjuicio, de todas formas, éste y el daño repercuten en el patrimonio.⁴⁰

Al respecto puedo decir que como se aprecia en ambos conceptos señalados de la tesis jurisprudencial citada mantienen una distinción de grado, por llamarlo de alguna manera y de suma importancia, ya que de esta apreciación dependerá la responsabilidad imputable a su autor y que independientemente a la cual nos refiramos ya sea el menoscabo o privación de un bien, representan un

40 Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, t. CXV, enero de 1967, p. 19.

deterioro en el patrimonio de la víctima que es necesario indemnizar.

1.7 Jurisprudencia

En este apartado se analizarán las tesis jurisprudenciales relacionadas al tema de la responsabilidad civil:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).

La responsabilidad objetiva existe aún cuando el daño lo hubiere causado por caso fortuito o fuerza mayor y es independiente de la culpabilidad del agente, esto es, que resulta intrascendente que se haya dictado o no sentencia penal en la que se declara la culpabilidad del acusado, puesto que una cosa es la acción proveniente de la responsabilidad objetiva que persigue la indemnización a que se refiere el diverso artículo 1406 del Código Civil del Estado de Tlaxcala y otra la responsabilidad civil proveniente de delito que tiende a la reparación de los daños y perjuicios, y que recae en el delincuente o en ocasiones en terceros,

según se desprende de los artículos 94 y 95 del Código Penal de la citada entidad en relación con los artículos 1374 y 1375 del Código Civil de dicho estado.⁴¹

La tesis antes indicada precisa con claridad la distinción entre la necesidad de indemnizar derivado de una responsabilidad objetiva, la cual resulta procedente aún y cuando el que ocasiono el daño no ha sido declarado culpable en el

⁴¹ Tribunales Colegiados Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, julio de 1994, p. 784.

procedimiento penal que se tramita en su contra, y en donde podrá también condenársele a la indemnización derivado de su responsabilidad penal.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. CASOS EN QUE SE PRECISA LA EXISTENCIA DE SENTENCIA FIRME QUE DECLARE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DEMANDADO, PARA SU PROCEDENCIA.

La primera y segunda tesis relacionadas a la jurisprudencia número 264, consultable en la página 753, cuarta parte, tercera sala, del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, son aplicables a casos en que el delito lo comete una persona y la responsabilidad civil, aunque no la criminal, nace a cargo de otra; por ejemplo, en el caso en que un patrón está obligado a reparar los daños provenientes por delitos cometidos por sus dependientes que conduzcan mecanismos peligrosos, y que cometan un delito culposo por negligencia, falta de precaución o de pericia o por descuido; en cuyo caso la obligación del patrón

deriva de la ocurrencia de la infracción sumada al vínculo o relación de dependencia en que se mantiene con los infractores, teniendo una calidad de obligado puramente civil debiendo responder a los ofendidos y quedando legitimado para repetir contra el penalmente responsable; por lo que en este tipo de casos no es necesario que exista sentencia firme que declare penalmente responsable al dependiente de un patrón, para poder reclamarle a éste último la responsabilidad civil. En cambio, cuando se trata de delitos intencionales o dolosos que se atribuyen a la persona que directamente cometió el hecho ilícito y se le demanda la responsabilidad objetiva derivada de tal hecho, sí es necesario para la condena de tal prestación, que exista sentencia firme que declare la existencia del delito y la

responsabilidad penal del demandado.⁴²

En este caso, nos referimos a la responsabilidad Aquiliana, que opera en los casos en que de los resultados de la conducta dañosa deba responder una persona distinta del causante, en el caso en el que un patrón se obliga a reparar los daños causados por sus dependientes, donde dicha obligación deriva de la ocurrencia de la infracción, sumada al vínculo de dependencia existente entre los infractores, teniendo una calidad de obligado puramente civil, debiendo responder a los ofendidos.

Otra opinión que consideramos interesante es la que se cita a continuación:

**RESPONSABILIDAD OBJETIVA. QUE SE ENTIENDE POR
CULPA O NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA VÍCTIMA.**

(ARTÍCULO 1402 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ello. Luego será inexcusable cuando, de acuerdo a las circunstancias personales de la víctima (edad, capacidad, raciocinio, etcétera), no le sea perdonable la inobservancia de un deber de cuidado que le incumbía; esto es, cuando dadas aquellas características personales no sea factible exigirle que extreme precauciones, a fin de que no sea dañado.⁴³

42 Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XII, agosto de 1993, p. 552.

43 XVI. 202 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 568.

En esta tesis podemos observar que existe culpa, en aquellas personas que estando obligadas a observar una conducta diligente a la conservación de la cosa, incurren en acciones contrarias a la misma, resultando inexcusable de acuerdo a las circunstancias personales de la víctima, por motivo de su edad, capacidad o raciocinio, resultando imperdonable la inobservancia de un deber de cuidado que le incumbía, existiendo la posibilidad de oponer la excepción a favor del inculpado si se acredita la responsabilidad directa de la víctima por culpa o negligencia inexcusable.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, POR REGLA GENERAL ES IMPROCEDENTE SI YA SE CUBRIÓ LA INDEMNIZACIÓN DETERMINADA EN PROCESO PENAL PARA REPARAR EL DAÑO.

Una vez que en un proceso penal se ha condenado a la reparación del daño, por regla general no se puede demandar posteriormente en un proceso civil desvinculado del proceso penal la responsabilidad objetiva del propio inculpado o de un tercero, toda vez que en ambos casos la responsabilidad civil que se reclama en ese segundo proceso es con motivo de la misma acción y del mismo daño. En este sentido, debe señalarse que la responsabilidad civil subjetiva derivada de un delito no tiene una “naturaleza distinta” a la responsabilidad civil objetiva. No obstante, en el supuesto antes señalado, excepcionalmente podrá acudir a la vía civil cuando pueda apreciarse claramente que la legislación civil permite una mayor amplitud indemnizatoria en comparación con la legislación penal, de tal manera que la acción de reparación de daño en la vía civil pueda dar lugar a un mayor beneficio económico como resultado de una regulación más favorable para la víctima de la cuantificación del daño. Desde luego, dicha excepción no implica que en este supuesto el ofendido pueda hacer exigible la reparación del daño en la vía civil de manera completamente autónoma. La cantidad que eventualmente se conceda por concepto de reparación del daño en el proceso civil deberá descontar la indemnización que se haya cubierto con motivo de la condena decretada en el proceso penal.⁴⁴

De conformidad con la citada jurisprudencia, podemos apreciar que la condena derivada de un proceso penal, en donde se exige la reparación del daño en favor de la víctima del delito, impide que posteriormente en un proceso civil desvinculado del proceso penal, se demande la responsabilidad objetiva, toda vez que ésta deriva de la misma acción y del mismo daño, no obstante y de manera excepcional la víctima del delito podrá optar por la vía civil en el caso de que a través de ésta, pueda obtener mayor beneficio económico, cantidad que eventualmente de ser procedente se descontará de la indemnización obtenida en la condena penal.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. LOS HEREDEROS POTENCIALES DE LAS VÍCTIMAS ESTÁN LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA. (INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 3ª./J.21/92).

El derecho a la indemnización no forma parte del caudal hereditario del de cujus, sino que deriva de la afectación sufrida por los familiares cercanos; ya que considerarlo de otra manera entrañaría aceptar que el derecho a la indemnización forma parte del patrimonio de la víctima fallecida, lo que ha sido rechazado unánimemente por la doctrina, y que el albacea debe repartir el monto respectivo entre cada heredero, además de sujetar el ejercicio de la pretensión a la tramitación, así sea parcial, de un juicio

44 1ª./J 43/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. 9, agosto de 2014, p. 478.

sucesorio, lo cual redundaría en obstruir el acceso a la pronta impartición de justicia, con infracción al principio pro actione relacionado con el pro persona adoptado en el artículo 1º. De la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme con los cuales la optimización del derecho a la jurisdicción puede lograrse si se facilita la acción. No es óbice a lo considerado, la existencia de la jurisprudencia 3ª./J. 21/92, de la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 59, Octava Época, noviembre de 1992, página 18, de rubro: “RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. LOS HEDEROS DE LA VÍCTIMA SON LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA. (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1915 Y 1836 DE LOS CÓDIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL ESTADO DE JALISCO, A PARTIR DE SUS REFORMAS DEL DIECISEIS DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO Y VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS, RESPECTIVAMENTE)”, toda vez que de conformidad con el artículo sexto transitorio de la nueva Ley de Amparo, publicada el dos de abril de dos mil trece en el Diario Oficial de la Federación y que entró en vigor al día siguiente, debe estimarse que perdió su vigencia ante las reformas constitucionales de derecho humanos en el país, con base en la cual se incorporaron, entre otros, el derecho humano de acceso a la justicia y se establecieron los principios pro actione y pro persona; consecuentemente, los derechos potenciales de la víctima están legitimados para reclamar la indemnización relativa.⁴⁵

⁴⁵ 1.3º. C.191 C (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, abril de 2005, p. 1834.

En esta tesis relativa a la responsabilidad civil objetiva, podemos concluir que la indemnización no forma parte del caudal hereditario, sino que éste derecho como tal deriva de la afectación directa que sufren los herederos, consecuentemente los herederos potenciales de la víctima están legitimados para reclamar la indemnización relativa.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA DE SUS MÉDICOS. (CARGA DE LA PRUEBA).

En los casos de responsabilidad civil de los hospitales privados, derivada de la negligencia de sus médicos, resulta excesivo establecer que el usuario del servicio de salud debe demostrar la relación laboral o profesional entre aquéllos y el hospital para que proceda la responsabilidad civil de ambos, pues no sólo llevaría la carga de ser víctima de la mala praxis o del acto que motivó el daño, sino que judicialmente sería revictimizado, al obligarle a probar una cuestión fuera de su alcance. En esas condiciones, los usuarios de los servicios de atención médica, así como sus familiares, están en una condición de desventaja por el desconocimiento del personal del hospital que tiene la calidad de empleado y la de independiente, pues no están enterados de las complejidades técnicas de los acuerdos contractuales y de empleo entre el hospital y el personal que opera ahí, al contrario del hospital, que si tiene conocimiento y, además, decide cómo organizarse y representarse. De ahí que el usuario de los servicios de salud privada, al estar en una posición de desventaja frente a la institución médica, no tiene la carga de la prueba.⁴⁶

46 1ª. CVXII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L. 16, marzo de 2015, p. 1112.

La presente tesis aborda el tema relacionado no sólo a la responsabilidad civil en la que incurrir los hospitales privados y su personal médico derivado de su mala *praxis*, sino también a la problemática que enfrentaba el usuario que contrataba sus servicios, ubicándolos en una situación de desventaja al tener que acreditar la relación laboral o profesional que existe entre los responsables, quienes prestan los servicios de salud, corrigiendo este hecho la Corte al señalar que actualmente el usuario de los servicios de salud privada, frente a la institución médica ya no tiene la carga de la prueba de acreditar dicha relación laboral o profesional.

Del contenido vertido en el presente capítulo sobre la responsabilidad civil, podemos decir que ésta consiste en la obligación que tiene una persona de resarcir los daños y perjuicios causados, por una conducta contraria al derecho, a las buenas costumbres o por un riesgo creado. Los elementos que integran la responsabilidad civil son:

1. Un hecho ilícito;
2. La existencia de un daño;
3. Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño;
4. Un criterio que permita imponer la responsabilidad al infractor.

Así mismo, señalamos que los tipos de responsabilidad derivados de la responsabilidad civil son: contractual y extracontractual; refiriéndonos al primero señalado, podemos decir que el presupuesto para que surja este tipo de responsabilidad es la existencia de un contrato, es decir la responsabilidad contractual será la consecuencia de la violación de la

disposición establecida en dicho contrato. Por lo tanto, es uno de los remedios que junto a la pretensión de cumplimiento, la resolución por incumplimiento y la atribución del *commodum representationis* (aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa), con los que cuenta el acreedor frente al incumplimiento del deudor. En cuanto al segundo, es decir la responsabilidad extracontractual, podemos afirmar que consiste en la obligación que tiene una persona de resarcir daños y perjuicios causados a otra, cuando la norma que se haya violado sea de observancia general, cuando dichos daños y perjuicios se hayan generado por la realización de un hecho ilícito o como consecuencia de un riesgo creado.

De esta manera podemos afirmar que existen dos clases de responsabilidad civil, por el elemento en que se finca la necesidad de resarcir los daños: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

Por lo tanto, tenemos que la causa de la responsabilidad civil subjetiva es el hecho ilícito, y en el caso de la responsabilidad objetiva es el riesgo creado, como a continuación se describe:

- Subjetiva; tiene su fundamento en la culpa, y surge cuando los daños han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte esa noción subjetiva de culpa.
- Objetiva; se incurrirá en ella en los casos en los que el autor del daño había actuado lícitamente, imputando responsabilidad fuera de toda culpa, por el simple hecho de causar un daño. De este modo surge la idea de responsabilidad objetiva, que toma en cuenta un hecho material, que es el

causar un daño, independientemente de todo elemento subjetivo de culpa.

En este sentido podemos decir, que la diferencia existente entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva es que en ésta última se impondrá la obligación de reparar daños y perjuicios sin importar que el responsable haya actuado con culpa o no; será el dato objetivo de la causa de un daño el que dará lugar a la responsabilidad.

También analizamos los efectos de esta figura jurídica, los cuales como se mencionó, consisten en la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño ocasionado a una persona, mediante la imposición de su reparación al sujeto responsable y que esta responsabilidad consiste en la sumisión del responsable a la imposición jurídica de asumirla, de ahí que se considere que existe una relación de causalidad meramente jurídica entre daño y efecto jurídico del daño. Las cuales clasificamos como:

- La reacción contra el daño consistente en la facultad de obtener la cesación de su actividad productora;
- La reacción contra el daño consistente en la transferencia de la carga del daño del perjudicado al responsable;
- El carácter normalmente sancionatorio de la responsabilidad civil;
- El carácter obligatorio de la responsabilidad civil.

Es conveniente referirnos al daño, el cual se define como todo menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual; entendiendo así que el daño no solamente se ocasiona en objetos o cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos abarcando de esta

manera tanto daños materiales como morales; y en consecuencia el daño es una condición indispensable de la responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos o por riesgo creado, advirtiendo que sólo se convierte en responsabilidad tras la reclamación de un tercero, quien resulta ser la parte afectada.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que el perjuicio, es la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, sin dejar de considerar que dicho concepto se encuentra íntimamente ligado al de daño, debiendo realizarse el análisis individual de ambos elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

En consecuencia, la locución daños y perjuicios, representa lo que anteriormente se conocía como *daño emergente*, es decir la pérdida que una persona sufre en su patrimonio y el perjuicio lo que antiguamente se llamaba *lucro cesante*, es decir, la privación de una ganancia lícita; tema que en el capítulo posterior se considerará como elemento constitutivo del análisis de la pérdida de oportunidad.

Por último, del contenido de las tesis jurisprudenciales se puede concluir que se consideró en particular una de ellas relacionada a la responsabilidad civil derivada de la negligencia médica, y que en el capítulo siguiente se estudiará ampliamente, en virtud de que en la actualidad es una de las áreas de mayor incidencia en donde aplica la demanda de pérdida de oportunidad, toda vez que en esta materia se puede sostener que cuando un paciente manifiesta un curso causal que lo reduce a una posibilidad de mejoría y busca la atención de un profesional médico, el resultado aleatorio esperado es sobrevivir o curarse, ya que si se llega a perder la posibilidad de evitar que se genere un perjuicio de manera definitiva, el daño estará representado en el hecho de haber perdido esa oportunidad, y no haber llegado a la situación que se quería evitar y que finalmente se produjo.

Capítulo 2. Concepto de la pérdida de la oportunidad

2.1 Concepto de la pérdida de oportunidad o *Chance*

Para efectos de este trabajo, se expondrán los orígenes de la teoría de la oportunidad y ver como la doctrina que la impulsa se fue desarrollando en los diversos ordenamientos que la reconocen.

El origen y la expansión de la figura fue en principio consecuencia de dos fenómenos principalmente, el primero de ellos tiene que ver con el papel que jugó la jurisprudencia y la doctrina de la época, ya que los doctrinarios comenzaron a darle orientación movilizándolo la teoría al interior de los tribunales, dando forma a esta nueva institución jurídica (dicho fenómeno propicia el nacimiento de nuevas teorías en materia de responsabilidad civil); el segundo fenómeno al que nos referimos, tuvo lugar al momento en que dicha teoría es acogida por parte de jueces y teóricos doctrinales, consolidándose de esta manera en un ordenamiento jurídico, acción que trajo como consecuencia su expansión e implantación en diversos

ordenamientos, siendo en Francia e Inglaterra los primeros países donde comenzó a gestarse la figura jurídica en estudio.⁴⁷

En un principio la palabra con la que se identificó en Francia fue *chance perdue* (pérdida de oportunidad); y en su migración a otras naciones, se ha empleado la palabra para identificarlo “*chance*” (oportunidad), francesa por su tradición o su equivalente, según el idioma de la nación donde se aplique este nuevo concepto.

⁴⁷ Medina Alcoz, Luís, *La teoría de la pérdida de oportunidad estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, España, Arazandi SA., 2007, p. 61.

Pero independientemente de la palabra que se utilice para definirlo, todas siguen un mismo sentido; esto es explicado en palabras del maestro Medina Alcoz de la siguiente manera: “La palabra francesa *chance*, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda acepción, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible pero ampliamente admitido concepto dañoso, consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado, pérdida de *chance* es, pues, la pérdida de oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”.⁴⁸

Como se mencionó en la actualidad, la figura en estudio encuentra aceptación a nivel de derecho comparado tanto en su aplicación contractual como extracontractual, así como en los ámbitos del derecho público y privado, tomando en consideración que bajo esta categoría de la pérdida de la oportunidad se indemnizan, “tanto menoscabos de naturaleza patrimonial v. gr., la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos, como daños extrapatrimoniales, por ejemplo: la pérdida de la oportunidad de supervivencia o de la pérdida de la oportunidad de curación; o mixtos, como la privación de chances de superación profesional”.⁴⁹

48

Idem.

49 Torrealba Navas, Federico, “*La pérdida de oportunidad o chance*”, Revista Judicial número 98, Costa Rica, 2017, http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/./art_01_04.pdf, p. 1, [01-07-2017].

La doctrina internacional nos aporta algunos conceptos en diferentes sentidos, entre ellos algunos adoptan la posición en la que consideran que la expresión *pérdida de chance*, “comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obteniendo una ganancia o beneficio o evitando una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial”.⁵⁰

La pérdida de oportunidad, o pérdida de la *chance* como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el

acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.⁵¹ Ello representa que al sujeto agraviado se le ha privado de la posibilidad de obtener un beneficio patrimonial o evitar una pérdida o menoscabo que aunque futuro no implica por ello que no tuviera la posibilidad de alcanzar.

La pérdida de la *chance*, por lo tanto, puede ser calificada como un daño emergente actual o presente; tomando en consideración que dicha expectativa ya estuviese incorporada a su patrimonio.

En este sentido, la pérdida de la oportunidad no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la pérdida de la oportunidad misma. (Respecto a la distinción entre la figura en estudio y las figuras daño emergente y lucro cesante, se hará su análisis en un apartado posterior).

⁵⁰ López Mesa, Marcelo, “*Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación*”, *Revista de Derecho de Daños*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 8.

⁵¹ Peirano, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, 3ª ed., Colombia, Temis, 1981, p. 364.

El ejemplo clásico que representa la figura jurídica a la que nos referimos, citada por los Mazeud y Tunc, consiste en que un transportista encargado de conducir un caballo de carreras al hipódromo, a consecuencia de su tardanza, no logra que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera; el propietario del animal pierde así la probabilidad de ganar el premio. Situación de incertidumbre, ya que no se puede determinar que si de haber concursado el caballo hubiese ganado el premio o no, de ahí que no se pretenda indemnizar por este concepto. Sin embargo, no deja de ser cierto

que el caballo tenía la probabilidad de obtener el premio al primer lugar, y es precisamente ese hecho el de perder la posibilidad de ganar a causa del transportista el que debe ser indemnizado.⁵²

En efecto, nos encontramos ante un concepto indemnizatorio en el cual se advierte que coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza, en el sentido que, de no mediar el evento dañoso, el afectado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial. Pero además, se presenta la incertidumbre si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.⁵³

Tomando como referencia lo anteriormente expuesto, en relación al concepto de pérdida de la oportunidad ésta se puede definir como aquel daño indemnizable, en la que se coloca al sujeto que goza de una oportunidad real de obtener una ganancia o un beneficio o la pérdida de éste; encontrándose ya dicho beneficio dentro de su patrimonio, con una expectativa de realización altamente probable, frustrado en su proceso por el acto u omisión antijurídico de un tercero, quién daña con su actuar u omisión la probabilidad a la que nos referimos, impidiendo así el beneficio que se pretendía obtener o conservar..

⁵² Mazeud, Henri y León y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo t. 1, v. 1, Argentina, Jurídicas Europa-América, 1957, p.306.

⁵³ Zannoni, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, nota 32, pp. 50-51.

2.2 Elementos de la pérdida de oportunidad.

Los elementos constitutivos de la figura pérdida de oportunidad, que son considerados dentro de la doctrina internacional como aquellos que contienen particularidades que se deben observar para determinar, (en su caso) si la circunstancia a la que nos enfrentamos cumple con los supuestos teóricos, para evitar dar así a meras pretensiones ilusorias, el carácter de la figura jurídica que nos encontramos analizando. En este orden de ideas, los elementos de la pérdida de oportunidad son: la relación de causalidad, un aspecto cierto, un hecho interruptor del desenvolvimiento causal y un resultado cierto.

2.2.1 La relación de causalidad.

La doctrina internacional en general es partidaria de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, pero siempre y cuando se parta de criterios que permitan restringir en alguna medida su ámbito de aplicación. Así en principio, esta doctrina se debería aplicar en los supuestos de incertidumbre causal estricta; es decir, en supuestos que quede acreditada una probabilidad causal seria, no desdeñable. Evidentemente, sin alcanzar el nivel máximo que permite tener por cierto el hecho causal, pero superando un nivel mínimo de certidumbre.

Sin embargo, esto en la práctica no siempre es así, la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la pérdida de la oportunidad. De hecho, el primer problema que nos encontramos al aplicar esta doctrina es la ausencia de límites, de umbrales mínimos de certeza que admitan su aplicación.

El sentido común nos lleva a pensar que no es conveniente su aplicación cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, pues podría descartarse con seguridad que haya nexo causal. Lo contrario supone que el agente siempre será considerado causante del daño en función de la

probabilidad estadística de su causación, pese que a su incidencia causal en el daño es insignificante.

Por tanto, el primer problema que plantea la figura en estudio es determinar que porcentaje de pérdida de oportunidad es necesario para admitir que concurre el requisito del nexo de causalidad o si cualquier pérdida de oportunidad es indemnizable. Y es que no existe acuerdo sobre si la doctrina de la pérdida de oportunidad ha de limitarse exclusivamente a aquellos casos en que la oportunidad perdida sea inferior al umbral de certeza o si, por el contrario ha de extenderse su aplicación a todos los casos.

En el supuesto de España, y en concreto en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño cierto o eventual, es decir la ventaja frustrada.

En este sentido, es importante traer a colación como en otros países si se exige un juicio mínimo de verosimilitud para admitir la aplicación de la pérdida de oportunidad. Por lo general, un 50% en el derecho angloamericano, y hasta un 80% en países como Inglaterra. En estos ordenamientos se admite la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pero bajo el criterio de *more probable than not*. (mayor probabilidad). Dicha teoría determina, que para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud material de la relación de causalidad, el tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria, cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad”, sobre todo cuando se trata de una “alta probabilidad”, esto es, de una probabilidad próxima a la certeza.⁵⁴

54 Asensi Pallares, Eduardo, “La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, España, No.8, 2013, <http://www.revista.uclm.php/cesco./P.234/416-1804-2-PB.pdf>., p. 235. [23 abril 2017]

De manera que cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, si puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño.

La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad, y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente.⁵⁵

Respecto a la relación de causalidad de la pérdida de oportunidad, se puede decir que ésta figura presenta ciertos problemas al momento de ponerla en práctica, concretamente en relación a la certidumbre que se requiere para alcanzar la indemnización correspondiente, ya que como se expuso en líneas anteriores la misma se basa en un cálculo de probabilidades para poderla aplicar, y a falta de homologación en el criterio para su determinación respecto a los niveles máximos y mínimos de probabilidades que se requieren en dichos casos; queda en incertidumbre la certeza de obtener su aplicación, situación que bajo nuestro criterio irá perfeccionándose a través del tiempo. En este sentido como podemos recordar la relación de causalidad es un vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que lo origina, y que ese perjuicio o la amenaza de que ocurra son imputados de manera fáctica al responsable comúnmente en la práctica, pero en su aplicación al caso de la pérdida de oportunidad la situación cambia, ya que como se mencionó sólo podemos basarnos para su

valoración y determinación en el cálculo de probabilidades del evento generador de la responsabilidad.

55 *Idem.*

2.2.2 Un aspecto cierto.

Como segundo elemento de la figura en estudio tenemos un componente fáctico, es decir un componente provisto de existencia objetiva, con anterioridad al hecho dañoso, de una oportunidad real y seria de evitar una pérdida o de obtener un beneficio. La oportunidad jurídica relevante no puede basarse en meras conjeturas o especulaciones, sino que ha de cimentarse sobre circunstancias concretas anteriores al evento dañoso, a partir de las cuales se pueda anticipar el mantenimiento o el desarrollo de un curso de acontecimientos favorables al sujeto afectado. En este sentido hablamos de la oportunidad que poseía el afectado antes del acontecimiento y que resulta frustrada a consecuencia de éste, constituyendo un hecho preexistente objetivo, mismo que deberá acreditarse a través de los medios comunes de prueba.

Para ser jurídicamente relevante, la oportunidad debe de ser seria, es decir con probabilidades razonables de realización, conforme al curso ordinario de los acontecimientos. El requisito de seriedad permite descartar los reclamos fantasiosos y extravagantes.

El reconocimiento, por el derecho, de la realidad ontológica y del valor actual de las oportunidades, concuerda con el que, en otras disciplinas, se atribuye al mismo fenómeno. Por ejemplo en el ámbito financiero, el valor de los

activos se ve decisivamente determinado por las proyecciones futuras. Lo dicho se hace patente, en las transacciones de fusión o adquisición de empresas. Para calcular el valor la empresa que se pretende adquirir o absorber, se estima a valor presente su capacidad potencial para generar utilidades futuras.

Tal proyección se cuantifica sobre la base de datos objetivamente constatables, como la cantidad de unidades productivas disponibles, el acceso a fuentes de financiamiento, el posicionamiento en el mercado, la clientela actual, el tamaño y la profundidad de mercado potencial, los recursos humanos disponibles (incluidos no sólo aquellos con los que ya cuenta la empresa, sino también los que ofrece el mercado), la competitividad de los bienes o servicios, la situación regulatoria (permisos o concesiones administrativas), el entorno macroeconómico, etc.. Todas estas variables permiten a los expertos en valoración de empresas, sustentar con razonabilidad las proyecciones de generación de utilidades futuras, y ponerle un precio, hoy a la compañía. La frustración de tales proyecciones originada en la interferencia nociva de otro, implica la desaparición de un valor económico preexistente, tomando en consideración los factores antes mencionados. Dicho fenómeno, en el plano jurídico, puede ser planteado en el entorno de la pérdida de oportunidad.⁵⁶

En relación al aspecto cierto de la figura en estudio, podemos afirmar que está íntimamente relacionado al primer elemento, es decir al nexo de causalidad, en el sentido de considerar que para ser procedente dicha figura se requiere la preexistencia de una oportunidad objetiva y seria, es decir el vínculo necesario para atribuir un resultado a un hecho que lo origina. Debe ser, en este caso una oportunidad seria y con altas posibilidades de producir los efectos esperados por la víctima, las cuales se ven frustrados por el agente dañoso.

2.2.3 Un aspecto incierto.

Componente de la figura pérdida de oportunidad que hace alusión a la preexistencia de un elemento aleatorio: el riesgo de no realización de la oportunidad. Al enfocarse el *status quo* anterior al evento dañoso, se puede ver a la víctima emplazada en una situación propensa a un desarrollo favorable; pero también se podrán apreciar circunstancias objetivas que podrían haber tenido influencia negativa sobre la realización de la oportunidad; es precisamente este margen de incertidumbre jurídicamente relevante lo que la distingue de otras figuras jurídicas tales como el daño futuro y el lucro cesante.

⁵⁶ Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p. 2.

Conviene tener presente que si bien el concepto de pérdida de oportunidad entraña un elemento de improbabilidad, el cual no se indemniza. Precisamente, de lo que se pretende es de discernir las variables inciertas, para poder ser excluidas de la indemnización.

Al elemento de improbabilidad se le asigna una fracción porcentual que se excluye expresamente del *quantum debeatur*, (quantia de vida) para dejar, únicamente, la fracción correspondiente a los aspectos ciertos del daño. Dicho en otros términos, se descuenta el riesgo de no realización de la oportunidad. De esta forma, el concepto de pérdida de oportunidad no viene a contraponerse al principio de certeza, sino a confirmarlo.⁵⁷

Este elemento de la figura que nos ocupa, pretende dar certeza a la determinación de procedencia sobre lo que puede ser indemnizable al considerar porcentajes de realización, sobre el hecho concreto tomando sólo en consideración las probabilidades reales a las que la víctima aspiraba a

tener, diferenciándolas de aquellas que sólo eran remotas de realización, porque de otra manera estaríamos frente a una infinita posibilidad de casos en los que se afectaría directamente al infractor, colocándolo en una posición de víctima al imputarle todo número de responsabilidades que estarían fuera de su legítima comisión, permitiendo con este elemento constitutivo un acercamiento más real de reparación de la oportunidad frustrada.

2.2.4. Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal.

El tercer elemento de la figura de la pérdida de oportunidad, es la interrupción del curso normal de los acontecimientos por virtud de un hecho – activo u omisivo- atribuible al responsable, cuyo efecto es la erradicación o el debilitamiento de la oportunidad preexistente al hecho dañoso.

57 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p. 3.

La interferencia nociva se produce en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud. El hecho nocivo elimina o socava la oportunidad preexistente, pero no la probabilidad preexistente. Eliminada la oportunidad, el dilema aleatorio se eterniza, de tal suerte que ya nunca se podrá saber si aquella habría de materializarse, a falta del hecho dañoso. La historia queda siempre trunca, sin capítulo final.⁵⁸

En consecuencia, este elemento constitutivo es uno de los más representativos ya que contemplando el aspecto operativo señala la importancia de indemnizar la probabilidad del evento favorable; en otras palabras el hecho generador de la responsabilidad, en virtud de que dicho elemento elimina cualquier oportunidad previa, pero no la probabilidad de

realización, es decir, dicho evento impide determinar su realización, pero no su posibilidad.

2.2.5. Un resultado cierto.

A través de la acción u omisión atribuida al responsable, se constata un resultado cierto, también de naturaleza fáctica: La usualmente irreversible-desaparición o la patente reducción de la oportunidad preexistente. Si antes del hecho dañoso el damnificado contaba con un posicionamiento favorable, ahora posterior al hecho, resulta claro que tal condición, o ha desaparecido o ha disminuido significativamente. Por ejemplo, si antes de una campaña difamatoria la víctima gozaba de una trayectoria exitosa y ascendente, de tal forma que era posible predecir el acceso a puestos y niveles de ingreso superiores; ahora, luego de la diseminación de imputaciones estigmatizadoras, resulta ser que las puertas se han cerrado, que las oportunidades han decrecido sustancialmente, y que la víctima se ve repelida por el grupo profesional al que parecía destinado pertenecer.

58 *Idem.*

El resultado de la interferencia, es un hecho constatable empíricamente, por medio de elementos comunes de prueba. Para demostrar la pérdida de oportunidad, la víctima debe acreditar dos hechos, el primero de ellos se encuentra representado por las circunstancias que preexistían al evento dañoso, y el segundo son las circunstancias resultantes de la acción u omisión del responsable.⁵⁹

Para concluir el presente apartado relativo a los elementos de la pérdida de oportunidad podemos afirmar que éste último elemento se refiere a la desaparición, eliminación o disminución considerable de una oportunidad preexistente, la cual ya se encontraba en el patrimonio de la víctima, y que la

consecuencia debe ser constatable, será labor de quien la sufre acreditar por medios idóneos dicha eliminación de la oportunidad y para tal efecto éste deberá basarse en dos aspectos, el primero de ellos es que la oportunidad preexistía al evento interruptor y segundo demostrar los resultados consecuentes de tal evento.

2.3. Distinción entre la pérdida de oportunidad y otros conceptos.

En el presente tema se abordarán las diferentes figuras jurídicas que tienen similitud con el concepto de pérdida de oportunidad, con el objeto de distinguirlas de la que nos ocupa, y así evitar confusión al momento de aplicarla, ya que como se señaló en temas anteriores, dicha figura jurídica es muy similar al lucro cesante o al riesgo de daño futuro, entendiéndose éste último como un daño indemnizable esencialmente, sin esperar su materialización; pero a diferencia del lucro cesante que busca indemnizar las ganancias futuras dejadas de percibir a causa del evento dañoso, la pérdida de la oportunidad va más atrás, tratando de indemnizar la destrucción de la oportunidad misma, bajo la estructura de que ésta formaba ya parte del patrimonio.

Ello determina que, al momento de establecer la indemnización correspondiente, el órgano jurisdiccional no podrá evaluar los beneficios que se habrían obtenido de

59 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p. 4.

no haberse realizado el evento dañoso, sino que tendrá que asignar un valor a la oportunidad frustrada que tenía la víctima de haber percibido ganancias o evitado perjuicios. No obstante, los beneficios perdidos podrán servir al juez como referencia a efecto de asignar un monto indemnizatorio a la oportunidad perdida.

2.3.1 Distinción de la pérdida de oportunidad con el lucro cesante.

Desde el derecho romano se hacía una diferencia entre el “*damnum emergente*” es decir el daño emergente y el “*lucrum cesans*” que es el lucro cesante⁶⁰, siendo éste último la pérdida de la ganancia lícita que se tenía derecho de percibir, y que se pierde derivado del obrar ilícito de una persona, resulta importante hacer mención que el jurista Ernesto Gutiérrez y González señala que cuando estamos en presencia de un hecho ilícito no sólo hay un daño y un perjuicio, sino también pueden surgir los daños y perjuicios consecuenciales o residuales⁶¹, los cuales son *consecuencia directa e indirecta de no cubrir en cierto caso, los daños y perjuicios normales u originarios*⁶².

Pero como se puede observar la opinión vertida del jurista, no se refiere a la pérdida de oportunidad por lo que hay una diferencia substancial entre estas dos figuras jurídicas.

Comenzaremos por definir el lucro cesante como las utilidades que deja de percibir el acreedor como consecuencia de la inexecución de la obligación del deudor,⁶³ a primera vista la pérdida de oportunidad parecería ser una variante de lucro cesante, sin embargo las diferencias entre estos dos conceptos se encuentran bien definidas.

⁶⁰ Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, *op, cit.*, nota 4, p. 545.

⁶¹ Ibidem, p. 549.

⁶² Ibidem, p. 707.

⁶³ Osterling Parodi, Felipe, *La indemnización de daños y perjuicios*, Perú, octubre de 2002, [http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La indemnización de daños.pdf](http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La%20indemnizaci3n%20de%20da1os.pdf). [6-7-2017].

En efecto, mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el hecho dañoso, la pérdida de la *chance* va un poco más atrás, tratando de proteger

las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera de la víctima. El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. La pérdida de oportunidad, en cambio, indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios.⁶⁴

Este concepto indemnizatorio bajo análisis no configura un lucro cesante sino un daño emergente, el cual se define como la pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona como consecuencia de un acto u omisión ilícito, en este sentido, comentando el ejemplo del caballo que no pudo intervenir en la carrera por culpa del transportista, *la victoria es absolutamente incierta, pero la posibilidad de alcanzarla, que es lo que el acreedor ha tratado de asegurarse, ciertamente existe, tal vez en proporciones mínimas, en el momento en que se produce el hecho por efecto del que queda excluido, por lo que se está en presencia no ya de un daño por lucro cesante en razón del triunfo impedido de alcanzar, sino un daño emergente, a consecuencia de la actual posibilidad frustrada de lograr la victoria.*⁶⁵

De esta manera, se transforma el perjuicio del cual el resultado es incierto, en un perjuicio cierto, como un elemento ya del patrimonio. La oportunidad o la probabilidad (con efectiva posibilidad de conseguir un beneficio) se convierten en un bien patrimonial.

⁶⁴ Osterling Parodi, Felipe, “*Indemnizando la probabilidad: acerca de llamada pérdida de la oportunidad*”, Perú, octubre 2002, [http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando la probabilidad.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando_la_probabilidad.pdf). [6-7-2017].

⁶⁵ De Cupis, Adriano, *op. cit.*, nota 28, pp. 318 – 319.

Bajo este razonamiento, una diferencia fundamental entre estas dos instituciones radica en que no se puede exigir a la víctima que demuestre la certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no verificarse el hecho dañoso, y que tampoco es suficiente un interés inseguro o incierto.

En este sentido, el análisis de la pérdida de oportunidad deberá tener siempre en cuenta que se trata de una indemnización de ésta misma, que el juez deberá apreciar concretamente, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de ella. En otras palabras, el daño se refiere a la oportunidad actual y no a una ganancia futura que en este caso no llega a existir más que en el plano hipotético.⁶⁶

Ahora bien, la diferencia antes señalada no es inútil, pues el hecho de que la pérdida de la oportunidad indemnice la frustración de la probabilidad de obtener beneficios y no la pérdida de los beneficios mismos, determina que, al momento de cuantificar, el órgano jurisdiccional tenga que efectuar una reducción sustancial del monto indemnizatorio respecto de las ganancias que se habrían obtenido. Esto implica que si ante un lucro cesante las ganancias dejadas de obtener fueran como 100, en la pérdida de la oportunidad el monto indemnizatorio deberá ser inferior de acuerdo al criterio del juez.

En consecuencia, la diferencia entre lucro cesante y la pérdida de oportunidad no es solamente conceptual, sino que ella influirá necesariamente en la cuantificación del monto que el órgano jurisdiccional otorgue como indemnización.

Así mismo, se puede señalar que el lucro cesante indemniza no la pérdida de una manera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone priva el patrimonio de la víctima de la obtención de los beneficios a los cuales su titular tenía derecho al momento en que ocurre el evento dañoso.

En la pérdida de la oportunidad, en cambio el sujeto no tenía aún la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustra definitivamente.⁶⁷

⁶⁶ Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Argentina, De palma, 1967, p.71.

⁶⁷ Zannoni, Eduardo, *op. cit.*, nota 33, p. 48.

Por lo tanto, podemos resumir que la indemnización para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida, por eso, el acreedor tiene derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas, en este sentido las utilidades que deja de percibir el acreedor, con motivo de la inejecución, corresponden al lucro cesante, término que se distingue de la pérdida de la oportunidad ya que ésta indemniza únicamente la probabilidad altamente verificable de obtener los beneficios esperados.

2.3.2 Distinción con el costo de oportunidad.

El costo de oportunidad lo podemos entender como el costo de una inversión que no se realiza, es decir el concepto jurídico de pérdida de oportunidad puede coincidir con el concepto económico de costo de oportunidad, pero no necesariamente, citando un ejemplo, podemos suponer que un sujeto a invertido 100 unidades monetarias, en una negociación que luego se trunca debido a que la contraparte rompe el trato, el referido costo de oportunidad puede descomponerse en distintos daños indemnizables, que comprenden daños emergentes, lucro cesante y pérdida de oportunidad.⁶⁸

El daño emergente (comprendido como el empobrecimiento del patrimonio del acreedor)⁶⁹, estaría integrado por dos partidas las 100 unidades monetarias erogadas sin contrapartida útil y la fracción del capital

erosionada a consecuencia de la inflación y la depreciación monetaria, serían los rendimientos mínimos de crecimiento que un capital de 100 unidades monetarias

le hubiera podido deparar a su titular, v. gr., una inversión a plazo en un banco estatal, durante el plazo en cuestión. La pérdida de oportunidad serían las opciones negociables más lucrativas y menos conservadoras que la víctima dejó pasar o dejó de emprender por encontrarse atado a la negociación frustrada.

68 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p. 8.

69 Osterling Parodi, Felipe, *op. cit.*, nota 64, p.8.

En suma, sería razonable suponer que, por la no disposición de un capital de 100 unidades monetarias la víctima sufrió: 1. Un daño emergente equivalente a los costos generados. 2. Un daño emergente equivalente a los puntos porcentuales necesarios para restituir el valor original del capital (puntos de indexación). 3. Un lucro cesante equivalente a los puntos porcentuales que una inversión conservadora le hubiera generado al titular de haber tenido el capital en su poder y 4. Una pérdida de oportunidad de obtener rendimientos adicionales, en exceso del lucro cesante. Todos estos rubros encuadran dentro de la noción económica de costo de oportunidad.⁷⁰

2.3.3. Distinción con el riesgo de daño futuro

La creación de riesgo tiene dos roles claramente distinguibles en el universo conceptual de la responsabilidad civil. En un caso –el más común-, el riesgo creado funge como factor de atribución de responsabilidad, usualmente objetiva. En otro menos conocido y poco estudiado por la doctrina, la creación de un riesgo también llamado peligro de daño futuro, constituye una categoría de daño, indemnizable *per se*. En esta hipótesis, la creación del

riesgo es, en si misma, el daño indemnizable, y puede derivar de la culpa o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad.

La doctrina francesa⁷¹ recoge, entre otros, los siguientes ejemplos tomados de sus repertorios de jurisprudencia: El riesgo de muerte originado en la pérdida de un órgano, el riesgo de agravación de un incendio a causa de la instalación de reservas de combustible en zonas residenciales, el riesgo de confusión de la clientela en la competencia desleal, el riesgo de desprotección originado en la omisión de contratar seguros obligatorios, etc. todos estos riesgos actuales de daños futuros constituyen daños indemnizables en si. El riesgo actual de daño futuro puede ser considerado como un daño indemnizable *per se*; sin que sea

70 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p.10.

71 Véase Osterling Parodi, Felipe, *op. cit.*, nota 64, p. 2.

necesario, a los fines de su indemnización, esperar a ver si se materializa o no el riesgo. De la comparación entre el estado de cosas ante o posterior, se puede evidenciar la naturaleza cierta del riesgo de daño futuro, siempre que se trate de un riesgo serio, objetivamente aprehensible u susceptible de demostración. Así como en la pérdida de oportunidad no se indemnizan los sueños fantasiosos los “castillos en el aire de los MAZEAUD”, en el riesgo futuro no se han de indemnizar los malos presentimientos ni los presagios.

En la pérdida de la oportunidad, la víctima tiene, previo al evento dañoso, una oportunidad seria de acceder a un estado de cosas preferible o de evitar un perjuicio. Es entonces, a raíz del evento atribuido al responsable, que esa oportunidad pre-existente desaparece o decrece sustancialmente. Desde este punto de vista, la noción pérdida de la oportunidad viene a ser una especie de daño actual consumado, pues implica la desaparición de un bien que el actor ya tenía dentro de su esfera de derechos e intereses jurídicamente relevantes. Por lo general, al momento de la demanda de pérdida de oportunidad suele representarse como un hecho histórico. En la

creación de riesgo futuro el esquema se invierte: el efecto del hecho atribuido al demandado no es hacer desaparecer una oportunidad preexistente, sino hacer surgir el riesgo de un daño futuro.

Las figuras pérdida de oportunidad y el riesgo de daño futuro comparten denominadores comunes entre los que se pueden mencionar: 1. La existencia de un elemento cierto, con la diferencia de que en la pérdida de oportunidad el elemento cierto es la desaparición de una oportunidad preexistente, mientras que en el riesgo futuro es el surgimiento de un nuevo riesgo; y 2. La existencia de un elemento aleatorio que debe ser descontado de la indemnización. Si lo que indemniza es el riesgo actual de un evento desfavorable futuro e incierto, la indemnización debe descontar la probabilidad de que no llegue a materializarse el riesgo. Si lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad, se debe descontar la probabilidad referente a la circunstancia de que no hubiera llegado a realizarse la oportunidad. La diferencia radica en que en la figura de la pérdida de oportunidad el componente aleatorio se ubica cronológicamente en el estado de cosas anteriores; mientras que en la figura del riesgo de daño futuro el componente aleatorio se ubica temporalmente en el estado de cosas posteriores.⁷²

En conclusión, la distinción que se ha realizado viene a reforzar el contenido de la figura de la pérdida de oportunidad, toda vez que al emitir su resolución el juzgador deberá descartar las figuras jurídicas aludidas cuando en realidad nos encontremos frente a un caso de pérdida de oportunidad, situación que es bastante común por parte de los demandantes y sus abogados, ya que en nuestro sistema aún no contamos con la regulación prevista en nuestro Código Civil vigente, para así evitar la transgresión del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), y de esta manera poder otorgar la indemnización correspondiente evitando el perjuicio de cualquiera de las

partes involucradas, teniendo en cuenta que lo que el demandante solicita es la indemnización por el daño provocado, a lo cual el órgano jurisdiccional debe fijar un monto de acuerdo a lo aprobado por la ley utilizando su criterio discrecional.

Recordemos aquí que la indemnización que se otorga por responsabilidad civil, tiene la finalidad reparadora, es decir, volver las cosas al estado que existían antes del evento dañoso.

2.4 Su aplicación en el campo de la responsabilidad médica (una de sus principales aplicaciones).

En esta parte se analizará uno de los aspectos más recurridos de la figura en estudio, a efecto de establecer en que casos debe aplicarse dentro del ámbito de la medicina. Para ello, es importante analizar en primer término a la responsabilidad civil médica la cual se entiende como el deber que tiene el médico de reparar los daños y perjuicios ocasionados a su paciente derivado de sus

72 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, p.11

actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios realizados en el ejercicio de su profesión.⁷³

En términos de lo anteriormente dicho respecto a la figura de la pérdida de oportunidad considero que es un daño autónomo e indemnizable; de ahí que para su aplicación en materia de responsabilidad médica, sea indispensable entender que no es correcto utilizar esta figura como una excusa por parte del juez para indemnizar daños de manera subsidiaria, o perjuicios que no están en relación directa con la falla imputada, ni mucho menos para

conceder cuantías que sobrepasan la medida del daño realmente causado. En todo caso, con el fin de evitar caer en este tipo de aplicaciones erróneas de la figura, es necesario analizar la manera en que se presenta este tipo de daños en materia médica, los supuestos que deben ser considerados como eventos de pérdida de oportunidad, así como los eventos médicos más comunes que en la práctica médica dan origen a este tipo de daños indemnizables.

Como se expuso, la pérdida de la oportunidad está caracterizado por un resultado aleatorio esperado por la víctima, que no puede ser alcanzado como consecuencia de la conducta del profesional de la medicina, lo cual trae como consecuencia que el sujeto no pueda ver materializada la ventaja; para ser más específico, no pueda evitar que se materialice el perjuicio del cual se quería librar.

En materia médica se puede sostener que cuando un paciente manifiesta un curso causal que lo reduce a una posibilidad de mejoría y busca la atención de un profesional de la medicina, el resultado aleatorio esperado es sobrevivir y no morir, o curarse y no empeorar, de ahí que, si se llega a perder la posibilidad de evitar que se genere un perjuicio de manera definitiva, el daño estará representado en el hecho de haber perdido esa oportunidad, y no en haber llegado a la situación que se quería evitar y que, finalmente se produjo.

⁷³ Montoya Pérez, María del Carmen, *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil*, Facultad de Derecho-UNAM, libro electrónico, México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, <http://biblio.juridicas.unam.mx./libros/8/38351/13.pdf> p. 206, [09-07-2017]

Considerando el doble escenario que Luís Felipe Giraldo⁷⁴ propone respecto a “el lado positivo” y “el lado negativo” de la pérdida de oportunidad, los cuales pueden ser identificados según la esperanza que se ha perdido, es

decir, donde hay un sujeto que tiene la esperanza de obtener una ganancia, escenario que denomina “positivo”, pero de igual manera, es posible que dicha esperanza de ese sujeto no esté puesta en la posibilidad de obtener un provecho, sino en la expectativa de evitar sufrir una pérdida o un perjuicio, escenario que denomina “negativo”.

Aclarados estos conceptos en los que se presentan estos dos escenarios es de suma importancia al analizar el presente tema de la responsabilidad médica profesional, tomando en consideración la falta de reconocimiento de dicha distinción ha llevado a algunos autores a desconocer la posibilidad de que se genere, en materia de responsabilidad médica, una pérdida de oportunidad de sobrevivir o de sanarse.⁷⁵

En este sentido, en materia de responsabilidad civil médica se debe poner atención al “lado negativo” de nuestra figura en estudio, en virtud de que la oportunidad que el sujeto tiene, en dichos casos, se ubica en un escenario en el que la víctima o paciente en este supuesto se encuentra inmerso en un proceso que en sí mismo lo puede conducir a un perjuicio, que desencadenaría en una lesión o la muerte misma, y su esperanza se encuentra puesta en la interrupción del curso causal que precisamente lo lleve a ese perjuicio, para que no se materialice, de tal forma que si dicho proceso no es frenado a tiempo por la persona responsable de evitarlo (el personal o médico encargado de atenderlo), y dicho resultado perjudicial se produce, la víctima habrá perdido las oportunidades que tenía de evadir ese desenlace, en base a esto Francois Chabas, es decir, en

⁷⁴ Giraldo Gómez, Luís, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*, 1ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, p p.173-175.

75 Navia Arroyo, Felipe, *Consentimiento informado y responsabilidad civil médica*, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, núm. 11, p.167.

relación con la pérdida de la oportunidad en materia de responsabilidad civil médica expresa que:

*... parece ya aceptado que para que se aplique la teoría de la pérdida de oportunidad, son necesarias dos condiciones: que el paciente esté ya en una situación de "simple supervivencia" cuando la culpa se produjo; y que la culpa impida definitivamente que ese proceso sea detenido; que transforme la incertidumbre en certeza...*⁷⁶

El servicio médico debe prestarse con diligencia, con el apoyo de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, etc., entre otras razones, porque la dignidad de la persona humana exige que al paciente se le proporcione con digna atención.

Aunque es de reconocerse el hecho de que no siempre que el paciente se encuentre enfermo estará reducido a una simple oportunidad de mejora, lo cierto es que la enfermedad es la que genera el curso causal que reduce al paciente en algunas ocasiones a una situación donde sólo tiene oportunidades, aspecto que es necesario determinar para que se pueda hablar de un caso de pérdida de oportunidad.

Por lo tanto, en materia de responsabilidad civil médica, la pérdida de oportunidad se presenta cuando el proceso causal ya iniciado, que por si puede conducir al paciente a sufrir una lesión o la muerte, no es detenido a tiempo por el profesional médico por quien es atendido el paciente, y estando obligado a hacerlo, teniendo la posibilidad de procurar revertir esta situación; provocando con esta falta de acción o negligencia en su cuidado la pérdida de la esperanza u oportunidad que tenía el paciente, de que el curso causal iniciado, que lo había reducido a una simple oportunidad, se interrumpiera a tiempo para evitar sufrir el perjudicial desenlace.

76 Chabas, Francois, *La Pérdida de la oportunidad("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil, Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, Colombia, núm.8, 2000, p. 69.

Una vez que conocemos la forma en la que se presenta la figura jurídica en comento en materia de responsabilidad médica, procederemos a estudiar los supuestos que se deben considerar como eventos de pérdida de oportunidad, los cuales están representados para la víctima en la pérdida de la posibilidad de sobrevivir, si se verifica finalmente su muerte, o en la pérdida de posibilidad de curarse o de no empeorar, cuando el paciente sufre una lesión o empeoramiento del estado en que se encontraba.

Analicemos ahora dos de los supuestos a los que nos referimos, el primero de ellos es:

➤ Pérdida de la oportunidad de sobrevivir;

Frente a este tipo de eventos, se reitera que el paciente está sumido en un proceso que puede ser natural, originado por una enfermedad, o producido por la acción de un tercero, como en el caso de una herida de arma de fuego, o producida por un accidente de tránsito, en el que la vida y la funcionalidad de su cuerpo están comprometidas, reduciéndose así a simple expectativa, y su esperanza está puesta en que dicho proceso sea interrumpido a tiempo, para que dicho perjuicio el cuál se desea evitar sea eliminado. Dicho lo anterior, cuando el proceso no es detenido a tiempo por el sujeto directo responsable y el resultado no deseado, que en este caso es la muerte, la víctima lo que realmente ha perdido es la oportunidad de sobrevivir, pues su vida ya estaba comprometida por causas no imputables al profesional de la medicina que lo recibe en estas condiciones reduciendo al paciente a una oportunidad de sobrevivir; por esta razón.

Esta distinción sobre lo perdido por el paciente ha sido citada por Francois Chabas: *...lo que ha hecho perder el médico no es la vida, o la no invalidez. La vida o la no-invalidez estaban ya comprometidas por causas naturales preexistentes. Lo que el médico ha hecho perder son las posibilidades de sobrevivir o de no quedar inválido.*⁷⁷

⁷⁷ *Ibidem*, p. 67.

De esta manera este tipo de eventos de pérdida de oportunidad se materializan cuando el paciente, que sólo cuenta con una esperanza de sobrevivir, ve frustrada dicha posibilidad que tenía de sobrevivir al evento que lo aquejaba, cuya aparición no puede ser imputada al profesional médico, sino que proviene de la misma situación clínico-patológica que ya padecía, la cual continua un curso lógico y desafortunado, o de una agresión ocasionada por un tercero, que lo somete a un curso que no es interrumpido a tiempo por falta de acción o actuación equivocada del profesional médico, teniendo éste último el deber y los medios para hacerlo, permitiendo que el curso causal negativo se materialice, de tal forma que las posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir y revertir sus efectos, se pierden ante esa situación provocada.

Como podemos apreciar el paciente se encontraba en un estado de simple esperanza de sobrevivir de tal manera que la falla estuvo en no haber interrumpido el curso causal que comprometía su vida y la salud del paciente, situación que por si misma podía causarle la muerte, pero independientemente de esa situación, ajeno a la conducta del profesional médico, se ubica un daño que sí le es imputable y que se produjo con ocasión de la falta de interrupción de ese curso causal, lo cual degeneró en su muerte, privándolo obviamente de toda posibilidad de sobrevivir.

Dicho lo anterior se cumple, entonces en el ejemplo analizado los requisitos exigidos por la doctrina para poder determinar un caso de pérdida de

oportunidad, creándose la imputación correspondiente al profesional médico con su correspondiente obligación de indemnizar a sus derechohabientes.

➤ Pérdida de la oportunidad de curarse o de no empeorar;

Esta situación se presenta cuando lo que se frustra es la posibilidad de recuperar la salud por parte del paciente, o de no empeorar su estado, lo cual se provoca como consecuencia de la no interrupción del curso causal de la enfermedad o situación adversa ya iniciada, que deviene como causa definitiva al presentarse algún tipo de lesión o evento irreversible. Recordemos que nos encontramos en el concepto negativo de nuestra figura en estudio, toda vez que el sujeto que solicita la atención médica ya trae consigo un proceso degenerativo que por si mismo puede agravar su condición, dicho de otra manera se encuentra reducido a una simple oportunidad de sobrevivir, pero situación en la cual el profesional médico cuenta con todos los medios posibles y válidos para revertir ese evento, se concluye entonces que existe una posibilidad, de tal manera que, si quien puede y debe actuar no lo hace dentro de sus capacidades, causa un daño al paciente, provocándole un daño representado por la pérdida de oportunidad de obtener una curación o de evitar sufrir una lesión, por lo tanto quien sea considerado como responsable de dicha afectación estará obligado a indemnizar a la víctima.

De esta manera también podemos decir que el daño, en este tipo de eventos, puede representarse como pérdida de oportunidad de no empeorar.

Dicha eventualidad puede presentarse en los casos de enfermedades que no tienen una solución definitiva⁷⁸, o en aquellos supuestos que por la evolución de su patología no tratada de manera adecuada su curación resulta imposible.

Si en dichas hipótesis existen procedimientos que permitan evitar tal condición y que ésta se agrave cada vez más y consecuentemente, por la falta de acción por parte del profesional de la medicina, el paciente pierde la oportunidad de sanar, ésta pérdida constituirá un daño que deberá ser indemnizado. De manera reiterada insistimos en que en situaciones como las comentadas el evento dañino del tercero no proviene de una actuación que influye en el curso normal de los acontecimientos de manera activa. Todo lo contrario, se trata de acontecimientos en los que el proceso causal que puede generar una situación desfavorable, ya se encuentra iniciado y dicho paciente tiene la posibilidad de evitar un resultado adverso, y esta condición

78 Lorenzetti, Ricardo Luís, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. II, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 46.

depende de la interrupción por parte del profesional de la medicina, responsable del cuidado del paciente, no actúa, estando dentro de sus posibilidades hacerlo. De esta manera se priva a la víctima de las posibilidades que tenía y la situación adversa se materializa.

En este sentido, se habla de una verdadera pérdida de oportunidad para el paciente cuando existe la posibilidad de evitar un daño, representado en este caso en una lesión, y a pesar de no conocer con certeza si podía evitarse, la falta de actuación del tercero provocó que la oportunidad se perdiera por completo, al materializarse ese perjuicio del cuál existía la posibilidad de evitarlo.

Así mismo, en términos de responsabilidad civil médica la pérdida de oportunidad debe ser analizada desde la perspectiva del lado negativo de la figura, reconociendo que el paciente, no está inmerso en un proceso para obtener una ganancia, sino contrariamente se encuentra en un proceso

causal que le puede ocasionar un perjuicio, pero con posibilidades de que esto no suceda, y ello depende de la interrupción del evento por parte del profesional médico quien está encargado de su atención.⁷⁹

2.4.1 Eventos médicos típicos que originan la responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad:

Estos eventos en opinión de Luís Felipe Giraldo Gómez⁸⁰, son aquellos en los que la falla del profesional médico proviene de “...*un error de diagnóstico, de una falta de atención o de una atención inoportuna...*”, y que en la práctica médica, pueden derivar en situaciones en las que el curso causal del proceso ya iniciado por el paciente al no ser interrumpidos a tiempo originan una lesión o muerte, y de las cuales existía la oportunidad de ser evitadas.

En base a lo anterior, en los eventos en los que se presenta un error de diagnóstico, o la negativa de atención o prestación de servicios de manera tardía,

79 Giraldo Gómez, Luís Felipe, *op.*, *cit.*, nota 74, p.190.

80 Ibidem, p. 191.

respecto de un paciente que tiene reducida su expectativa de vida o curación, se plantea imputar el resultado final a la conducta exclusiva del profesional médico responsable de la atención de dicho paciente; es decir, que la lesión o muerte ocurrida en estricto sentido, no provienen de esas faltas, toda vez que debe asumirse que el paciente ya tenía su vida o su salud comprometida a consecuencia de la enfermedad que padecía y que por sí misma, ya se encontraba reducido a una simple expectativa.

De esta manera, debe reconocerse que en tales casos existe la posibilidad de imputar un daño diferente de la muerte o la lesión al profesional que no actuó a tiempo o lo hizo de manera irresponsable, en este caso ¿cuál sería la

pérdida de oportunidad que debería imputarse a dichos actos?, tomando en cuenta que ya existía un proceso iniciado y que por sí mismo, podía degenerar en una lesión o en la muerte, pero al no detenerse dicho proceso a tiempo se priva al paciente de la posibilidad de evitar dicho desenlace.

En la práctica esta situación se presenta al no interrumpirse a tiempo el proceso causal, que conduce a la pérdida de la oportunidad del paciente que finalmente se presenta, y esto ocurre cuando existe error de diagnóstico y falta de atención o atención inoportuna.

Ubicándonos en una situación donde un paciente es atendido oportunamente, al cual se le realiza un diagnóstico que requiere de la práctica de un procedimiento para revertir los efectos de su padecimiento, y al momento de llevarlo a cabo, se produce una lesión o el sujeto fallece, no se puede considerar en este caso que dicho paciente perdió una oportunidad de evitar sufrir un perjuicio, en virtud de que como se expuso, el proceso causal en curso, por sí mismo, podía producir la complicación que le provocó la muerte, y en ese supuesto esa oportunidad se le hizo efectiva al momento de ser atendido en debida forma, independientemente del resultado que finalmente se haya presentado.

En esa situación el resultado final no fue el esperado, pero la oportunidad que tenía el paciente fue satisfecha, de ahí que para resolver dicho caso existen dos posibilidades: el paciente acredita negligencia en su atención, por no contemplarse el protocolo requerido para su tratamiento y esto en definitiva le causa la lesión; o en caso contrario el profesional médico en su defensa acredita que dicha situación adversa no debe ser atribuida a su desempeño, sino al riesgo que implica el tratamiento médico al que se sujetó el paciente, por lo que no debe indemnizar, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta, y su responsabilidad esta dirigida a emplear los medios a su alcance, pero no a conseguir un resultado determinado.

Así entonces, si analizamos la práctica de la cirugía plástica, tampoco podríamos hablar de un daño por pérdida de oportunidad, cuando el resultado esperado por el paciente finalmente no se presenta. En efecto, no podemos ubicarnos del lado positivo de la figura en estudio (ya mencionada), en virtud de que no se encontraba iniciado un proceso causal que pudiera, por sí sólo, llevar al paciente a obtener un beneficio, que en este caso se ve representado por embellecer su figura, pero tampoco en el lado negativo de la figura, que implica una situación que no se presenta en este evento, es decir la existencia de un curso causal que puede degenerar en un perjuicio para el paciente.

En ambos casos, a pesar de que el beneficio esperado por el paciente depende también de un factor llamado azar, no puede hablarse en estricto sentido de un evento que implique pérdida de oportunidad, de tal forma que, si el resultado esperado finalmente no se produce, el paciente sólo podrá aspirar a ser indemnizado si acredita que al profesional médico le es imputable otra responsabilidad, derivada de la lesión o la muerte, pero no una pérdida de oportunidad.

Por otro lado, cuando el paciente es atendido, la oportunidad que tenía de evitar un daño en su salud a consecuencia de la situación que lo aquejaba es respetada, pero si en el curso de su terapia de recuperación se genera una situación adversa, el derecho del paciente a ser indemnizado sólo surgirá, si acredita que fue precisamente el desempeño del profesional médico, lo que provocó la lesión o el deceso, y esto constituye el daño del cual se deriva la responsabilidad que se debe indemnizar.

Cabe advertir que para ningún procedimiento quirúrgico, o manejo sistémico se pueden otorgar garantías de la obtención de un resultado específico, en virtud de que los profesionales médicos manejan enfermos y no enfermedades y la respuesta es particular en cada caso. Por ello, no podemos perder de vista que estamos en presencia de una actividad en desarrollo de la cual siempre existe la posibilidad de no conseguir el

resultado esperado, ya que es imposible en estos casos asegurar un resultado determinado.⁸¹

A continuación analizaremos los eventos ya mencionados y más comunes en donde se puede presentar la pérdida de oportunidad para el paciente, como daño resarcible; es decir, los errores de diagnóstico, falta de atención médica o atención médica inoportuna.

2.4.2 Error de diagnóstico.

Para poder abordar el tema de diagnóstico médico, considerado como uno de los eventos en donde se puede presentar la pérdida de oportunidad para un paciente, procederé a transcribir su definición “.....se *define error diagnóstico como aquel*

diagnóstico que no se realiza en el momento adecuado, es ignorado o es

*incorrecto. En los últimos años se discute, también, la necesidad de incluir el sobre diagnóstico el cual consiste en aquella situación producida cuando personas sin síntomas son diagnosticadas de enfermedades que no les causarán daño o muerte prematura”.*⁸² El diagnóstico es, por otra parte, de fundamental importancia, ya que habrá de servir de sustento al pronóstico y al tratamiento a

⁸¹ Trigo Represas, Félix A., *Reparación de daños por mala praxis médica*, Argentina, Editorial Hammurabi, 1995, p. 99.

⁸² Welch G, Schwartz L, Woloshin S., “El error diagnóstico en atención primaria”, *Atención primaria, revista de investigación médica*, España, núm. 49, diciembre 2016, trad. Sergio Minué-Lorenzo, p. 4, www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-el-error-diagnostico-atencion-primaria-S02126567163596 [11-07-2017]

que se habrá de someter al enfermo, que a su vez se define como la suma de los medios a emplearse para la conservación, el mejoramiento de la salud o, a veces, sólo para alivio del dolor.

Como se puede advertir el diagnóstico es uno de los elementos de mayor relevancia dentro de la práctica médica, que debe considerar varios aspectos necesarios para poder conseguir su objetivo, entre los cuales figuran los datos obtenidos directamente del paciente, como son los datos referentes a los antecedentes personales, familiares, patológicos, quirúrgicos, traumáticos, toxicológicos, alérgicos, etc. La revisión sistémica y física de manera exhaustiva que debe realizar el profesional médico.

Con estos datos obtenidos por éste último, se estará en condiciones de emitir un diagnóstico preliminar, una hipótesis a partir de la cual el profesional podrá definir su actuación que en algunos casos podrá acompañar de la solicitud de exámenes clínicos para reforzar su hallazgo, y de esta manera prescribir el tratamiento que se debe seguir. Por esta razón, es que se ha considerado al diagnóstico como un proceso que requiere ser verificado en todo momento, pues puede variar conforme lo hace la ciencia médica, por lo cual su juzgamiento, en el ámbito jurídico, puede hacerse fundado en documentos del pasado o del futuro.⁸³ Será necesario atender al caso concreto para determinar cuales eran las posibilidades científicas y los recursos con que contaba el profesional al momento de emitir su diagnóstico, para establecer de esta manera si esas herramientas fueron o no utilizadas en debida forma.

En base a lo anterior, podemos considerar que el error, por sí mismo, no puede generar responsabilidad; se hace necesario demostrar que éste proviene de una conducta inexcusable, que se origina en una conducta culposa violatoria de la *lex artis* (*implica tener en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del*

83 Vázquez Ferreira, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1993, p. 92.

*acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente).*⁸⁴

Podemos concluir diciendo que el error en el diagnóstico, cuando proviene de una falta en la conducta, y no de un juicio erróneo, por no haberse agotado todos los medios con los que se contaba para encontrar el diagnóstico correcto y prescribir el tratamiento adecuado, sí constituye un acto al cual se puede imputar responsabilidad por pérdida de oportunidad de sobrevivir o de cura, derivado de esa falta, la cual ha privado al paciente de dicha oportunidad de evitar ese perjuicio.

A este respecto podemos señalar que en los casos de error por diagnóstico sólo pueden ser determinados como pérdida de oportunidad cuando derivan de los denominados como *falso negativo*, esto es, cuando no se detecta y por tanto no se informa a tiempo al paciente del padecimiento de una enfermedad, trayendo como consecuencia que no se interrumpa el proceso causal ya iniciado, traduciéndose en un desenlace perjudicial para el paciente.

Caso contrario, en los que existe un error de diagnóstico denominado *falso positivo*, el cual se presenta cuando se le informa erróneamente al paciente de la presencia de una enfermedad, la cual no padece, prescribiéndole un tratamiento que le provoca una lesión o el deceso, en este caso no se considera que se trata de un caso de pérdida de oportunidad, en virtud de que el paciente tenía el derecho a no recibir dicho tratamiento, por tal motivo lo que procede es una indemnización por el daño ocasionado.

84 Seuba, Joan Carles, *Falsos positivos, la responsabilidad civil derivada del diagnóstico*, *Revista de derecho*, E.U.A., octubre 2008, http://www.indret.com/pdf/091_es.pdf [11-07-2017]

2.4.3 Falta de atención o atención inoportuna.

También pueden considerarse como eventos que generan para un paciente la pérdida de oportunidad, aquellos derivados de la falta de atención o atención inoportuna, en virtud de que privan al paciente de la posibilidad de sobrevivir o de cura, al no interrumpir el curso de un padecimiento ya iniciado.

Cabe señalar que la medicina por ser la ciencia encargada de proteger la vida y la salud, la cual adquiere connotación humanística, y que obliga a los profesionales médicos a proteger los intereses más importantes del ser humano, por lo tanto, la labor del médico debe ir encaminada a la protección y respeto de este bien mayor en todo momento y por encima de cualquier otro. En consecuencia, no es admisible que los profesionales médicos se nieguen a prestar el servicio de salud a una persona que por su situación lo requiere, y, menos en un estado de urgencia que compromete la integridad física de la persona que lo requiere. No obstante debemos reconocer que habrá situaciones en las que a pesar de presentarse una atención inoportuna, no en todos los casos habrá pérdida de la oportunidad, es decir, esta falta de atención por sí misma puede ser la causa de la muerte o la lesión del paciente, y deberá indemnizarse si se acredita este hecho y no la pérdida de la oportunidad en ese supuesto.⁸⁵

Por lo tanto, podemos afirmar que sólo en los casos en los que el paciente trae un proceso ya iniciado, como se ha indicado, en párrafos anteriores, y que lo reduce a meras expectativas de evitar sufrir un perjuicio en su salud, negándosele la atención o al prolongar la espera de ésta, puede surgir un daño de pérdida de oportunidad, cuando se priva al paciente de posibilidades de evitar la materialización de esa situación adversa, lo cual genera a consecuencia de dichas conductas, la obligación del profesional médico a indemnizar esas oportunidades que han sido frustradas.

85 Giraldo Gómez, Luís Felipe, *op. cit.*, nota 74, p.215.

De lo anterior se concluye, como primer medida, que para generar algún tipo de indemnización por un evento de pérdida de la oportunidad, debe probarse que efectivamente, existían probabilidades de obtener un beneficio o evitar la pérdida de alguno, y que a causa de la conducta de los profesionales médicos ha sido frustrada la oportunidad en cuestión, en otras palabras, la existencia de una relación causal entre la conducta del médico que había adquirido la obligación de atender al paciente y la pérdida de la oportunidad en discusión.

Ahora bien, en relación con la teoría de la responsabilidad médica, es menester hacer mención a lo que debe entenderse como iatrogenia, a ese respecto es de indicar que la literatura especializada expone que el término iatrogenia no se encuentra registrado como tal en los diccionarios, sin embargo, el término iatrogénico sí lo contiene el diccionario de la lengua Española, en donde se indica que deriva del griego *iatpós*, médico, geno e ico, lo ubica como adjetivo dentro de la rama de la medicina y lo define como *toda alteración del estado del paciente producida por el médico*.⁸⁶ El término iatrogenia debe entenderse en *stricto sensu* como: no únicamente los efectos positivos o benéficos originados por el médico en el paciente, sino también los efectos negativos o nocivos. Así mismo, en *latu sensu* iatrogenia

sería todo lo producido por el médico en el enfermo, en sus familiares y/o en la sociedad. Por lo tanto, el término iatrogenia se relaciona estrechamente con el término mala práctica, la cual se refiere a los aspectos negativos producidos por los médicos, es decir, a los actos precisamente iatropatogénicos, término éste que bien puede asimilarse al derecho sanitario mexicano, pues si bien nuestro régimen guarda mayor semejanza con los sistemas europeos (español, francés e italiano), existen instituciones como ésta que no resultan desdeñables.⁸⁷

⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española, España, agosto 2014, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>. [11-07-2017]

⁸⁷ Casa Madrid Mata, Octavio R., *La atención médica y el derecho sanitario*, México, JGH Editores, Ciencia y Cultura Latinoamericana S.A. de C.V., 1999, pp. 12-13.

En relación a este concepto se ofrece una clasificación de las iatrogenias, dentro del cual se establecen tres grandes grupos: por su origen, por área médica, por su resultado.

De acuerdo con esta clasificación, las iatrogenias negativas de tipo clínico se subdividen en necesarias e innecesarias, de las cuales las necesarias se refieren al daño que las acciones médicas (por comisión u omisión) causan al enfermo, pero que se realizan con pleno conocimiento de sus riesgos y posibles efectos, porque dentro del tratamiento no hay nada mejor que ofrecer. Un ejemplo de este tipo de iatrogenias son los tratamientos contra el cáncer que a pesar de los efectos secundarios que en ocasiones origina se aplica con plena conciencia de que es mayor el beneficio que el riesgo.

La iatrogenia innecesaria se refiere al daño que las acciones médicas causan al enfermo por la ignorancia éticamente inadmisibles del profesional de la salud, es atribuible a la impericia del médico por carecer de los

conocimientos básicos indispensables que se deben tener obligatoriamente en la profesión.

Un ejemplo de este tipo de iatrogenia innecesaria también llamada inconsciente o por ignorancia es cuando se realiza un procedimiento o tratamiento en el paciente por un diagnóstico mal elaborado o se amputa una extremidad por un diagnóstico radiológico no comprobado o se opta por un procedimiento ineficaz y obsoleto.⁸⁸

En este caso la iatrogenia innecesaria o por ignorancia es atribuible al médico por no tener la capacitación y actualización adecuadas, y bajo esta circunstancia suelen presentarse la impericia y la imprudencia conjuntas en su actuación. Así mismo, dentro de este tipo de iatrogenia se incluye a la iatrogenia criminal, sólo que para calificar una iatrogenia como tal, deberá identificarse con precisión si la iatrogenia fue ocasionada por la ignorancia o impericia del profesional de la salud o éste conscientemente opta por un tratamiento inútil con un afán de lucro o incluso criminal, lo que lo coloca ante un escenario carente de ética y humanidad y por lo tanto, completamente sancionable por las leyes penales por atentar contra

88 Carrillo García, Sonia Angélica, *Responsabilidad en el ejercicio de la medicina*, México, OGS editores, 2002, p. 36.

la vida y la salud, bienes jurídicos tutelados y categorizados como de la más alta

jerarquía dentro de los derechos humanos, de esta manera podemos decir que la responsabilidad en el área médica obedece a situaciones de acción, omisión, descuido, olvido, inadvertencias, distracciones, imprevisiones, morosidad, apatía, precipitación, imprudencia, etc.⁸⁹

Por lo tanto, se señala que: *cuando el galeno en el ejercicio de su actividad profesional cause un resultado negativo en la salud de algún paciente, o como se conoce en el lenguaje médico, provoque una iatropatogenia, en ese*

*momento surge la obligación de responder civil, administrativamente y/o penalmente por el daño producido.*⁹⁰

En relación a lo expuesto en esta última parte, analizaremos las siguientes tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de responsabilidad profesional médica, mala práctica, negligencia médica, con una breve explicación personal.

NEGLIGENCIA COMETIDA POR PERSONAL QUE LABORA EN LAS INSTITUCIONES PUBLICAS DE SALUD. LA VÍA ADMINISTRATIVA ES LA IDÓNEA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS DERIVADOS DE AQUELLA.

Existen diversas alternativas para reclamar los daños causados derivados de actos de negligencia médica; de ahí que la idoneidad de la vía procesal dependerá del carácter del demandado y del tipo de responsabilidad que se pretenda demandar. El procedimiento de responsabilidad administrativa de los servidores públicos tiene por objeto sancionar al médico de alguna entidad pública que haya violado los

89 *Idem.*

90 Sánchez Cordero, Olga María, “*La responsabilidad profesional de los prestadores de servicios médicos*”, *Marco Jurídico de la Facultad de la UANL*, México, Número 11, abril-junio de 2001.

principios de derecho disciplinario; por lo tanto, mediante esta vía no se puede obtener ninguna indemnización por el daño causado en caso de negligencia médica. El proceso penal

tiene por objeto imponer penas al personal médico que actúe delictuosamente. En cuanto al proceso civil, éste tiene por objeto que el médico en lo particular y/o una sociedad privada que preste servicios médicos indemnicen a la víctima del daño. No obstante, por esta vía no es posible pedir que la entidad pública o dependencia pública federal repare el daño. De esta manera como podemos observar, la vía administrativa es la única mediante la cual se puede demandar directamente al Estado la reparación del daño por dicha actuación irregular.⁹¹

En consecuencia, conforme a dicha tesis, cuando exista negligencia médica por personas que laboren en las instituciones públicas de salud, la vía para reclamar la indemnización correspondiente es la administrativa de acuerdo con la Ley de responsabilidad administrativa de los servidores públicos; en cambio si el médico trabaja en una institución privada la acción para lograr la indemnización se debe ejercitar contra ambos en la vía ordinaria civil ante el juez correspondiente y aplicando la normatividad sustantiva civil vigente en la Ciudad de México; independiente de la acción penal respectiva.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS DE RESULTADOS.

El daño puede ser patrimonial o moral, aunque ambas clases pueden concurrir al producirse por un mismo evento, por ejemplo, en caso de lesiones físicas, y su acreditación requiere,

91 1ª. CLXXIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, p. 808.

tratándose de responsabilidad civil médica, la comprobación de que se produjeron las lesiones y fue el comportamiento lesivo del profesional de la medicina el causante de la vulneración a la integridad física, es decir, la existencia de un nexo causal entre una y otro. Se aplica así la regla general que rige en la materia, enunciada por la doctrina y la primera parte del artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, de cuyo texto se advierte el comportamiento, al referirse al obrar ilícito, el daño y la relación de causalidad, al apuntar al responsable del daño y a la conducta de éste como causante de esa afección. Si no se reúnen estos tres elementos, en modo alguno podrá prosperar la pretensión de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, por daño proveniente del ejercicio de la actividad médica. La demostración de esos elementos no escapa a las reglas probatorias generales, previstas en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De esa manera, el actor que afirma que se generó el daño por el médico, debe acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas. Sin embargo. Las particularidades del ejercicio de la medicina y de la responsabilidad civil derivada de ello exigen precisiones en materia probatoria. Por regla general, la obligación del profesional de la medicina es de medios, y no de resultados. La primera clase de obligaciones supone que el profesionista no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una

conducta diligente, cuya apreciación está en función de la denominada *lex artis ad hoc*, entendida como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, según informa la doctrina. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico, son las que habrán de probarse.

Distinto sucede cuando la obligación es de resultado, que en el caso de la medicina puede presentarse, entre otros casos, en el ejercicio de la odontología, supuesto en el que el paciente actor debe acreditar solamente que ese resultado no se obtuvo.⁹²

La tesis jurisprudencial, que antecede nos permite observar que ubicados en una situación de atención médica, al sufrir daño derivado de la negligencia y falta de diligencia del profesional médico, existe el recurso de ejercicio de la acción civil por parte de la víctima, y ésta deberá acreditar la afectación y la culpa del profesional, en términos del artículo 1910 del Código Civil de la Ciudad de México en cuyos párrafos se prevé este comportamiento, haciendo referencia al obrar

ilícito, el daño y la relación de causalidad, elementos que se deberán reunir de forma indispensable, para así poder hacer procedente su pretensión; aclarándose que por regla general, la obligación del profesional médico es de medios, más no de resultados, por lo que se debe entender que el proceder

de dicho profesionalista de la salud, no lo obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente.

Por lo tanto, podemos decir que el daño puede ser patrimonial o moral, aunque ambas clases pueden concurrir al producirse por un mismo evento proveniente del ejercicio de la actividad médica, de esta manera, el actor deberá acreditar la afectación y la culpa, además del nexo causal entre ambas.

92 1.4º.C.329 C (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IV, enero de 2012, p. 4605.

Respecto a las obligaciones de resultado podemos decir que requieren necesariamente la obtención del resultado que se pretende obtener, para ser considerado satisfecho el interés del acreedor, sin que de esta manera se

considere exonerado de responsabilidad, al no lograrlo, probando que actuó con toda la diligencia; es decir, que no puede exonerarse de responsabilidad probando su ausencia de culpa.

Dicho en otras palabras, la obligación de resultado *sólo puede considerarse cumplida cuando se realice el resultado previsto y está incumplida si la actividad del obligado, aunque sea diligente no lo logra.*⁹³

Luego entonces, podemos mencionar los principales aspectos de la figura jurídica denominada pérdida de la oportunidad, siendo éste el tema central del presente trabajo, comenzando por definir dicha figura de la cual podemos decir que la doctrina nos aporta algunos conceptos en diferentes sentidos, entre ellos algunos conceptos adoptan la posición en la que consideran que la expresión “pérdida de oportunidad”, comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obteniendo una ganancia o beneficio o evitando una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de

un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial; de esta manera podemos señalar que los “elementos de la pérdida de oportunidad”, son los siguientes:

- *Relación de causalidad; de la cual se dijo que partiendo de criterios que permiten restringir en alguna medida su ámbito de aplicación, esta doctrina se debería aplicar en los supuestos de incertidumbre causal estricta; es decir en supuestos que quede acreditada una probabilidad causal sería no desdeñable;*

93 López Fernández, Carlos, Obligaciones de medios y resultados, Revista de la Facultad de Derecho, Uruguay, núm. 18, julio-diciembre 2000, <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18>. [15-06-2017].

evidentemente sin alcanzar el nivel máximo que permite tener por cierto el hecho causal, pero superando un nivel mínimo de certidumbre. Sin embargo, esto en la práctica no siempre es así, la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la pérdida de la oportunidad y en este sentido el primer problema al que nos enfrentamos al aplicar esta doctrina es la ausencia de límites, de umbrales mínimos de certeza que admitan su aplicación.

- *Un aspecto cierto; el segundo elemento de la presente figura en estudio se refiere a un componente fáctico, es decir la existencia objetiva, con anterioridad al hecho dañoso de una oportunidad real y sería de evitar una*

pérdida o de obtener un beneficio; en otras palabras la oportunidad jurídica relevante no puede tener como base meras conjeturas o especulaciones, sino que ha de cimentarse sobre circunstancias concretas anteriores al evento dañoso, a partir de las cuales se pueda anticipar el mantenimiento o el desarrollo de un curso de acontecimientos favorables al sujeto afectado.

- *Un aspecto incierto; a su vez esta figura jurídica posee un elemento aleatorio, es decir el riesgo de no realización de la oportunidad, enfocándonos al status quo (situación de algo en un cierto momento) anterior al evento dañoso, se puede apreciar a la víctima emplazada en una situación propensa a un desenvolvimiento favorable; pero también debemos considerar circunstancias objetivas que podrían influir de manera negativa en el desarrollo de la oportunidad, precisamente esta incertidumbre o elemento aleatorio es lo que distingue nuestra figura jurídica en estudio de otras como daño futuro y lucro cesante;*
- *Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal; este tercer elemento lo podemos caracterizar como la interrupción del curso normal de los acontecimientos por virtud de un hecho activo u omisivo, atribuible al responsable, cuyo efecto es la erradicación o el debilitamiento de la oportunidad preexistente al hecho dañoso, dicho efecto tiene lugar en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud, este hecho nocivo elimina la oportunidad preexistente, pero no la probabilidad preexistente.*

- *Un resultado cierto; sobre éste último elemento constitutivo de la figura que nos ocupa podemos decir que la acción u omisión atribuida al responsable, se puede constatar en un resultado cierto de naturaleza fáctica, de carácter irreversible, por medio de la desaparición o patente reducción de la oportunidad preexistente al hecho dañoso, pudiendo la víctima acreditar la pérdida de oportunidad a través de hechos que constituyen por un lado las circunstancias que preexistían al evento dañoso y por el otro, las circunstancias resultantes de la acción u omisión del responsable.*

Procedemos a realizar la distinción de la figura jurídica en comento de otras con las que mantiene similitud, a efecto de evitar confusión en su aplicación, por lo cual podemos iniciar con la figura de *lucro cesante*, pero a diferencia de éste, las ganancias futuras dejadas de percibir a causa del evento dañoso en el caso de la pérdida de oportunidad consideramos que va más atrás, tratando de indemnizar la destrucción de la oportunidad misma, considerando a ésta como parte del patrimonio de la víctima; distinguiéndola del *riesgo de daño futuro*, podemos decir que en la pérdida de oportunidad, la víctima tiene previo al evento dañoso, una oportunidad seria de acceder a un estado de cosas preferible o de evitar un perjuicio, entonces a raíz del evento atribuido al responsable, esa oportunidad preexistente desaparece.

Desde este punto de vista, la noción pérdida de oportunidad viene a ser una especie de daño actual consumado, pues implica la desaparición de un bien que la víctima ya poseía dentro de su esfera de derechos e intereses jurídicamente relevantes. Por lo general, la fecha en la que se enfoca la demanda de la pérdida de oportunidad suele representarse como un hecho histórico. En la creación de riesgo futuro el esquema se invierte: el efecto del

hecho atribuido al demandado no es hacer desaparecer una oportunidad preexistente, sino hacer surgir el riesgo de un daño futuro.

Al analizar ésta figura en relación a su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, es de precisar que es en este rubro, donde podemos encontrar mayor incidencia de demanda de la pérdida de oportunidad; en virtud de que por su naturaleza, la actuación médica, y en particular la quirúrgica, puede lesionar la integridad física del paciente, aunque dicha lesión se produzca con fines curativos. Esto conlleva al análisis de determinar en qué supuestos el paciente ha de asumir los daños y secuelas que pueda padecer como resultado de un tratamiento médico, y en qué supuestos dichos daños determinarán el surgimiento de la responsabilidad civil.

Como podemos observar este planteamiento ha dado lugar a un progresivo acercamiento entre el derecho y la medicina. Este acercamiento se ha traducido, en primer lugar, en la toma de conciencia de que en la prestación de servicios médicos, se encuentran implícitos una serie de derechos fundamentales del paciente, amparados por la norma constitucional, tales como su vida, su integridad física, e incluso su libertad, y es precisamente por esta concepción que el derecho tiene como obligación amparar al paciente como titular de derechos frente al contingente médico.

En este sentido, consideramos que la figura de la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo e indemnizable; de ahí que para su aplicación en materia de responsabilidad sea indispensable entender que no es correcto utilizar esta figura como excusa por parte del juez, para indemnizar daños de manera subsidiaria, o perjuicios que no están en relación directa con la falla imputada, ni mucho menos para conceder cuantías que sobrepasan la medida del daño realmente causado; y a efecto de evitar aplicaciones erróneas de la figura en estudio se consideró necesario analizar la forma en que se presenta este tipo de daños en materia médica, así como los eventos

médicos más comunes que en la práctica médica dan origen a este tipo de daños indemnizables.

Cuando un paciente manifiesta un estado causal que lo reduce a una posibilidad de mejoría y busca la atención médica, el resultado aleatorio esperado es sobrevivir y no morir, o curarse y no empeorar, de ahí que, si se llega a perder la posibilidad de evitar que se genere un perjuicio de manera definitiva, el daño estará representado en el hecho de haber perdido esa oportunidad, y no en haber llegado a la situación que se quería evitar y que, finalmente se produjo.

En consecuencia, en materia de responsabilidad civil médica, la pérdida de oportunidad se presenta cuando el proceso causal ya iniciado, que por sí puede conducir al paciente a sufrir una lesión o la muerte, no es detenido a tiempo por el profesional médico quien es responsable de su atención, teniendo la posibilidad de procurar revertir esta situación, provocando con esta falta de acción o negligencia en su cuidado la pérdida de la esperanza u oportunidad que tenía el paciente de que el curso causal iniciado, que lo había reducido a una simple oportunidad, se interrumpiera a tiempo para evitar sufrir el perjuicio.

Del estudio de los supuestos en los que se considera procedente la figura en estudio, dentro de la responsabilidad civil médica podemos afirmar que:

- Pérdida de oportunidad de sobrevivir; en este caso se reitera que nos referimos al supuesto en el que el paciente se encuentra en un proceso que puede ser natural, o producido por la acción de un tercero, en el que la vida o funcionalidad de su organismo se encuentran comprometidos por dichas causas, reduciéndose así a simples expectativas de sobrevivir, y su esperanza está puesta en que dicho proceso sea interrumpido.

- Pérdida de oportunidad de curarse o de no empeorar;
Esta figura se presenta cuando lo que se frustra es la posibilidad de recuperar la salud por parte del paciente, o de no empeorar su estado, lo cual se provoca como consecuencia de la no interrupción del curso causal de la enfermedad o situación adversa ya iniciada, que deviene como causa definitiva al presentarse algún tipo de lesión o situación irreversible.

Los eventos típicos que derivan de los supuestos antes mencionados, originan la responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad; que provienen de un error de diagnóstico, de una falta de atención o de una atención inoportuna, ahora bien, los eventos ya mencionados, más comunes son:

- *Error de diagnóstico; el cual consiste en la averiguación que hace el médico, valiéndose del examen de los síntomas o signos que presenta el paciente, para tratar de establecer la índole y caracteres de la enfermedad que lo aqueja y sus causas determinantes.*
- *Atención inoportuna; refiriéndonos a aquellos casos en los que el paciente trae un proceso ya iniciado como lo he indicado en párrafos anteriores, y que lo reduce a meras expectativas de evitar sufrir un perjuicio en su salud, al negársele la atención oportuna, donde puede surgir un daño de pérdida de oportunidad de evitar la materialización de esa situación adversa, resultando obligatorio por parte del profesional médico, indemnizar esas oportunidades que han sido frustradas.*

Finalmente, el término iatrogenia, y en especial el de iatrogenia innecesaria, cabe indicar que está íntimamente relacionado al tema de nuestra figura en estudio; podemos decir que se refiere a las acciones médicas que causan daño al enfermo por la ignorancia éticamente inadmisibles del profesional médico. Concretamente a la impericia del médico por carecer de los conocimientos básicos indispensables que deben tener obligatoriamente los médicos en dicha profesión. Así mismo, dentro de este tipo de iatrogenia se incluye la criminal, la cual es ocasionada por la ignorancia o impericia del profesional de la salud, ya que éste conscientemente opta por un tratamiento inútil con un afán de lucro o incluso criminal, lo cual lo coloca ante un escenario carente de ética y humanidad y, por lo tanto, completamente sancionable por las leyes penales por atentar contra la vida y la salud del paciente. De esta manera podemos decir que la responsabilidad en el área médica obedece a situaciones de acción, omisión, descuido, olvido, inadvertencias, distracciones, imprevisiones, morosidad, apatía, precipitación, imprudencia, entre otros.

Capítulo 3 Derecho Comparado de “La pérdida de oportunidad”. (Sistemas jurídicos que la reconocen).

A manera de introducción se puede mencionar que existen organismos internacionales como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo (UNIDROIT) en sus principios aprobados en 1994, sobre los contratos comerciales internacionales, en cuyo texto muy utilizado en el comercio internacional y de inestimable importancia en la resolución extrajudicial de conflictos, se hace expresa mención a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, ya que en su artículo 7.4.3. (Certeza del daño) dice lo siguiente:

- (1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.*
- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.*
- (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.*

<<Certeza del daño, Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de una oportunidad puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización...>>, como podemos observar este

importante instrumento regula la figura que nos ocupa, y La Corte Interamericana de Justicia (órgano interamericano de tutela de los derechos humanos), a su vez hace referencia a ella como un medio de solución de conflictos en materia de reparación de daños derivadas de incumplimiento de contratos y responsabilidad civil.

*“La jurisprudencia internacional y nacional se ha ocupado en perfilar la llamada pérdida de oportunidades, como motivo y razón de compensaciones específicas. Se trata de la imposibilidad en que quedó una persona, contrariamente a la situación que en su caso era esperada y debida, para alcanzar determinadas ventajas que habrían mejorado su situación”.*⁹⁴

En esta hipótesis se quiere compensar al sujeto por la afectación que sufrió como consecuencia de un acto o una omisión de la autoridad que le privó de aquella posibilidad, y más recientemente, de la probabilidad de alcanzar determinados beneficios de carácter patrimonial, y que por eso mismo pudieran figurar bajo el rubro de perjuicio.

Dicho lo anterior procederemos al estudio de esta figura jurídica en algunas de las naciones donde es aplicable como recurso resarcitorio de daños.

3.1 Francia

Como ya se expuso en la introducción del presente trabajo, la noción de pérdida de oportunidad tiene antecedentes muy antiguos en la jurisprudencia de la Corte de Casación (en el orden judicial francés, el Tribunal de Casación es la jurisdicción más alta.), que se remonta a finales del siglo XIX. A lo largo del siglo XX la noción de la pérdida de la oportunidad tuvo una explosión temática en la jurisprudencia francesa, llegando a incluir una rica variedad de pérdidas de oportunidad: de promoción profesional y laboral; de concertación de contratos; de desarrollo de empresas nuevas o existentes; de conquista de nuevos mercados; de obtención de lucro; de participación en concursos;

de curación y supervivencia, etc. En la actualidad la figura se encuentra consolidada en su jurisprudencia.

⁹⁴ García Ramírez, Sergio, *Dos temas de la Jurisprudencia Interamericana: “proyecto de vida” y amnistía*, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, Chile, núm. 2, mayo-agosto 1998, p. 358, <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bvj/libros/1/49/17.pdf>, [15-06-2017].

El primer caso de pérdida de oportunidad citado por los comentaristas de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue el caso de Bacon, de 3 de agosto de 1928, en el que se condenó a la administración a indemnizar a un funcionario por la pérdida de oportunidades de ascenso a las que hubiera tenido legítimo derecho.

Desde entonces y hasta el presente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha mantenido una línea uniforme y paralela con la jurisprudencial de la Corte de Casación, que reconoce la naturaleza de *prejudice certain* (perjuicio cierto) y, por consiguiente, el carácter indemnizable de la pérdida de oportunidad. Entre muchas, la jurisprudencia administrativa ha considerado indemnizables: la pérdida de oportunidad de aplicar a exoneraciones fiscales; de obtener adjudicaciones en contrataciones administrativas; de desarrollar actividades profesionales acordes con los títulos universitarios del administrado, de obtener la reconducción de concesiones administrativas; de supervivencia y curación (a raíz de faltas en los servicios públicos hospitalarios).⁹⁵

En relación a la aplicación de nuestra figura en estudio por la Corte de Casación francesa, podemos citar un ejemplo jurisprudencial y consideraciones en palabras de F. Chabas, *...el juez penal que falla sobre un homicidio o lesiones involuntarias no es competente, respecto de la acción civil de derecho común, para conceder la reparación de la pérdida de oportunidades de sobrevivir o de sanar. Pero lo puede hacer si en aplicación*

de artículo 470-I del Código de procedimiento penal (francés), le ha sido demandado fundar una condena civil sobre otros textos del derecho civil distintos al artículo 1382 del Código civil. (francés). (Es decir, que le es permitido al juez penal quien conoce del caso, fundar una condena de carácter civil de reparación de daños derivados de la pérdida de oportunidad de sobrevivir o de sanar, en términos del Código de procedimiento penal señalado.)

La consideración de la pérdida de oportunidades de sanar (el juez sobre esta base “acoge parcialmente la demanda” de la víctima) aparece con un fallo de la premiere Chambre civile (primer Sala Civil) del 14 de diciembre de 1965.

95 Torrealba Navas, Federico, *op. cit.*, nota 49, pp. 1-2.

En la actualidad se admite que la pérdida de oportunidades de sobrevivir da lugar a la reparación.

Se trata de un perjuicio particular, caracterizado por la presencia del alea, el cual hemos visto, y a pesar de lo que dicen algunos fallos recientes, no puede deberse a una decisión que deba tomar libremente una persona -a fortiori la misma víctima.

La teoría de la pérdida de una oportunidad ha sido utilizada con frecuencia de manera injustificada. Hemos visto una aplicación a propósito de la falta de información...⁹⁶

3.2 España

La doctrina de la pérdida de oportunidad se ha ido incorporando, y se viene aplicando en los tribunales de justicia española desde los años cincuenta, en asuntos de responsabilidad civil profesional del abogado, y desde los años ochenta en temas de responsabilidad civil médica. Hoy en día, pese a la falta de sustento normativo en su ordenamiento, en responsabilidad patrimonial

de la administración sanitaria se trata de una doctrina absolutamente sostenida en sus tribunales.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia, y los tribunales de lo contencioso administrativo, vienen admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, y la han aplicado a la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de la reclamación o, al menos la única causa, pero si ha puesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que en ningún caso puede afirmarse que el interesado se habría curado o

⁹⁶ Chabas, Francois, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Francia, Van Dieren Éditeur, 2004, pp. 77-78.

que, aún puestos todos los medios correctos, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad.

Se trata siempre de casos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión, se considera negligente. Ello es obvio en un sistema que requiere la culpa para imputar la responsabilidad, y no en un sistema objetivo.⁹⁷

Si bien, es cierto que en su origen se vinculó directamente con el nexo de causalidad, admitiendo lo que se denominó la causalidad probabilística, por el contrario, en los últimos años ha sufrido una evolución, vinculándose más con la *lex artis*, (Palabra que ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse), como elemento de la

antijuricidad. Lo que en nuestra opinión supone una objetivización de la responsabilidad patrimonial. La primera sentencia del Tribunal Supremo Español, en la que se aplica esta doctrina en la responsabilidad médica es, precisamente, de la Sala Primera, de 10 de octubre de 1998, en la que se estudió un supuesto de posible responsabilidad de un paramédico, que por error trasladó la mano amputada a otro recipiente, con lo cual no estuvo ya en condiciones para un posible reimplante. La sentencia de Tribunal Supremo estimó parcialmente procedente la demanda y declaró, literalmente, que “En suma, pues, al paramédico, no se le puede más que imputar la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”.⁹⁸ Llama la atención que se trata de un principio de origen judicial, y que hoy en día en España no está regulado en ninguno de los textos generales de la responsabilidad, tan sólo se recoge en la jurisprudencia y por el Consejo de Estado.

97 I. Asua González, Clara “*Pérdida de Oportunidad de Responsabilidad Sanitaria*”, *Edit. Aranzadi Civil*, España, 2008, p. 67.

98 Asensi Pallares, Eduardo, *op. cit.*, nota 54, p. 229.

Encontramos este principio en el derecho europeo, concretamente en la parte general del Código Europeo de Contratos (artículo 163), en el que se admite que forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento de contrato, con exigencia de certeza razonable para poder ser considerada como tal, y debe evaluarse en función del citado incumplimiento. En la jurisprudencia contencioso-administrativa la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido ampliamente aceptada en España, en sus comienzos por la Audiencia Nacional (órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional), durante la época del Insalud (Instituto Nacional de la Salud), y

posteriormente en los juzgados y tribunales de justicia de orden contencioso-administrativo tras las transferencias a las comunidades autónomas en materia de salud.

Son numerosas las sentencias que encontramos de la Audiencia Nacional aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, y también supuestos de tratamiento o asistencia tardía. Así entre muchas, la sentencia de la Audiencia Nacional del 29 de octubre de 2003 (JUR 2003/265285), declara que “se ha demostrado que un retraso solamente de tres a seis meses puede producir una disminución del 12% en la supervivencia de los pacientes, como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo”.⁹⁹

Y en ese sentido, puede traerse a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 20 de abril de 2006. (El derecho 2006/83952) en la que se desestima el recurso de Casación (último recurso que se puede presentar para reclamar una nueva revisión del enjuiciamiento), contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en relación a un error de diagnóstico de un infarto agudo de miocardio que desemboca en una encefalopatía postanóxica. “Las secuelas que presentaba el paciente eran coma profundo, no realizando movimientos espontáneos de las extremidades, presenta espasticidad y sin nivel de conciencia, considerando su estado como definitivo...”. La reclamación solicitaba un Quantum

⁹⁹ *Ibidem*, p. 231.

indemnizatorio de 1.131.246,08 Euros. Sin embargo, la Audiencia Nacional estima el daño en 240.404,84 Euros, estimación que es compartida por el Tribunal Supremo. Dicha determinación se basó precisamente en lo que expuso respecto al motivo de Casación: la doctrina de la pérdida de oportunidad. Señala la Audiencia Nacional en su sentencia y comparte el Tribunal Supremo que “la asistencia prestada no fue conforme a la atención

que se exige por los protocolos para supuestos semejantes al que nos ocupa, a pesar de no resultar acreditado que de haberse prestado una asistencia correcta se hubiera conseguido un resultado distinto y más favorable, pues no consta que la encefalopatía anóxica que ha llevado al paciente al estado vegetativo en el que se encuentra, se hubiera producido de todos modos en el caso de que la asistencia hubiera sido distinta, ni que el resultado se hubiera podido evitar en el caso de que el paciente hubiera sido ingresado en fecha anterior.¹⁰⁰

En el caso de España, y en concreto en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad denominada proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización por el daño incierto o eventual, es decir la ventaja frustrada. En derecho sanitario, se indemniza también el daño incierto, esto es la posibilidad de estar en la parte buena de la estadística.

Respecto a esto, podemos decir que existe una evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en los Tribunales españoles en los últimos años, en relación con la responsabilidad médica, ya que se viene aplicando en principio en los supuestos en los que queda acreditado la concausa (factores que actúan modificando la evolución normal de una lesión), con el resultado final (el resultado lesivo no es imputable en exclusiva a la actuación sanitaria), y se traduce en una estimación parcial, de forma proporcional, atendiendo al porcentaje de culpa del agente interviniente en el daño final.¹⁰¹

¹⁰⁰ Ibidem, p. 232.

¹⁰¹ *Idem.*

3.3 Colombia

En materia de la pérdida de la oportunidad, la jurisprudencia colombiana ha aplicado la figura principalmente en el campo de adjudicación de contratos estatales y en la responsabilidad médico sanitaria del Estado. Como se desprende de los temas en los que se ha aplicado la figura, es la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, particularmente del Consejo de Estado (máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativo en Colombia), la que ha desarrollado el tema.¹⁰²

Por su parte, la jurisprudencia civil (Corte Suprema de Justicia), ha tocado muy tangencialmente la figura, por lo que no se cuenta con fallos relevantes que conformen una verdadera línea jurisprudencial y planteen una posición clara de la Corte al respecto, Colombia ha importado la figura a sus ordenamientos jurídicos a través del análisis del derecho comparado.

La jurisprudencia y la doctrina Colombianas han importado de países como Francia y Estados Unidos la figura de la pérdida de la oportunidad, la cual permite atribuirle responsabilidad al demandado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida de evitar un daño o de obtener un beneficio esperado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida, en relación con la definición de la pérdida de oportunidad, la cual concreta de la siguiente manera:

La “pérdida de oportunidad” se refiere a aquellos eventos en los cuáles una persona que se encontraba en situación de poder obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, le fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto o la conducta de éste, que conlleva a no saber si dicha ganancia o beneficio se habría dado, pero que al mismo tiempo da la certeza de que se

102 Ceballos Klinkert, Laura, *“La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?,*

Universidad EAFIT, Repositorio institucional, Colombia, Abril 2016, <http://hdl.handle.net/10784/9758.pdf>.

cercenó una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial, generando así

para el afectado el derecho de alcanzar el correspondiente resarcimiento.¹⁰³

Así mismo, se ha precisado que la pérdida de oportunidad constituye una particular modalidad de daño, al coexistir en ella un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que de no haber ocurrido el hecho dañino el damnificado habría abrigado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o

de evitar una pérdida para su patrimonio y la duda de si habiéndose mantenido la

situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado.

Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la oportunidad perdida es fuente de responsabilidad civil: La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye un daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.¹⁰⁴

3.4

Inglaterra

La pérdida de oportunidad en la ley inglesa se refiere a un problema particular de causalidad, que surge en el agravio y el contrato, ya sea

afectando al reclamante o a un tercero, cuando el incumplimiento de contrato del demandado o el deber de diligencia con fines de negligencia privaron al demandante de la oportunidad de

103 Ceballos Klinkert, Laura, *op. cit.*, p. 36-85.

104 *Ibidem*, 36-85.

obtener un beneficio y/o pérdida.¹⁰⁵

Para estos propósitos, el remedio de daños y perjuicios normalmente tienen como objetivo compensar la pérdida de expectativas del reclamante (razones alternativas incluyen restitución y dependencia). La regla general es que mientras que la pérdida de oportunidad es compensable cuando la oportunidad era algo prometido en un contrato, no lo es generalmente en la ley de agravio, donde la mayoría de los casos hasta ahora se han referido a negligencia médica en el sistema de salud pública.

En los casos de pérdida de oportunidad derivado de incumplimiento de contrato, el tribunal suele estar interesado en asegurar el cumplimiento de lo acordado.

Cuando una de las partes está a punto de sufrir o ha sufrido una pérdida como resultado de incumplimiento del otro, el tribunal ofrece protección práctica a sus expectativas en cuanto a rendimiento (en algunos casos, el uso de la orden judicial o el desempeño específico puede ser apropiado). Cuando una parte demuestre que ha sufrido pérdidas derivadas del incumpliendo (incluyendo potencialmente pérdidas no pecuniarias o intangibles, por ejemplo por daño moral, daño a la reputación, etc.), el propósito de la reparación de daños se realiza en la medida en que el dinero puede lograrlo, para situar al reclamante en la misma situación que si el contrato hubiera sido ejecutado. Por lo tanto, la base más pertinente para calcular cualquier pérdida es examinar el potencial económico del contrato y

como está redactado. Esto proporcionará una medida de lo que el reclamante espera obtener, y así cuantificar lo que se ha perdido por la violación.

105 H. Sturgess, Robert, *The “lost of chance” Doctrine of Damages for Breach of contract*, *The Florida Bar Journal*, Estados Unidos de Norte América, Volumen 79, No. 9, Octubre 2005, http://en.wikipedia.org/wiki/Loss_of_chance_in_English_law#cite_ref-1 [14-07-2017].

En relación a las políticas públicas, por razones de orden público, la ley pretende respetar las expectativas razonables de todas las partes implicadas en la controversia, el enfoque fundamental es, por lo tanto, mantener la validez del contrato siempre que sea posible.¹⁰⁶

Por lo tanto, no hay protección general ofrecida a aquellos que encuentran que han entrado en un mal negocio. Todos deben aceptar los resultados reales de los acuerdos celebrados voluntariamente, (en México nuestro sistema jurídico ve representado esto como el principio de libertad para contratar). Incluso cuando hay una violación, el tribunal no penalizará a la parte “culpable”, lo que impide la concesión de daños punitivos o ejemplares en una acción puramente contractual. El remedio estándar son solo daños y perjuicios que normalmente se calculan en referencia al reclamante solamente y no reflejan ninguna forma de pena en el otro (s) por explotar la credulidad o inocencia del reclamante.

La ley también reconoce que la injusticia puede derivar de la desigualdad en el poder de negociación y aborda las cláusulas de exención opresiva.

La principal dificultad en el cálculo de los daños dentro de la figura de la pérdida de oportunidad es la cuestión de la causalidad, ya que en una

demanda se derrotará al demandante si depende de posibilidades muy hipotéticas, como podemos observar en un ejemplo en el cual un particular basándose en rumores adquiere de una comisión gubernamental el derecho de rescatar un buque petrolero, que se creía abandonado en un lugar específico, por desgracia, el buque cisterna no existía, la comisión gubernamental argumentó que el contrato era nulo por un error común en cuanto a la existencia de la materia, pero el tribunal señaló que dicha comisión no tomó medidas para verificar lo que estaban afirmando y cualquier “error” que se produjo fue inducido por su propia conducta culpable; el particular desperdió dinero buscando el naufragio inexistente, su reclamo por la pérdida de oportunidad de ganancias esperadas de un exitoso rescate fue descartado como demasiado especulativo, pero los daños por

106

H. Sturgess, Robert, *op. cit.*, nota 105, p. 1-4.

dependencia fueron otorgados por gastos devengados. Sin embargo, los Tribunales ingleses se han preparado para especular en este tipo de conflictos que les son presentados.¹⁰⁷

En otro caso presentado ante la Corte, el demandado en incumplimiento de contrato impidió a la demandante participar en la etapa final de un concurso de belleza donde doce de las cincuenta finalistas (de 6000 participantes originales) serían recompensados. El responsable fue condenado a indemnizar por la pérdida de una oportunidad valuada en un 25 % de la premiación mayor; la corte parecía partir de la probabilidad estadística de ganar el concurso (como si fuera jugador de lotería) sin ninguna evaluación real de sus atributos físicos, contra cualquier criterio particular de belleza. La concepción de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad extracontractual puede proteger las expectativas preexistentes (por ejemplo, de la capacidad de ganancia o de los beneficios empresariales), no

es procedente que el reclamante se beneficie del incumplimiento del deber de diligencia. Por lo tanto, la medida de los daños es, para garantizar que el reclamante “esté en peor situación” por haber sufrido el incumplimiento del deber de diligencia; en cada caso, el reclamante debe probar la causa de la acción sobre la balanza de probabilidades. Para estos fines, el tribunal está obligado a especular sobre lo que habría sucedido si no hubiera habido negligencia. En muchos casos, la pérdida y el daño podrían haber sido sostenidos incluso si todo hubiera ido según lo planeado, tal como lo hemos analizado en los supuestos de nuestra figura en estudio.

En otro supuesto, una persona puede asistir a un hospital con una lesión existente, donde el único efecto de cualquier negligencia en el tratamiento puede ser que el paciente pierda la oportunidad de una recuperación completa, es decir, lo que fue simplemente una amenaza se convierte en inevitable. Por lo tanto, las acciones de los demandantes cuyas posibilidades de recuperación de enfermedad o lesión se han reducido debido a la negligencia profesional de los médicos, han fracasado cuando no pudieron demostrar que con un tratamiento adecuado sus

posibilidades de recuperación hubieran superado el 50%.¹⁰⁸

De esta manera, debemos tener en cuenta que en el derecho inglés el rango que exigen los tribunales de que dichas posibilidades de recuperación superan dicho porcentaje, permite poder estar en posibilidades de reclamar la indemnización de daños y perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad, en los casos de responsabilidad civil médica.¹⁰⁹

Ahora bien, en nuestra opinión la doctrina de la pérdida de oportunidad en los distintos sistemas jurídicos que hemos analizado mantienen rasgos de similitud al abordar los casos en los que se aplica, como sistema de resarcimiento de daños en perjuicio de las víctimas que ven frustrada una oportunidad de acceder a una ventaja económica o evitar un menoscabo

económico; situaciones también donde se frustra una ventaja de tipo extrapatrimonial o moral, como lo es la lesión o una oportunidad de sobrevivir o cura.

De lo expuesto podemos concluir que dicha figura en Francia, nación donde surgió a finales del siglo XIX, actualmente se admite a nivel de Derecho comparado tanto en el mundo contractual como extracontractual, así como en el derecho público y privado; así mismo podemos afirmar que la figura se encuentra consolidada en su jurisprudencia específicamente la jurisprudencia administrativa.

En este sentido ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidad de aplicar a exoneraciones fiscales, así como de obtener adjudicaciones en contrataciones administrativas de desarrollar actividades profesionales acordes con los títulos universitarios del administrado, también en la obtención de reconducción de concesiones administrativas y como se mencionó, aquellos casos de negligencia médica de supervivencia y curación.

En relación a España podemos decir que se ha ido incorporando y se viene aplicando en los tribunales de justicia española, en temas de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, donde se encuentra aceptada en sus tribunales. Cabe mencionar que aplica esta doctrina como criterio de reducción de

108 H. Sturgess, Robert, *op. cit.*, nota 105, p. 1-4.

109 *Idem.*

las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad, en relación a la culpa del profesional, cuya actuación no puede acreditarse que haya sido causante del daño objeto de la reclamación, ocasionando con esto una pérdida de oportunidad de un tratamiento o diagnóstico más temprano.

Por lo que respecta a Colombia se pudo observar que su jurisprudencia y doctrina han importado de naciones como Francia y Estados Unidos esta figura, permitiendo atribuirle responsabilidad al demandado, no por lo que hace al daño final, sino por la oportunidad perdida de evitar un daño o de obtener un beneficio esperado; cabe mencionar así mismo que la Corte Suprema colombiana considera la pérdida de oportunidad como fuente de responsabilidad civil.

Ahora bien, el caso particular de Inglaterra donde su derecho regido por el Common law (Derecho común), donde como sabemos pasó a ser el derecho de aplicación general en todo el reino inglés, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas, y tomando en consideración que es un sistema legal basado primordialmente en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de derecho civil, como el nuestro, donde la principal fuente de derecho es la ley, la figura objeto de este estudio ha sido abordado por los ingleses como un problema particular de causalidad, que surge en el agravio y el contrato, donde la regla general es que mientras que la pérdida de oportunidad es compensable cuando la oportunidad era algo prometido en un contrato, no lo es generalmente en la ley de agravio, en donde en la mayoría de los casos, hasta ahora se han referido a negligencia médica en su sistema de salud pública. Por lo tanto, hecho el análisis anterior de aplicación en algunos de los sistemas jurídicos que se estudiaron, se observa que prevalece tal y como se planteó, como un medio subsidiario de reparación de daños sobre las expectativas no obtenidas a causa de la intervención de un agente responsable, características de la pérdida de oportunidad que ya se han mencionado a lo largo del presente trabajo.

Por lo tanto, la teoría de la pérdida de la oportunidad es por ahora una figura jurídica que está encontrando eco en los diferentes sistemas jurídicos del

mundo y consideramos que el nuestro no debe ser la excepción, por lo que debe regularse en nuestro ordenamiento sustantivo civil.

Capítulo 4 Propuesta de regulación de la figura de la pérdida de la oportunidad derivada de la responsabilidad civil en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.

4.1. La ausencia de la figura jurídica pérdida de oportunidad en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.

En este capítulo estudiaremos algunos de los aspectos de nuestra legislación civil local, que contempla figuras jurídicas como son los daños y perjuicios, y que en aquellos casos en los que existe la oportunidad de acceder a determinados beneficios patrimoniales, y en donde dichas oportunidades se incorporan ya como activo del patrimonio del sujeto e incluso la oportunidad de sanar o sobrevivir, se ven afectados por la conducta ilícita de un tercero, quien frustra la posibilidad de acceder a los mismos, razón suficiente desde mi punto de vista que justifican su regulación en el Código Civil de la Ciudad de México.

Como se ha indicado, la responsabilidad civil surge por un hecho ilícito, el cual es “una conducta antijurídica, culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños...”¹¹⁰ Esa obligación de indemnizar el daño ocasionado es la responsabilidad, la cual surge también derivado del riesgo creado.

En razón de lo anterior, es que también se le ha definido a la responsabilidad como: “...la obligación de reparar el daño que se ha causado a otro, ya sea por hecho personal o por culpa de determinadas personas o por el hecho de una cosa de la que es propietario o guardián...”¹¹¹ En relación a ésta definición cabe aclarar que cuando se refiere a hecho de una cosa, consideramos que es más adecuado utilizar el concepto responsabilidad material, es decir derivado de la circunstancia de poseer o ser propietario de objetos peligrosos y a consecuencia del riesgo creado. Tal situación encuentra su fundamento en el artículo 1910 del Código Civil

¹¹⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 5 p. 219.

111 Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 147.

vigente en la Ciudad de México que establece que la persona actúa ilícitamente o contra las buenas costumbres y causa un daño que debe reparar.

De esta manera podemos decir que el riesgo creado comenzó a regularse en el derecho mexicano, a partir del Código Civil de 1870 en su artículo 1595 y en su correlativo 1479 del Código Civil de 1884, como hecho generador de responsabilidad civil objetiva¹¹², el cual establece:

Artículo 1479. También habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas; ó por aglomeración de materias o animales nocivos a la salud ó por cualquiera otra causa que realmente perjudique a los vecinos. Esta materia queda sujeta a los reglamentos de policía.

Como puede observarse, en el riesgo creado surge la responsabilidad civil, a pesar de que se obre lícitamente, es decir, no es esencial el elemento culpa, como si lo es en la responsabilidad subjetiva. Además, la hipótesis en comento precisa como excluyente de responsabilidad la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En relación a la culpa o negligencia de la víctima es de indicar que para que se pueda aplicar esta causa que exime de responsabilidad es necesario que "...la víctima pueda actuar con culpa o negligencia".¹¹³

En relación a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima es importante hacer mención de la tesis jurisprudencial que se cita a continuación:

112 Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 4, p.510-512.

113 Rico Álvarez, Fausto y otros, *Tratado teórico de derecho de obligaciones*, Edit. Porrúa, México, 2013, p. 763.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. QUE SE ENTIENDE POR CULPA O NEGLIGENCIA DE LA VÍCTIMA PARA LOS EFECTOS DEL (ARTÍCULO 1402 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar

los que son necesarios para ello. Luego, será inexcusable, cuando de acuerdo a las circunstancias personales de la víctima (edad, capacidad, raciocinio, etc.) no le sea perdonable la inobservancia de un deber de cuidado que le incumbía; esto es, cuando dadas aquellas características personales no sea factible exigirle que extreme precauciones, a fin de que no sea dañado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Amparo indirecto 366/95. Transportes Urbanos y Suburbanos Ávalos de Guanajuato, S.A. de C.V. 4 de agosto de 1995. Unanimidad de votos.¹¹⁴

Continuando con esta disertación, hacemos referencia a la hipótesis normativa prevista en el artículo 1913 del ordenamiento civil sustantivo vigente en la Ciudad de México, que establece:

Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre

114 Citado por Rico Álvarez, Fausto y otros, *op. cit.*, nota 113, p. 762.

ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

Al respecto, es importante referirnos a la tesis emitida por nuestro Máximo Tribunal que se cita a continuación:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

De acuerdo con la teoría de la responsabilidad objetiva que adopta el artículo 1913 del Código Civil, la responsabilidad deriva de la relación que una persona guarda respecto de cosas peligrosas por sí mismas, que maneja o usa habitualmente, en tanto que deriva ventajas de su iniciativa, se le imponen las cargas inherentes a los

riesgos que de tal suerte determinar, y por riesgo se entiende la contingencia o posibilidad de causar un daño con un resultado no sólo de caso fortuito o fuerza mayor sino sobre todo de las situaciones derivadas de la vida social, por ende, no es necesario para establecer la responsabilidad de la quejosa examinar la culpa en la que pudo haber incurrido, pues basta que el riesgo que ha creado con la venta de una sustancia peligrosa se haya realizado con daño del actor para que surja responsabilidad.¹¹⁵

¹¹⁵ Semanario Judicial de la Federación, Cuarta parte XXXIV, Materia Civil, Sexta época, Registro 271482, Instancia Tercera Sala, Tesis aislada, 144.

Por otra parte, en el artículo 1913 antes citado, la responsabilidad en la que incurre el que cause un daño a otra es la de reparar dicho daño, es decir, a responder por los daños causados, aún no obrando ilícitamente, sin embargo se

continúa requiriendo el daño material causado como presupuesto para determinar la responsabilidad.

Luego entonces, cualquier persona que cause daño a otra por su obrar ilícito o contra las buenas conductas deberá indemnizar a la víctima.

Para comprender la forma en que será indemnizada la víctima es necesario precisar qué se entiende por daño y perjuicio.

En ese orden de ideas, es de precisar que el ordenamiento jurídico en cita regula en sus hipótesis normativas previstas en los artículos 2108 y 2109 lo siguiente:

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Es importante indicar que el daño y perjuicio no sólo puede derivar del incumplimiento de una obligación, como lo regulan los preceptos antes invocados; en consecuencia, lo más correcto hubiese sido que el legislador indicara que el daño o perjuicio puede derivar del obrar ilícito de una persona y ahí estaría incluido el incumplimiento, se origina uno u otro por el obrar ilícito de una persona.

Así entonces, de la definición legal se infiere que para ser indemnizado por el daño sufrido sólo se requiere acreditar la disminución en el patrimonio del afectado y en relación al perjuicio, se debe demostrar cuál es la privación de la ganancia lícita que se dejó de percibir y que habría originado el decremento en el patrimonio del afectado.

Por otro lado, el artículo 2110 del Código Civil para la Ciudad de México, en su capítulo I de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones establece el siguiente:

Artículo 2110. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Como se puede ver, reitera el legislador que tanto el daño y el perjuicio deben ser consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación; cuando se debió indicar que aquellos derivan del obrar ilícito de una persona.

Además en ésta hipótesis no se hace mención a la pérdida de oportunidad, situación que consideramos debe regularse en el ordenamiento civil sustantivo para la Ciudad de México.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido algunos criterios que abordan el tema de los daños y perjuicios que cito a continuación:

DAÑOS Y PERJUICIOS

La relación entre la falta de cumplimiento de una obligación y los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento, deben de ser de tal manera estrecha que no deba existir alguna otra causa a la que también pueda atribuirse el origen de los daños y perjuicios. Como lo prescribe el artículo 2110 del Código Civil, **deben existir una vinculación causal, inmediata y directa entre la conducta del obligado y la producción de los daños y perjuicios.**¹¹⁶

Por lo tanto, como podemos observar en este criterio jurisprudencial la Corte prevé que para existir responsabilidad civil por la conducta antijurídica, debe existir una vinculación causal, inmediata y directa entre dicha conducta a cargo

¹¹⁶ Amparo directo 7781/57, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, t.1, febrero de 1959, p. 73.

del obligado y la producción de daños y perjuicios. Es decir, que el presupuesto de la responsabilidad civil de nueva cuenta vuelve a ser la relación causal directa entre el incumplimiento y el daño, como describe el

artículo 2110 del Código Civil citado “.....*ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse*”, siendo la corte omisa respecto al tema de la pérdida de oportunidad, al no otorgar el carácter de indemnizable a la pérdida de una oportunidad, probablemente por el hecho de no poder acreditarse de manera irrefutable la relación causal entre el hecho ilícito y el daño.

Por lo que se puede deducir que en nuestros ordenamientos no se prevé la

pérdida de la oportunidad como un daño indemnizable, puesto que el nacimiento de la responsabilidad civil tiene como presupuesto esencial, el que se haya infringido un daño al agraviado. Pero no cualquier daño, sino un daño cierto, tanto en el interés que afecta, como al hecho que lo produce, y no meramente un daño eventual o hipotético.¹¹⁷ Esto implica que para que el daño en nuestra legislación sea indemnizable, debe existir certidumbre en cuanto a la existencia misma del agravio, ya sea presente o futuro.

Ahora bien, es preciso señalar que el daño, entendido como consecuencia de una conducta antijurídica, es siempre posterior al hecho que lo produce. No obstante, el daño es susceptible de presentarse de distintas maneras y en diferentes circunstancias, sin que por ello deje de ser cierto e indemnizable.¹¹⁸

Por lo que la pérdida de la oportunidad, intenta reparar el daño que se produce, cuando éste ha frustrado la posibilidad, (cuando todavía no era una certidumbre) de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.¹¹⁹ Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su obtención.

117 Osterling Parodi, Felipe, *op. cit.*, nota 64, p.1

118 Cazeaux, Pedro, *Daño actual Daño futuro Daño eventual o hipotético, Pérdida de Chance*, 1ª. ed, Argentina, Editorial platense, 1981, pp. 17-24.

119 Peirano, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, 3ª.ed., Colombia, Editorial Temis, 1981, p.364.

De tal manera que la pérdida de la oportunidad, entonces, podría ser calificada

como un daño emergente en la medida que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio.

El carácter presente

de este daño viene dado por la pérdida de oportunidad generada, la cual se produce con anterioridad a la expedición de la sentencia (en los tribunales donde

se reconoce).¹²⁰ En este sentido, la pérdida de la oportunidad no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la oportunidad misma.

Por lo que nos encontramos ante un concepto indemnizatorio en el cual se advierte que coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza en el sentido que, de no existir el elemento dañoso, el afectado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial. Pero además, se presenta la incertidumbre de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho, que era el presupuesto de la oportunidad, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.¹²¹

4.2 Contenido de la propuesta de regulación de la pérdida de la oportunidad en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.

La regulación de la figura de la pérdida de la oportunidad en el Código Civil vigente en la Ciudad de México, representaría un avance sustancial en la

regulación de la actual responsabilidad civil tal como la conocemos, cuyos beneficios se encuentran aprovechados actualmente en el ámbito del derecho comparado, como lo hemos analizado a lo largo del presente trabajo, ya que considero que existe una necesidad imperante de reformar el esquema legal aplicable a los daños y perjuicios, que seguimos aplicando desde el Código Civil de 1870, para permitir la indemnización adecuada, en beneficio de la parte afectada, a la luz del principio de reparación integral del daño causado.

120 Osterling Parodi, Felipe, *op. cit.*, nota 64, p.4.

121 Zannoni, Eduardo, *op. cit.*, cita 33, pp. 50-51.

En base a todo lo anterior, estamos en condiciones de proponer de manera discrecional, una propuesta de regulación en el Código Civil vigente en la Ciudad de México, respecto a la figura de la pérdida de la oportunidad derivada de la responsabilidad civil, la cual bajo mi criterio sería la siguiente:

Artículo 1915 bis. Se entiende por pérdida de oportunidad todo menoscabo provocado por la actuación de un tercero, el cual de manera irremediable estropea la oportunidad que tenía el afectado, de alcanzar un beneficio o el de evitar un perjuicio, habiendo lugar a reparación, misma que será cuantificable en términos del perjuicio provocado o del beneficio no obtenido, así como su probable consumación.

4.3 Justificación

Como se propuso al inicio del presente trabajo, se considera que la pérdida de la oportunidad permite que en ausencia de un vínculo de causalidad próximo entre hecho generador de la responsabilidad civil y el daño emergente efectivo y lucro cesante necesario, se indemnice apropiadamente a la parte afectada, en razón de la pérdida de la oportunidad de obtener beneficios patrimoniales o extra patrimoniales. En aquellos casos en los que

existe la oportunidad de acceder a determinados beneficios patrimoniales, y en donde dichas oportunidades se incorporan ya como activo del patrimonio del sujeto e incluso la oportunidad de sanar o sobrevivir, se ven afectados por la conducta ilícita de un tercero, quien frustra la posibilidad de acceder a los mismos, razón suficiente desde mi punto de vista que justifican su regulación en el Código Civil vigente en la Ciudad de México.

Esta teoría de la pérdida de la oportunidad debe ser regulada en el derecho civil para lograr una adecuada indemnización, puesto que en la actualidad y con la normatividad que rige a la responsabilidad civil, existen en la práctica un sinnúmero de casos en que la víctima queda afectada por sufrir esa pérdida de oportunidad y no logra una reparación efectiva.

Con la propuesta se trata de lograr una reparación integral de la afectación que sufrió la víctima de un hecho ilícito, pero si no se puede por razones ajenas a los juristas hacer las adecuaciones necesarias a la legislación; nos corresponde a todos y cada uno de los abogados el deber de hacer valer esa teoría ante el órgano jurisdiccional, para que el Máximo Tribunal realice un estudio adecuado y pueda en su momento aplicarla en beneficio del afectado.

Conclusiones

Primera. La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar el daño causado a una persona, a consecuencia del obrar ilícito de otra.

Segunda. El daño es toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole patrimonial o moral de la persona, derivado del obrar ilícito otra.

Tercera. El perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debería haberse obtenido y que no sucede así, por el obrar ilícito de una persona.

Cuarta. La legislación sustantiva vigente en la Ciudad de México regula la responsabilidad civil como el deber de reparar que tiene la persona que ha causado un daño o perjuicio a otra, derivado de su obrar lícito, pero no admite la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Quinta. La pérdida de la oportunidad es la teoría que comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obteniendo una ganancia o beneficio o evitando una pérdida; resultados que fueron impedidos por el hecho ilícito de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial.

Sexta. Ante la probabilidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida, estos resultados son frustrados por la conducta activa u omisiva de un tercero y en consecuencia, éste último debe indemnizar al afectado por dicha frustración.

Séptima. La pérdida de oportunidad, se puede calificar como un daño emergente actual, en el sentido de que el sujeto ha sido privado de una expectativa que ya formaba parte de su patrimonio, hipotéticamente hablando, dando paso de esta manera al surgimiento de nuestra figura en estudio.

Octava. La pérdida de la oportunidad no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la oportunidad misma.

Novena. Por lo tanto, la pérdida de la oportunidad implica la coexistencia de dos elementos, uno de certeza y otro de incertidumbre, certeza en el sentido de que, de no mediar el evento dañoso, el afectado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial. Pero además, se presenta la incertidumbre de, si manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la oportunidad, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.

Décima. A través del estudio realizado en algunos de los ordenamientos legales de naciones como España, Francia, Colombia, Inglaterra entre otros, encontramos que en ellos se regula y se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Decimoprimera. En la teoría de la pérdida de oportunidad, el beneficio esperado constituye un activo que se incorpora al patrimonio del agraviado, y que es destruido por el evento perjudicial de un tercero, en este sentido, se requiere que se ignore el resultado que habría tenido la oportunidad de no haber sido frustrada su realización, sin embargo, la existencia de la oportunidad debe ser cierta, comprobable por el juez, a efecto de que ésta pueda ser indemnizable.

Decimosegunda. El órgano jurisdiccional deberá tomar en cuenta el carácter aleatorio de la oportunidad, el factor de atribución del daño, las posibles variantes del valor de la oportunidad, desde su comisión hasta la expedición de la sentencia, el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida, el concurso de responsabilidades entre otros.

Decimotercera. Es preciso advertir que el concepto jurídico que estudiamos debe emplearse con prudencia, a efecto de distinguir las oportunidades efectivamente perdidas de meros espejismos no indemnizables.

Decimocuarta. La regulación de la figura de la pérdida de oportunidad en nuestra legislación representaría un avance sustancial en materia de impartición de justicia, para beneficio de nuestra sociedad, razón por la cual se propone se regule en el Código Civil vigente de la Ciudad de México,

sugiriéndose se incluya una hipótesis normativa cuyo tenor puede ser el siguiente:

Artículo 1915 bis. *Se entiende por pérdida de oportunidad todo menoscabo provocado por la actuación de un tercero, el cual de manera irremediable estropea la oportunidad que tenía el afectado, de alcanzar un beneficio o el de evitar un perjuicio, habiendo lugar a reparación, misma que será cuantificable en términos del perjuicio provocado o del beneficio no obtenido, así como su probable consumación.*

BIBLIOGRAFÍA:

- Asensi Pallares, Eduardo, *“La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica”*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, España, No.8, 2013,

<http://www.revista.uclm.php/cesco./P.234/416-1804-2-PB.pdf>. consulta 23 abril 2017.

- Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 4ª ed., México, Oxford University Press-Harla México, 1998.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 16ª ed., México, Porrúa, 1998.
- Casa Madrid Mata, Octavio R., *La atención médica y el derecho sanitario*, México, JGH Editores, Ciencia y Cultura Latinoamericana, S.A. de C.V., 1999.
- Carrillo García, Sonia Angélica, *Responsabilidad en el ejercicio de la medicina*, México, OGS editores, 2002.
- Cazeaux, Pedro. Daño Actual. Daño Futuro. Daño Eventual o Hipotético. Pérdida de Chance. En *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto Moreno M. Morillo*. La Plata. Editorial Platense. 1981.
- Ceballos Klinkert, Laura, *“La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?”*, Universidad EAFIT, Repositorio institucional, Colombia, Abril 2016, <http://hdl.handle.net/10784/9758.pdf>.
- Chabas, Francois, *La Pérdida de la oportunidad(“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil*, *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado*, Colombia, núm.8, 2000.
- De Cupis, Adriano, *el Daño Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, 1970.

- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM, libro electrónico, México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/38351/13.pdf>
- García Ramírez, Sergio, *Dos temas de la Jurisprudencia Interamericana: “proyecto de vida” y amnistía*, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, Chile, núm. 2, mayo-agosto, 1998, <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bvj/libros/1/49/17.pdf>
- Giraldo Gómez, Luís Felipe, *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil; Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2002.
- H. Sturgess, Robert, *The “Loss of chance” Doctrine of Damages for Breach of contract*, *The Florida Bar Journal*, Estados Unidos de Norte America, Volumen 79, No. 9, Octubre 2005, http://en.wikipedia.org/wiki/Loss_of_chance_in_English_law#cite_ref-1
- I. Asua González, Clara *“Pérdida de Oportunidad de Responsabilidad Sanitaria”*, *Edit. Aranzadi Civil*, España, 2008.
- López Fernández, Carlos, *Obligaciones de medios y resultados*, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 18, julio, 2000, <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18>

- López Mesa, Marcelo, *“Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación”*, *Revista de Derecho de Daños*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Lorenzetti, Ricardo Luís, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. II, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.
- Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, México, Edit. Porrúa, 1998.
- Martínez García de León, Fernando, *Los actos ilícitos ultra vires y la protección de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2004.
- Medina Alcoz, Luís, *La teoría de la pérdida de oportunidad estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, España, Arazandi SA., 2007.
- Mazeud y Tunc André, Henri y León. *Tratado de responsabilidad Civil*, Argentina, Editorial Ejea, 1977.
- Navia Arroyo, Felipe, *Consentimiento informado y responsabilidad civil médica*, *Revista de Derecho Privado*, núm 11, Colombia, 2006.
- Orgaz, Alfredo, *El Daño resarcible*, España, Editorial Marcos Lerner.1992.
- Osterling Parodi, Felipe, *La indemnización de daños y perjuicios*, Perú, octubre de, 2002, [http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La indemnizacion de daños.pdf](http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20daños.pdf).
- Osterling Parodi, Felipe, *“Indemnizando la probabilidad: acerca de llamada pérdida de la oportunidad”*, Perú, octubre2002,

[http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando la probabilidad.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando_la_probabilidad.pdf).

- O valle Piedra, Julieta, *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- Pascual Estevill, Luis, *Derecho de daños*, España, S.A. BOSCH, 2011.
- Peirano, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, 3ª ed., Colombia, Temis, 1981, p. 364.
- Pina, Rafael de, *Derecho civil mexicano*, 8ª ed., México, Porrúa, 1993.
- Rico Álvarez, Fausto y otros, *Tratado teórico de derecho de las obligaciones*, México, Edit. Porrúa, 2013.
- Rojina Villegas, Rafael, *Teoría general de las obligaciones*, 21ª ed., México, Porrúa, 1998.
- Sánchez Cordero, Olga María, “*La responsabilidad profesional de los prestadores de servicios médicos*,” *Marco Jurídico de la Facultad de Medicina de la UANL*, México, Número 11, abril-junio de 2001.
- Seuba, Joan Carles, *Falsos positivos, la responsabilidad civil derivada del diagnóstico*, *Revista para el análisis del derecho*, E.U.A., octubre 2008, http://www.indret.com/pdf/091_es.pdf
- Torrealba Navas, Federico, “*La pérdida de oportunidad o chance*”, marzo, 2017, http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/./art_01_04.pdf

- Trigo Represas, Félix Alberto. *Pérdida de la Chance*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008.
- Vázquez Ferreira, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, 1ª ed. Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1993, p. 92.
- Zannoni, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Argentina, Editorial Astrea, 1982.

FUENTES ELECTRÓNICAS

- Asensi Pallares, Eduardo, “*La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica*”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, España, No.8, 2013, <http://www.revista.uclm.php/cesco./P.234/416-1804-2-PB.pdf>. consulta 23 abril 2017.
- Ceballos Klinkert, Laura, “*La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?*”, Universidad EAFIT, Repositorio institucional, Colombia, Abril 2016, <http://hdl.handle.net/10784/9758.pdf>.
- *Código Civil Federal*, México, Cámara de Diputados, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf, 2017.
- *Código Civil de la Ciudad de México*, Orden Jurídico Nacional, www.ordenjuridiconacional.gob.mx, 2017.

- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM, libro electrónico, México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, <http://biblio.juridicas.unam.mx./libros/8/38351/13.pdf>
- García Ramírez, Sergio, *Dos temas de la Jurisprudencia Interamericana: “proyecto de vida” y amnistía*, *Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales*, Chile, núm. 2, mayo-agosto, 1998, <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bvj/libros/1/49/17.pdf>
- H. Sturgess, Robert, *The “Loss of chance” Doctrine of Damages for Breach of contract*, *The Florida Bar Journal*, Estados Unidos de Norte America, Volumen 79, No. 9, Octubre 2005, http://en.wikipedia.org/wiki/Loss_of_chance_in_English_law#cite_ref-1
- López Fernández, Carlos, Obligaciones de medios y resultados, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 18, julio, 2000, <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/issue/view/18>
- Osterling Parodi, Felipe, *La indemnización de daños y perjuicios*, Perú, octubre de, 2002, [http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La indemnizacion de daños.pdf](http://www.osterling.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf).
- Osterling Parodi, Felipe, *“Indemnizando la probabilidad: acerca de llamada pérdida de la oportunidad”*, Perú, octubre 2002, [http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando la probabilidad.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/indemnizando_la_probabilidad.pdf).

- Seuba, Joan Carles, *Falsos positivos, la responsabilidad civil derivada del diagnóstico*, *Revista para el análisis del derecho*, E.U.A., octubre 2008, http://www.indret.com/pdf/091_es.pdf
- Torrealba Navas, Federico, “La pérdida de oportunidad o chance”, marzo, 2017, http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/./art_01_04.pdf

LEGISLACIÓN

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 20^a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- *Código Civil Federal*, México, Cámara de Diputados, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf, 2017.
- *Código Civil de la Ciudad de México*, Orden Jurídico Nacional, www.ordenjuridiconacional.gob.mx, 2017.