



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



## Tesina de la carrera de Derecho:

# La pérdida de oportunidad en la determinación de la responsabilidad civil médica en Chile.

AUTORES: PATRICIO SÁNCHEZ LÓPEZ

PAOLA FIGUEROA CORTÉS

PROFESOR GUÍA: PAMELA PRADO LÓPEZ

ENERO 2014

## ÍNDICE

<i>TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS</i> .....	4
<i>RESUMEN, PALABRAS CLAVES</i> .....	5
<i>INTRODUCCION</i> .....	6-9
<b>I. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA</b>	
1.1 UBICACIÓN DEL TEMA EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	10-12
1.2 CONCEPTO DE “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” EN RESPONSABILIDAD CIVIL.....	12-14
1.3 CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	14-16
1.4 REQUISITOS PARA QUE OPERE UNA INDEMNIZACION POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD .....	16-19
1.5 NATURALEZA JURIDICA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU DIFERENCIA CON LOS DEMÁS RUBROS INDEMNIZATORIOS.....,	19-23
1.5.1 ¿QUÉ ES UNA CHANCE? .....	19-20
1.5.2 ¿ES UN DAÑO? ¿BAJO QUÉ RUBRO INDEMNIZABLE SE REPARA?.....	20-23
1.6 TIPOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	23-29

## **II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.**

2.1 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA, PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS.....	30-36
2.1.1 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO.....	30-31
2.1.2 PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS.....	31-36
2.2 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO EN JURISPRUDENCIA EXTRANJERA, SOLUCIONES APORTADAS POR ELLA.....	36-52
2.2.1 JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	36-45
2.2.2 JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA.....	45-52

## **III. SOLUCIONES APORTADAS POR LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y APLICACIÓN DE ESTAS SOLUCIONES EN EL MARCO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.**

3.1 AUTONOMIA.....	52-55
3.2 VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO POR PÉRDIDA DE CHANCE.....	55
3.3 SITUACIÓN EN JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	55-59
3.4 PROPOSICIÓN DE UN MODELO PARA CHILE.....	59-63
CONCLUSIONES.....	64-65
BIBLIOGRAFÍA.....	66-70

## **TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS**

### **1. Abreviaturas**

Inc. : Inciso

C. : Considerando

Nº : Número

P : Página

PP : Páginas

T. : Tomo

V : Volumen

### **2. Siglas**

CC : Código Civil

CPC : Código de Procedimiento Civil

DL : Decreto Ley

DS : Decreto Supremo

SMLMV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

## **RESUMEN**

En el ámbito resarcitorio de la responsabilidad civil médica, podemos encontrar un rubro indemnizatorio de reciente data llamado “pérdida de oportunidad”. En doctrina extranjera, tanto europea como latinoamericana hay una relativa aceptación de este rubro como un daño cierto, indemnizable y autónomo, sin embargo en nuestro país la teoría se encuentra insuficientemente desarrollada doctrinariamente y además a nivel jurisprudencial observamos diversos problemas tanto en la aceptación misma como rubro autónomo, como en la cuantificación del daño y su resarcimiento. Es por ello que mediante un análisis práctico y casuístico de la jurisprudencia chilena, latinoamericana y europea lograremos delimitar el alcance de este rubro en el ámbito de la responsabilidad civil médica, proponiendo una construcción doctrinal amparada en los avances del derecho extranjero y un modelo cuantificador que se adapte a nuestro ordenamiento jurídico.

## **PALABRAS CLAVES**

1. Pérdida de oportunidad
2. Rubro Indemnizatorio Autónomo
3. Nexo de causalidad
4. Criterios Cuantificadores del daño
5. Reparación

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tratará sobre el alcance de la teoría de la “pérdida de oportunidad” en la determinación de la responsabilidad civil médica en Chile. Esta teoría creada por el derecho anglosajón y francés a finales del siglo XIX, se concretiza cuando el actuar de un agente frustra la expectativa de la víctima de conseguir un beneficio o evitar un daño<sup>1</sup>. La naturaleza de esta creación doctrinaria incluye en su contenido elementos como la culpa de agente y el nexo causal que une su conducta con el perjuicio producido a la víctima, factores que –entre otros- la convierten en uno de los conceptos más abiertos e indeterminados que existe en el derecho.

Producto de lo anterior es posible encontrar distintas doctrinas que intentan darle sentido y contenido a este rubro indemnizatorio, tanto como figura jurídica dentro del requisito de certidumbre del daño en responsabilidad civil, como en su aplicación en particular, dentro del desarrollo teórico de lo que se conoce como regímenes especiales de responsabilidad por mala praxis del facultativo, ya que en ocasiones es imposible demostrar que una determinada acción u omisión provocó daños al paciente, quedando como último recurso acceder a este rubro indemnizatorio para que se repare al menos el daño relativo a la frustración de la oportunidad de curarse o sobrevivir.

En nuestro país la teoría de la pérdida de oportunidad, como rubro indemnizatorio está recién comenzando a ser aceptada, de hecho, recién en el año 2008 una decisión judicial<sup>2</sup> afirmó de forma categórica que la pérdida de oportunidad constituye un perjuicio indemnizable. Al analizar la jurisprudencia reciente nos encontramos con dos principales problemas: en primer lugar, a pesar de que existen casos en que se ha reconocido por las Cortes de Apelaciones que en la especie procede indemnizar al paciente por pérdida de chance, no es posible materializar este reconocimiento, puesto que en se percibe una falta de reconocimiento de autonomía de este rubro indemnizable respecto del rubro de daño moral, y a la hora de condenar al pago de indemnizaciones, se termina considerando a la pérdida de oportunidad como un tipo de daño moral, y en segundo lugar, tampoco

---

<sup>1</sup>Molano Herrera, Luz: La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia, Universidad de la Sabana, 2009, p. 2.

<sup>2</sup>Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre del 2008, en causa rol 776/2008.

contamos con criterios claros a la hora de determinar un resarcimiento para este rubro, ya que no tenemos un modelo que nos permita avaluar el daño correspondiente a la oportunidad perdida.

Conscientes de esta realidad que hemos apreciado, nos hemos planteado algunas preguntas, tales como: ¿Cuál es la situación de este rubro indemnizatorio en materia de responsabilidad civil médica en nuestro país?, ¿Se le reconoce como un rubro autónomo? Y ¿cuál sería el modelo óptimo para avaluar el daño como costo de la oportunidad perdida? Para tratar de responder a estas interrogantes, es que se ha desarrollado esta investigación, permitiendo indagar en la realidad de nuestra jurisprudencia y proponiendo soluciones que ya han instaurado otros países, pero siempre respetando nuestro propio ordenamiento jurídico y su legislación.

El objetivo general de esta investigación es determinar la aplicación de esta teoría en nuestra jurisprudencia, con sus problemas y dificultades y de esta manera ofrecer una solución en vías hacia un reconocimiento más explícito y una aplicación que se haga cargo de los elementos que la configuran. Los objetivos específicos son delimitar su concepto, determinar su naturaleza jurídica estableciendo las diferencias con respecto a los demás rubros indemnizatorios, clarificar si toda pérdida de oportunidad va a constituir un daño resarcible y determinar finalmente con qué criterios cuantificaremos el daño producido.

Las hipótesis que planteamos en esta investigación son las siguientes:

- La teoría de la pérdida de oportunidad vamos a ubicarla en sede de responsabilidad civil contractual y extracontractual puesto que la distinción de ambas sedes en materia de responsabilidad médica carece de relevancia.
- La naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad consiste en que se constituya como un interés legítimo.
- También es necesario situar a la pérdida de oportunidad en sede de daño y no en sede de relación de causalidad, ya que de esta manera se debe indemnizar el daño “pérdida de chance” y no el daño final, como la muerte.
- Al identificar los tipos de pérdida de oportunidad, se hacen sinónimos las expresiones “oportunidad de sanar” y “oportunidad de curarse”, incurriendo en un error.

- Al confundir los rubros indemnizatorios de pérdida de oportunidad y daño moral se terminan otorgando indemnizaciones incompletas, teniendo incluso incidencia negativa a nivel tributario.
- El modelo cuantificador del daño debe atender a criterios analíticos más que estadísticos, de esta forma se podrá ponderar con mayor certeza el daño producido.

Para demostrar estas hipótesis y cumplir con los objetivos de la investigación, la estructura de este trabajo está dividido en tres apartados, el primero está enfocado en profundizar y delimitar el concepto de pérdida de oportunidad tanto a nivel general, como aquel referido a su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, en este punto analizaremos cuales son los requisitos exigibles para otorgar una indemnización bajo este rubro y también evaluaremos la naturaleza jurídica de esta teoría, estableciendo las diferencias de este rubro con el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, en segundo lugar, se hará un análisis jurisprudencial, para evaluar la aplicación de este rubro indemnizatorio en nuestro país, identificando los principales problemas que surgen en la práctica, y a raíz de esta identificación de estos problemas, se les dará tratamiento buscando una solución en la jurisprudencia extranjera tanto latinoamericana como europea, de esta manera además lograremos entender la aplicación y comprensión de esta figura en otros ordenamientos jurídicos. Para esto se evaluará la manera en que se pide y otorgan indemnizaciones por pérdida de oportunidad, y finalmente, evaluaremos el tema de la indemnización propiamente tal, analizando las soluciones que se han entregado en el derecho comparado en materia de criterios cuantificadores del daño y porcentaje de indemnización que se otorga (total o parcial); lo que nos guiará en la elaboración de un sistema de indemnización capaz de ser integrado a nuestro sistema jurídico, respetando nuestra legislación vigente.

Nuestro estudio es de orden cualitativo, con un tipo de investigación descriptiva, la cual tiene como objetivo preponderante el conocer un fenómeno o situación a través de la descripción de sus objetos, características y procesos, sin limitarse a ser meramente expositivo sino identificando sus problemas y relacionándolo con otras variables (en este caso con jurisprudencia extranjera), todo esto con el fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento. Dentro de este tipo de investigación nos

enfocaremos en realizar un estudio de casos, en el cual se estudiará una cantidad limitada de casos representativos con el objetivo de lograr un alcance más limitado y exhaustivo, dándole importancia a los factores cualitativos en análisis.

## **I. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

### Plan de exposición:

En este capítulo ubicaremos a la responsabilidad médica en el ámbito de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, explicando en el primer apartado porque esta distinción resulta irrelevante, en el segundo y tercer apartado conceptualizaremos a la pérdida de oportunidad ubicándola primeramente dentro de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) y luego dentro del régimen especial de responsabilidad civil médica, en el cuarto apartado analizaremos los elementos configuradores de la pérdida de oportunidad, y en segundo término evaluaremos los requisitos para que opere una indemnización por pérdida de oportunidad destacando la tensión existente entre el requisito de certidumbre como requisito general del daño resarcible y la certidumbre como requisito del rubro indemnizatorio pérdida de oportunidad. En el quinto apartado nos avocaremos a determinar la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad, estableciendo lo que la diferencia de los demás rubros indemnizatorios, y finalmente en el sexto apartado indicaremos cuales son los tipos de pérdida de oportunidad en el ámbito de responsabilidad civil médica.

### 1.1 Ubicación del tema en el ámbito contractual y extracontractual:

Uno de los temas más discutidos en el siglo XX en materia de responsabilidad civil médica fue su ámbito de ubicación. A principios de este siglo, en la mayoría de los países imperaba la teoría extracontractual, pero desde los años 30, esta postura sufrió un vuelco masivo hacia la teoría contractualista en tal magnitud, que hoy *sólo en los países del common law predomina el sistema extracontractualista* (De Matteis, 1995:1), de todas maneras, recientemente la doctrina y la jurisprudencia han mencionado ejemplos de responsabilidad extracontractual del médico tales como: servicios médicos solicitados por una persona a fin de que se preste asistencia a un paciente que no está en condiciones de consentir, cuando aquella persona no obligue contractualmente a este último por una representación legal o voluntaria, cuando la infracción civil del médico configura al mismo tiempo un delito del Derecho criminal, o casos en que la actividad médica es proporcionada

en contra de la voluntad del paciente (por ejemplo el suicida que recibe asistencia), entre otros<sup>3</sup>. Pero todos estos ejemplos de responsabilidad médica que han sido colocados en la órbita extracontractual, en realidad no siempre lo son, aunque pueden serlo en limitadas ocasiones dependiendo de que se entienda por responsabilidad contractual y extracontractual.

El punto que queremos precisar de esta discusión, es que *ella carece de relevancia desde el punto de vista de las condiciones de responsabilidad, pues los deberes de cuidado y las reglas probatorias son análogos si la responsabilidad se plantea en sede contractual o extracontractual* (Barros Burié, 2006: 667), esto quiere decir que independiente de que exista una relación individual entre el médico y el paciente producto de un contrato si el usuario es asistido sin que medie esta relación, siempre se presentará un incumplimiento de la “obligación” del médico, sin que importe la forma—contractual o extracontractual— en que esta obligación se contrajo, ya que las relaciones profesionales que vienen antecedidas de un acuerdo de voluntad, quedan sujetas a los deberes generales de cuidado de quienes actúan en el ámbito de intereses y de riesgos de terceros, esto en la práctica constituye la regla general, debido a que no es usual que las relaciones profesionales estén contractualmente precisadas, por lo tanto, la definición de deber de cuidado se plantea en iguales términos, tanto si la responsabilidad que se invoca tiene naturaleza contractual o extracontractual, ya que en ambos casos estos deberes generales de cuidado están fijados por el derecho. De acuerdo con lo expresado, Llambías precisa que *“no existe un régimen diverso de responsabilidad según que el profesional atienda al paciente a solicitud de éste o de un tercero (locación de servicios u obra) o sin el consentimiento del susodicho paciente por encontrarse impedido para emitir su voluntad; siempre la infracción al deber de prestar va referida a una obligación preexistente. No sería lógico someter a un régimen diferente el acto médico en cada una de las situaciones mencionadas”* (Bueres/Zaffaroni, 2009: 34). Por lo tanto, en ambos casos vemos involucrada una obligación legal del profesional, sin importar si ella emana o no de un contrato, en este sentido Elena Highton

---

<sup>3</sup>Estos casos aparecen mencionados por Bueres y Zaffaroni en “Responsabilidad Civil Médica”, aspectos civiles y penales. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 15-29.

agrega: *“siempre pesa sobre el médico una obligación preexistente derivada de la atención al paciente conforme a las reglas del arte y de la ciencia que no se puede paragonar con el alterum non laedere de la responsabilidad aquiliana”* (Bueres/Zaffaroni, 2009: 35).

En nuestro país, *la negligencia médica ha sido frecuentemente planteada en sede de responsabilidad civil extracontractual* (Barros Bourie, 2006: 557) y en virtud de lo explicado en los párrafos precedentes, podemos ratificar que no existen impedimentos lógicos ni normativos para que así ocurra, ya que en ambas sedes la naturaleza, estándar y prueba del debido cuidado deben ser los mismos.

Por lo explicado en los párrafos precedentes, hemos decidido ubicar el tema de la pérdida de oportunidad como rubro indemnizable en el ámbito de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, sin hacer distinción.

## 1.2 Concepto de “pérdida de oportunidad” en el ámbito de la responsabilidad civil.

Como hemos señalado en la introducción, el concepto jurídico de pérdida de chance u oportunidad, ha sido considerado como uno de los más indeterminados o abiertos que existen en el derecho, y es por eso que han surgido a nivel de derecho comparado diversos conceptos que intentan captar sus características principales. En consideración a lo anterior, en este capítulo expondremos los principales conceptos creados por la doctrina, con el objetivo de identificar los elementos en los cuales los diversos autores estén contestes y, con estos elementos identificados, obtendremos una visión más depurada del alcance de este rubro indemnizatorio.

Uno de los conceptos más destacados es el entregado por el doctor en ciencias jurídicas y sociales, Félix Trigo Represas quien indica que la pérdida de una oportunidad o “chance” constituye *“una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo, habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un mismo sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero de un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.”* (2008: p.241), el

chileno Mauricio Tapia Rodríguez, señala que la pérdida de oportunidad “*es la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual.*” (2003: p.241). David Peñuela Ortiz, considera que la pérdida de la oportunidad “*es un daño que surge al momento en que se cercena la posibilidad de obtener un beneficio o de no evitar que se produzca un evento desfavorable.*” (2013: párr. 4). Para la doctora en Derecho, Matilde Zavala, la pérdida de la oportunidad es aquella “*oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida*” (2009:402). Finalmente, el destacado jurista francés, Philippe le Torneu define a la pérdida de oportunidad como “*la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable.*” (1998:213).

En los conceptos que nos proporcionan estos autores logramos encontrar los siguientes elementos configuradores de pérdida de oportunidad:

**Componente Fáctico:** Este elemento está conformado por una oportunidad real y seria de evitar una pérdida u obtener un beneficio.

- i) **Real:** significa que la oportunidad se basa en circunstancias concretas anteriores al hecho dañoso que permiten, a la hora de realizar un examen retrospectivo del status quo anterior al hecho dañoso, deferir la posibilidad de existencia de otro estado de cosas deseable, tal es, la realización de la oportunidad (Le Tourné, 1998: 213).
- ii) **Seria:** exige una probabilidad razonable de que la oportunidad se realice, mediante el curso ordinario de los acontecimientos.

**Componente Incierto:** Este segundo elemento implica una preexistencia de un álea (Torrealba, 2010: parr.11) es decir: el riesgo de no realización de la oportunidad. Al considerar ese carácter, deben observarse circunstancias objetivas que podrían haber tenido incidencia positiva o negativa en la realización de la oportunidad. Cabe señalar que el margen de incertidumbre jurídicamente relevante que otorga la participación de estas variables distingue a la pérdida de oportunidad de otras figuras, como el daño emergente y lucro cesante.

**Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal atribuible al responsable,** que elimina o debilita la oportunidad basada en circunstancias concretas, no su incierta realización. En otras palabras, afecta el elemento factico, no así el aleatorio. Así, es la incertidumbre que produce la aparición del hecho dañoso la que determina su interferencia negativa para la realización de la oportunidad.

**Resultado cierto:** Supresión o reducción de la oportunidad de obtener un beneficio o prevenir un daño. Este elemento, tal como el primero, debe probarse.

### 1.3 Pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil médica

Tomando en consideración todos los elementos que configuran la pérdida de oportunidad, debemos abocarnos a conceptualizar y delimitar a este rubro indemnizatorio dentro de este régimen especial de responsabilidad llamado responsabilidad civil médica.

Desde un punto de vista médico – legal, uno de los conceptos más acertados de pérdida de oportunidades médicas es el dado por los médicos forenses y legistas argentinos Miguel Ángel Pini, Oscar Lossetty y Fernando Trezza, quienes indican que la pérdida de oportunidades médicas “*se refiere a privar a un paciente ya sea por comisión u omisión de la probabilidad de que sobreviva, se cure o curse su enfermedad con un determinado confort*” (2004, párr.15). Complementando este concepto, el médico madrileño Ángel de la Calle Santiuste indica que la pérdida de oportunidad en salud implica además “*el empeoramiento del pronóstico de una enfermedad, como consecuencia de la demora excesiva o inadecuada en su estudio, diagnóstico o tratamiento*” (2006:140).

Tomando en cuenta estos conceptos, podemos concluir que la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil medica es aquel rubro indemnizatorio que procede cuando un paciente (victima) que contaba con oportunidades de obtener un bien, que es el de sobrevivir a una operación, obtener un oportuno diagnóstico de una enfermedad, o de recobrar la salud, por una acción u omisión del médico (agente), pierde este potencial de oportunidades.

Como puede apreciarse, lo que se le atribuye al profesional de la salud es la responsabilidad por la frustración de la expectativa. En definitiva, al involucrar este fuerte

elemento aleatorio, la reparación de la ganancia perdida por este rubro debe ser parcial (un porcentaje) y no completa. Esto quiere decir que al final del día lo que se indemniza por este rubro es la chance en sí misma, tanto de sobrevivir, o curarse, mas no se indemniza un daño integral (como ocurre en el daño emergente o lucro cesante).

Con respecto a esto, Roberto Vásquez Ferreyra, explica que *“cuando el daño consiste en la pérdida de una chance de supervivencia, el tribunal no puede condenar al profesional a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si él hubiese realmente “matado” al enfermo. Es que el médico no “puso” la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad.”* (1987:43).

Hay que tener presente que si bien, se indemniza la chance en sí misma, esto no significa que toda pérdida de oportunidad constituya un daño resarcible, se exige, en primer lugar, que esta oportunidad tenga cierto estándar de certidumbre para que pueda ser resarcible.

En este sentido, Ana Berrocal, indica que, para que una chance pueda ser objeto de reparación, debe cumplir con dos requisitos: Seguridad de que de haberse dado la oportunidad de aplicarse determinado tratamiento no se hubiese producido el daño, y que exista probabilidad causal (2011:37). A su vez, el autor chileno Marcelo López Mesa indica que la pérdida de la chance es resarcible cuando importa una “probabilidad suficiente” de obtener un beneficio económico que resulta frustrado por culpa ajena, no siendo indemnizable si representa una posibilidad general y vaga. (2007:165). Asimismo, en un fallo dictado por el 1º Tribunal Civil y Comercial de Mendoza, se señala que “la pérdida de oportunidad debe constituir una oportunidad verosímil de lograr una ventaja o impedir una pérdida; el daño indemnizable radica en la frustración de esa oportunidad a raíz de un hecho lesivo. No se identifica con la utilidad dejada de percibir; lo resarcible es la chance misma, que debe ameritarse judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta” (fallo del 17/09/03 C. 1º Expte. N° 68.8845/35.750).

Por lo tanto, para que una posibilidad sea indemnizable debe cumplir al menos con un grado de certidumbre, quedando al criterio del juez la evaluación de la probabilidad que

tenía esta chance de convertirse en cierta. Para efectos de esta evaluación, es prudente tomar en cuenta factores como: riesgos típicos asociados a la enfermedad, estado de salud del paciente, edad del paciente, antecedentes familiares, condiciones y época en que llegó a realizarse los primeros diagnósticos médicos, entre otros.

#### 1.4 Requisitos para que opere una indemnización por pérdida de oportunidad:

Además de este requisito de certidumbre de la chance, Marcelo López Mesa identifica al menos otros cinco requisitos, que deben cumplirse para que proceda la indemnización en razón de este rubro (2007: p.165); estos son:

i) Existencia de una relación causal adecuada entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del dañador:

Este requisito debe entenderse en un sentido distinto a la relación causal o nexo causal que se exige como requisito general del daño resarcible (mecanismo ordinario de declaración de responsabilidad extracontractual). Resulta necesario hacer esta distinción ya que la teoría de la pérdida de oportunidad nace justamente en la dificultad de probar una relación causal entre una lesión jurídica y la acción u omisión en que incurrió el profesional, frente a esta dificultad es que la teoría de la pérdida de oportunidad opera sin exigir una nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión en la forma clásica, sino que *bastando para su procedencia e indemnización probar que se privó al perjudicado de aquellas oportunidades que razonablemente hubieran debido serle accesibles y ello con independencia del resultado incierto de las mismas.* (Siso Martín, 2000:2).

Para entender esta distinción, debemos en primer lugar recordar brevemente el mecanismo ordinario de la declaración de responsabilidad extracontractual, el cual supone la concurrencia de los siguientes elementos:

- Daño en el sujeto
- Acción u omisión antijurídica hacia el sujeto dañado
- Relación causal entre acción u omisión y el daño

En este supuesto la acción u omisión no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; *el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa* (Mosett: 357:2004).

Por lo tanto, el daño debe ser consecuencia del hecho antijurídico que actúa como causa, de ahí que en materia de responsabilidad civil extracontractual sólo se indemnizan los perjuicios directos, ya que tratándose de los indirectos se pierde el nexo causal.

Este modelo clásico de relación causal funciona de manera perfecta en los supuestos donde solo concurre una causa en la producción del daño, pero cuando concurren numerosas circunstancias a la producción del daño, se plantea el problema de determinar si todas esas circunstancias son o no causa; y es aquí donde nacen las teorías empiristas y normativistas que intentan dar una solución al tema de las concausas, y aunque existan teorías más aceptadas que otras, como la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la causa adecuada, finalmente ninguna de ellas ofrece una solución óptima a esta problemática.

Precisamente la responsabilidad civil médica es un escenario que representa de manera más clara este problema de índole causal o de causalidad concurrente, ya sea por las predisposiciones del paciente, la propia falta del médico, o las acciones u omisiones de quienes están bajo su dependencia como el equipo cirujano, que conforman múltiples causales que inciden en la producción del resultado final nocivo, por lo tanto el sistema clásico de relación causal del daño indemnizable en este contexto, no ofrece una solución a la hora de determinar si el daño fue o no producido por una causa, y es aquí donde entra a operar la teoría de la pérdida de oportunidad, la cual exige una relación de causalidad distinta de la tradicional, ya que la relación causal se exige del actuar del agente hacia la pérdida de oportunidad, es decir que efectivamente la acción u omisión del médico o de sus dependientes frustraron la posibilidad del paciente de sanarse o de sobrevivir, por lo tanto *la relación causal se exige del actuar del agente hacia la pérdida de oportunidad y no de aquel hacia la pérdida del beneficio esperado* (Peñuela: 2013 párr.12). En este sentido Juan Prevot nos explica que *“el obstáculo causal (en su concepción tradicional) lisa y llanamente se desvanece y es, en consecuencia, reemplazado por un nuevo nexo causal que*

*ahora enlaza la conducta culpable del galeno con la pérdida de probabilidades de evitar un resultado nocivo” (2010:143).*

Es necesario destacar que a pesar de la distinción realizada anteriormente, la pérdida de oportunidad del mismo modo exige un nexo de causalidad sólido no sujeto a meras deducciones , conjeturas o probabilidades sino que debe estar amparado en la certeza probatoria, esto se relaciona con el requisito de certidumbre de la oportunidad resarcible y permite, a su vez, ubicar a la pérdida de oportunidad –ya no- en sede de relación de causalidad, sede que constituyó su génesis, sino que , hoy nos permite ubicar a este rubro en sede de daño lo que nos permite indemnizar , en efecto, el daño constituido por la oportunidad perdida de sanarse o sobrevivir, según corresponda.

ii) Antijuridicidad de la actuación del dañador:

Este constituye un presupuesto esencial de la Responsabilidad Civil, que califica de ilícita a toda conducta o acción humana, realizada por acción u omisión, que viole o transgreda las normas del ordenamiento jurídico, las normas éticas y los principios del orden público y las buenas costumbres; con la consiguiente obligación de indemnizar los daños producidos, en este sentido Trigo Represas y López Mesa precisan que la anti juridicidad del proceder galénico puede derivarse de su contradicción con los términos del contrato de asistencia médica celebrado entre médico y paciente; o del incumplimiento del deber jurídico genérico, implícito en nuestro ordenamiento de no dañar a otros (2011:355).

iii) Legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiera antijurídicamente.

iv) El balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable, que demuestre que estadísticamente o según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera una ganancia o ventaja: Este requisito se refiere a la certidumbre que ya analizamos en el punto anterior.

v) Posibilidad de cuantificación de la chance frustrada:

En la práctica se recurre a un perito para que demuestre que existían estas expectativas futuras basándose en estadísticas científicas, este requisito será desarrollado en el capítulo III de esta tesina.

La existencia de estos requisitos demuestra, en primer lugar, que no toda pérdida de oportunidad constituye un daño resarcible, exigiéndose respecto de ella un requisito de certidumbre, además se exige un nexo de causalidad distinto del nexo de causalidad del modelo clásico sin que ello implique que se pierda su característica de nexo causal sólido, asimismo se manifiesta que a la hora de definir la concesión de resarcimiento, el juez debe considerar y apreciar los factores con suma cautela, porque otro modo, esto daría espacio a indemnizaciones de situaciones hipotéticas que no contarían ni con el más mínimo asidero en la realidad.

### 1.5 Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad y su diferencia con los demás rubros indemnizatorios.

Al tratarse de uno de los conceptos más indeterminados que posee el derecho, la determinación de su naturaleza se hace, en principio, una tarea difícil. Por ello, hemos estimado necesario un estudio simétrico e inductivo que nos permita definirla de la forma más certera posible:

#### 1.5.1 ¿Qué es una chance?

Una persona afectada por una lesión o una enfermedad a menudo posee una chance de curarse o sobrevivir, la cual debe estar determinada, en primer lugar, por una posibilidad de lograrlo, y en segundo lugar, por una probabilidad de lograrlo. El planteamiento de esta dinámica, que propone la existencia de una posibilidad y una probabilidad de lograr o no lograr el objetivo dado, obliga a considerar a la primera como elemento esencial de lo que entendemos como chance y a la segunda como un elemento cuantificador básico que concurre según cada caso concreto.

En efecto, la “chance” u “oportunidad” de la que hablamos en esta materia se funda en dos razones:

- i) **La razón prudente de que algo ocurra (“es posible que se cure o que sobreviva”):** La no existencia a priori de la posibilidad de que algo ocurra destruye por completo la existencia de la chance, ya que trae certeza de que algo no ocurrirá; es decir, no se curara la lesión o enfermedad porque es totalmente imposible.

**ii) Una razón entre el nº de casos favorables y el nº de casos “posibles”;** (“es más o menos probable que se cure o que sobreviva”): Aquí se determina una totalidad de posibilidades, generalmente expresada en porcentajes, de casos favorables versus casos no favorables, los cuales juntos resultan el nº de casos “posibles”. Se trata de una forma de cuantificar el escenario de posibilidades.

Así, la figura típica que se presenta en estos casos se manifiesta de esta forma: es posible curar la lesión A mediante el tratamiento X y hay, por ejemplo, 80% de probabilidades de lograrlo, y 20% de no lograrlo.

Ahora bien, la concurrencia de un hecho que en definitiva hace perder la chance es una que, al producirse, elimina la cantidad de casos favorables de curación o sobrevivencia, y con ello la posibilidad que existía de éstas. Dicho de otra forma, y usando la figura expresada arriba, el hecho que concurre reduce el 80% de probabilidades de lograr la curación o sobrevivencia a 0%, eliminando con ello la posibilidad de su ocurrencia.

En conclusión, la chance se constituye como una razón compuesta por la posibilidad de que algo ocurra y que la probabilidad que tiene de ocurrir, dentro de una esfera de casos “posibles”.

#### 1.5.2 ¿Es un daño? ¿Bajo qué rubro indemnizable se repara?

El análisis anteriormente efectuado es de relevancia para determinar si la pérdida de oportunidad constituye o no un daño, ya que éste, como tal, se constituye como condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil (Barros Burié, 2006: 215), y para determinar qué es lo que en definitiva sufre el daño causado por el hecho.

En el punto anterior concluimos que la chance se constituye como una razón que conjuga la posibilidad y probabilidad de la ocurrencia de algo, en este caso, la curación o sobrevivencia de una persona. Ello arroja consecuentemente que la persona posee una chance u oportunidad de obtener un resultado. Esta chance, en principio, no posee una naturaleza exclusivamente patrimonial ya que, aun cuando hubiese casos en que, en vista del resultado, pudiera evaluarse en dinero, hay otros en que la chance, en vista a lo mismo,

no es susceptible de evaluarse de esa manera; es cuestión de observar un caso en que la chance u oportunidad perdida sea la de sobrevivir.

Esta mirada que apunta al resultado, puede contrastarse con la que puede hacerse a la chance misma, como tal: Ella por su naturaleza propia no es una cosa corporal o una facultad de querer, entender o sentir. Tampoco puede ser una cosa incorporeal, por cuanto no tiene expreso reconocimiento jurídico como una individualidad determinada abstractamente en algunos ordenamientos: como tal, si bien no lo mencionamos arriba – con meros fines explicativos - la chance es una **situación**, no una cosa, no una acción, no un crédito ni un derecho.

La chance es una situación debido a que se configura como un conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien en un determinado momento<sup>4</sup>. En efecto, los factores o circunstancias son aquellas que resultan en las razones que expusimos más arriba: la dinámica entre la posibilidad y probabilidad de la ocurrencia de algo, que afectan a un paciente en un determinado momento.

Al considerarla de esta manera, concluimos lo siguiente:

- i) Lo que daña el hecho es a la chance misma: al porcentaje de casos favorables que cuantifican la probabilidad de ocurrencia de un resultado posible. Esta dinámica, este conjunto de factores afectan al paciente en un determinado momento, en el cual sufre la lesión, enfermedad o riesgo de muerte, es una situación, no un derecho, no un bien, etc. Posteriormente la chance u oportunidad perdida trae como consecuencia otros daños de índole patrimonial o extrapatrimonial que si pueden afectar a derechos o a bienes.
- ii) Si la chance es una situación, su daño (que deriva en su pérdida) no puede ser indemnizado como daño emergente, ya que bajo este rubro se indemnizan pérdidas o daños a bienes patrimoniales, y una situación no es un bien.
- iii) Si la chance es una situación, su daño (que deriva en su pérdida) no puede ser indemnizado como lucro cesante, ya que bajo este rubro se indemnizan pérdidas o daños a ganancias patrimoniales, y una situación no es una ganancia.

---

<sup>4</sup> Real Academia de la Lengua Española

- iv) Si la chance es una situación, su daño (que deriva en su pérdida) no puede ser indemnizado como daño moral, ya que bajo este rubro se indemnizan menoscabos a las facultades de querer, entender y sentir de una persona, y una situación no es una facultad de querer, entender o sentir<sup>5</sup>.
- v) El daño se ha entendido todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial<sup>6</sup>, ampliando el concepto incluso a la lesión de un interés legítimo<sup>7</sup>, éste último entendido como una situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho (Tron, Jean Claude, 2012: 251) . En efecto, la chance cobra relevancia jurídica cuando un hecho causado por otra persona (en este caso, el facultativo) la elimina, dando esa actuación derecho a exigirle a esa persona una indemnización a consecuencia del daño causado. Ferrer señala que “desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven” (Sánchez Morón, 1995: 3661) .En este caso, podríamos pensar justificadamente que la chance perdida a causa de un hecho dañoso es un actuar antijurídico por la sola infracción al principio *alterum non laedere*, que daña un interés legítimo que posee el paciente, tal es, su chance de curación o sobrevivencia. En otras palabras, hay un daño a un interés legítimo que es la chance.

---

<sup>5</sup> El concepto de daño moral que utilizamos es “El daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.”

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4ª, 65, citando a los hermanos Mazeaud.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83.

vi) Al entender a la chance como un interés legítimo del paciente, es necesario considerar que el daño que ella sufre (concretizado en su pérdida) no puede ser indemnizado por el ninguno de los rubros mencionados señalados en los puntos 2 y 3, por lo ya explicado, lo que da a entender que la pérdida de oportunidad o chance, al menos en materia de responsabilidad médica, debe ser indemnizada como rubro indemnizatorio autónomo.

A modo de síntesis, la pérdida de una chance u oportunidad es un daño que menoscaba un interés legítimo llamado chance, entendida como una razón existente entre la posibilidad y probabilidad de curarse o sobrevivir, y por su naturaleza jurídica debe ser indemnizada como un rubro indemnizatorio autónomo, distinto al daño emergente, lucro cesante o daño moral.

#### 1.6 Tipos de pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil médica

A la hora de delimitar los distintos tipos de pérdida de oportunidad que existen en materia de responsabilidad médica, vuelven a encontrarse la ambigüedad e indeterminación que sufren los términos y conceptos que en doctrina se utilizan para lograr tal cometido.

En efecto, docentes, jueces y abogados, han diferenciado en el ámbito médico dos tipos de pérdida de oportunidad: la pérdida de oportunidad de “curarse o sanar”<sup>8</sup> y la pérdida de

---

<sup>8</sup> Algunos de los textos revisados: “En materia médica, especial importancia tiene la *pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir*, que justifica la condena del médico que con su falta” TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales. *Rev. derecho (Valdivia)*. 2003, vol.15, pp. 104 ;

“Frente a los supuestos de responsabilidad en que se imputa al médico el resultado dañoso; con la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de **sanación**” BERROCAL LANZAROT, A. “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”. *Revista de la Escuela de Medicina Legal, Norteamérica*, 16, ene. 2011, pp. 37;

“Para decirlo crudamente, el juez debe determinar si de acuerdo con la situación de salud de la víctima, el estado de los conocimientos médicos en ese momento, las posibilidades terapéuticas con que se contaba para atenderlo, era más probable que se **curara** o se muriera”

LOPEZ MEZA. Marcelo J. “Teoría general de la responsabilidad civil medica en el derecho argentino y comparado”, pp. 170;

oportunidad de “sobrevivir”, denominaciones que han sido usadas por la doctrina para agrupar contenidos que si bien coincidentes en la mayoría de sus puntos y acordes con el concepto genérico, no dejan de ser inexactos y/o amplios.

Como primer punto en el cual observamos un error en doctrina es en el uso indistinto e incluso análogo de dos términos de distinto significado: “curarse” y “sanar”. El término “curación” agrupa distintos sentidos según la aplicación técnica que tenga en determinada especialidad (la diferencia entre ellos radica generalmente en su objeto) sin embargo, todos coinciden en un punto, el cual es correctamente abordado por el significado que la Real Academia de la Lengua Española le otorga; “curar” es “aplicar con éxito a un paciente los remedios correspondientes a la remisión de una lesión o dolencia” y “sanar” (según la misma) es “restituir a alguien la salud que había perdido”. Ahora bien, hacemos esta distinción porque creemos que estamos frente a dos alternativas diferentes que de aplicarse indistintamente puede llevar a confusiones:

1. Al ser la obligación del médico una de medios, éste se obliga – por regla general – a proceder de acuerdo a un estándar de debida diligencia o cuidado según lo que dispone la *lex artis* (Barros, 2010: 672), o sea, se obliga a realizar el o los actos terapéuticos correspondientes a la luz del diagnóstico obtenido, no a conseguir un resultado como sería eliminar la enfermedad o reparar la lesión. De aceptar la procedencia de la palabra “sanarse” – y bajo el marco de aplicación que utilizan los autores que criticamos - el médico se obligaría directamente al resultado – tal es, restituir la salud – lo que escapa del

---

“Debe advertirse que, para que haya reparación de la que trata el párrafo precedente, no es necesario que la víctima acredite que con una adecuada prestación del servicio médico se hubiera impedido el daño, solo es necesario establecer que la falla en el servicio le hizo perder al paciente oportunidades de sobrevivir o de **curarse**” HERRERA MOLANO, Luz “La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia”, 2009, pp. 16;

“A diferencia de los casos de responsabilidad en los que se imputa al médico la causa de un fallecimiento o de una lesión, en este tipo de casos el paciente ingresa en el hospital con un daño preexistente y lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de **sanación**”

FRANQUET, PABLO “Condenas por privación de la posibilidad de **curación**” 2007, pp. 1 (las negritas son nuestras).

rubro indemnizable que constituye responsabilidad médica, salvo las excepciones correspondientes.

2. Aceptando que, por regla general la obligación es de medios y que entre ambos términos se da una situación fáctica deseable de mejoría, se debe diferenciar qué es lo que cambia: en el caso de la sanación se restituye la salud, definiéndose ésta como “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>2</sup>, por lo tanto en la restitución de la salud operarían dos factores: la existencia de una devolución (quien tenía la salud, la recupera) y en segundo lugar, un paso a un estado ideal del cuerpo. En cambio, en el caso de la curación se pasa de un estado de enfermedad o lesión a otro estado en el cual esa lesión o enfermedad se encuentran eliminadas o reparadas, no significando ello necesariamente una restitución de salud. En otras palabras, la curación solo implicaría una reparación aislada de una disfunción; la sanación implica un cambio de estado que consiste en la recuperación de un estado ideal que se poseía. Esta diferencia es relevante debido a la inconveniente reducción que hace de la situación fáctica deseable de mejoría: si nos inclinamos por la situación de “sanarse”, se cae en el absurdo de entender que ésta no estaría realizada sino cuando el paciente lograra el estado ideal anteriormente descrito, aun cuando el acto terapéutico no busque ese objetivo.
3. Utilizando el concepto citado en el párrafo anterior, “sanación” es un término comúnmente usado – incluso en la psicología – para definir la restitución de un tipo de salud que no es única y/o necesariamente la del cuerpo, sino que también la emocional y la espiritual, las cuales por razones obvias el médico no está obligado a reparar.

Por consiguiente, y a la luz de los motivos anteriormente mencionados, creemos que la palabra “curación” es la más indicada para poder delimitar uno de los tipos de pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica. Así, entendemos la **pérdida de oportunidad de curarse** como *“aquella frustración de una expectativa real y seria del paciente de eliminar una enfermedad, reparar una lesión o mantener su statu quo a*

*consecuencia de un diagnóstico erróneo o tardío y/o de la no aplicación o aplicación errónea de un acto terapéutico”<sup>9</sup>*

Como segundo punto debemos delimitar la procedencia de lo que se conoce como pérdida de oportunidad de sobrevivir. Para hacer una primera aproximación creemos conveniente hacernos del significado que la Real Academia de la Lengua Española ha otorgado a este término: “Vivir después de un determinado suceso”. Así, entenderemos por **pérdida de oportunidad de sobrevivir** como *“aquella frustración de una expectativa real y seria del paciente de evitar un fallecimiento a consecuencia de un diagnóstico erróneo o tardío y/o de la no aplicación o aplicación errónea de un acto terapéutico”*

La entrega de estos dos conceptos nos merece los siguientes comentarios

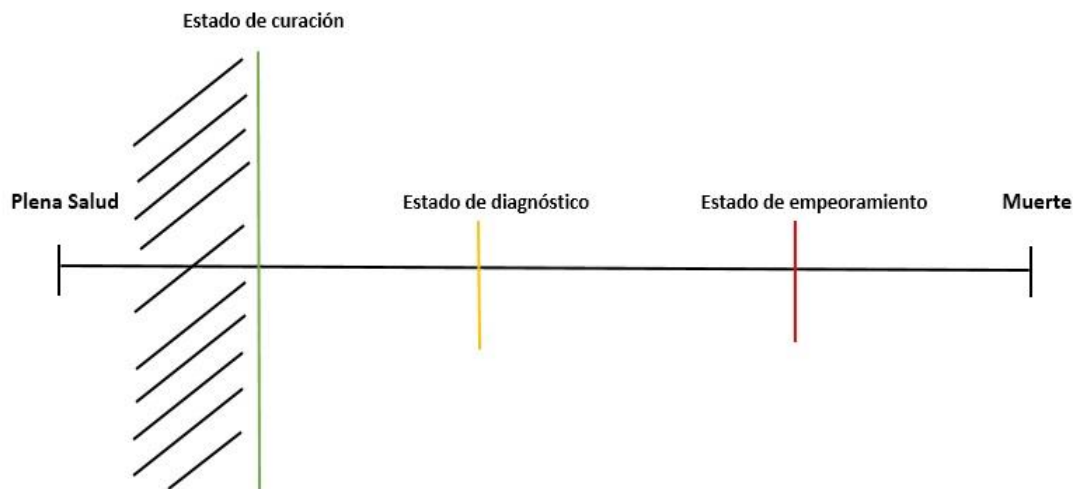
1.- A diferencia de lo que sucede con la pérdida de oportunidad de curación, acá la conducta del médico va encaminada a impedir que un hecho (acción, omisión o uno de la naturaleza que cause una enfermedad o lesión) derive en el fallecimiento del paciente, aunque sin obligarse a ese resultado. Con todo, la similitud está en que la obligación sigue siendo la de actuar con debida diligencia o cuidado de acuerdo a la *lex artis* para lograrlo.

2.- Con relación a lo último, entendemos que el médico deberá respetar y seguir un procedimiento, ya sea para curar o impedir la muerte de un paciente, que concluirá (de conclusión) luego de elaborar el diagnóstico. Así, al momento de nacida la relación jurídica médico – paciente y posteriormente efectuado el diagnóstico, el paciente se vería enfrentado a las siguientes situaciones:

---

<sup>9</sup> Se entiende como diagnóstico “Parte de la medicina que tiene por objetivo identificar una enfermedad basándose en los síntomas que presenta el paciente, el historial clínico y los exámenes complementarios (físicos, analíticos, etcétera)” (Diccionario medico disponible en <http://salud.doctissimo.es/diccionario-medico/diagnostico.html>) y acto terapéutico como “conjunto de medios de cualquier clase, higiénicos, farmacológicos, quirúrgicos o físicos cuya finalidad es la curación de las enfermedades o síntomas, cuando se ha llegado a un diagnóstico” (definición disponible en <http://www.policlinicaelmirador.es/servicios/actos-terapeuticos>).

## Pérdida de oportunidad de curación:

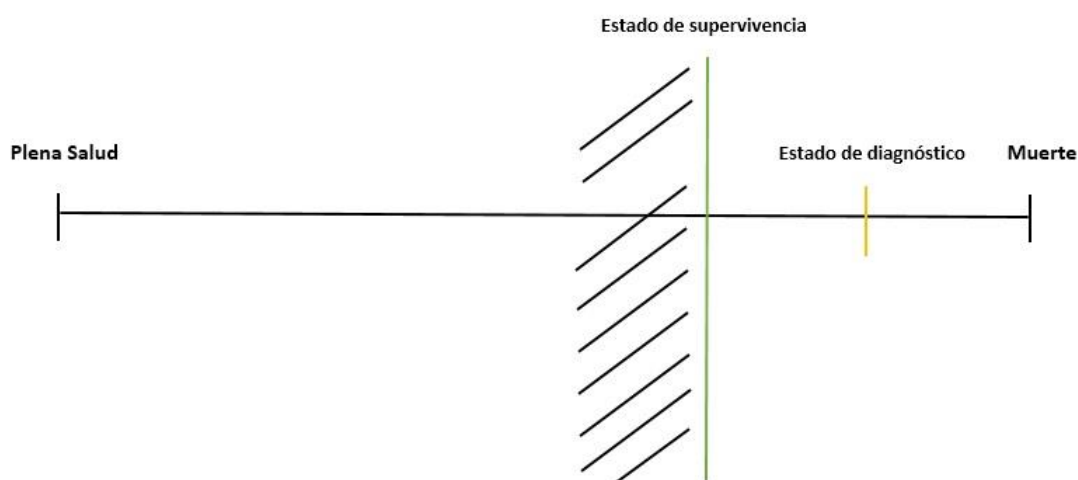


Con este dibujo graficamos el rango de salud que una persona puede tener, que se extiende desde un estado de plena salud que, como explicamos más arriba, escapa de la obligación del médico al prestar sus servicios a un paciente, y el de la muerte, el cual preferimos dejar sin definición para que se ajuste a cada caso particular. Mediante un simple análisis fáctico, al momento de nacer la relación jurídica y de realizado el diagnóstico al paciente, podemos encontrar los siguientes estados:

- 1.- Estado de diagnóstico: es aquel que tiene el paciente al momento de iniciarse la relación jurídica con el médico. A éste corresponde también lo que expresamos como “status quo” ya que no se observa mejoría ni empeoramiento del paciente.
- 2.- Estado de curación: Aquel en cual el médico, mediante la ejecución y/u omisión de determinados actos terapéuticos, logra eliminar la enfermedad o reparar la lesión de su paciente. La zona achurada representa el rango al que el médico no se obliga a llegar por no ser la obligación médica una de resultado y por estar más allá del rango de curación al que pueden acceder los actos terapéuticos
- 3.- Estado de empeoramiento: Aquel en cual el médico, mediante la ejecución y/u omisión de determinados actos terapéuticos, aumenta la intensidad de la enfermedad o lesión del paciente.

El diagrama mostrado con su correspondiente descripción puede estar sujeto a variables ya que, como la definición de pérdida de oportunidad de curarse versa, no solo puede verse frustrada la oportunidad de eliminar o reparar una enfermedad o lesión, sino también aquella en que el médico se obliga a que éstas no empeoren. Por ello, puede perfectamente darse (y como expondremos en el análisis jurisprudencial en el capítulo siguiente), que el estado de curación “coincida” con el estado de diagnóstico.

Pérdida de oportunidad de sobrevivir:



En el caso de la pérdida de oportunidad de sobrevivir la situación es distinta: la gravedad del paciente es tal que solo tiene dos alternativas: vivir luego del hecho o morir. Producto de esto, y como se puede observar en el diagrama, no hay un estado de empeoramiento, ya que este “coincide” con la muerte del sujeto. De esta forma, la oportunidad frustrada solo sería la de lograr un estado de supervivencia<sup>10</sup>; incluso pudiendo entender que no sería procedente la pérdida de oportunidad de mantención de un status quo, si este puede traer la muerte del paciente (situación que muy probablemente se presente).

<sup>10</sup> Este estado deberá definirse según los casos particulares en que se aplique: La supervivencia a la que los actos terapéuticos que realice el médico apunta pueden tener una dimensión cuantitativa, esto es, que tan cerca de la plena salud corporal se obliga a apuntar el médico (funcionamiento mínimo, óptimo del cuerpo humano) y una cualitativa, esto es, si requieren una dependencia a factores externos (ya sea farmacológicos o derivados de la tecnología médica, entre otros) que puede variar según el diagnóstico de cada paciente.

Finalmente debemos advertir que en la práctica suelen presentarse casos de pérdida de oportunidad sinalagmática, que comenzando con un empeoramiento del estado de salud por un diagnóstico erróneo o tardío y/o de la no aplicación o aplicación errónea de un acto terapéutico por parte del médico (pérdida de oportunidad de curación), deriva posteriormente en muerte (pérdida de oportunidad de sobrevivir), en estos casos la jurisprudencia no tiene una solución uniforme respecto de por cuál de los dos tipos de pérdida de oportunidad otorgar una indemnización, aunque ésta materia será revisada en el tercer capítulo de esta tesina, nos resulta necesario dar a conocer su existencia a la hora de diferenciar estos dos tipos de pérdida de oportunidad.

## II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

### Plan de exposición:

En el primer apartado de este capítulo explicaremos los dos principales problemas que se presentan en nuestra jurisprudencia a la hora de tratar este rubro indemnizatorio: la falta de reconocimiento de autonomía y la falta de un sistema para cuantificar el daño. En el segundo apartado identificaremos como la jurisprudencia extranjera ha logrado darle soluciones a estos problemas que suelen darse cuando este rubro está recién implantándose en el ámbito de responsabilidad civil, y finalmente aplicaremos estas soluciones en nuestro sistema jurídico.

### 2.1 Aplicación de este rubro indemnizatorio en nuestra jurisprudencia, principales problemas detectados:

#### 2.1.1 Aplicación de este rubro indemnizatorio:

Al analizar la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad civil médica, vemos que es el ámbito donde se presentan mayor n° de casos en que se esgrime su existencia y en que efectivamente se reconoce e indemnizan daños de esta naturaleza por parte de los tribunales, hay que tener presente que en nuestra jurisprudencia esta teoría tiene una muy reciente data, debido a la aceptación tradicional del sistema tripartito de responsabilidad extracontractual, el cual se componía solamente por los rubros indemnizatorios de daño emergente, lucro cesante y daño moral, en este sentido nos encontramos con sentencias de los años 2004 y 2006<sup>11</sup>, en las cuales los tribunales se habían negado a razonar en términos de reconocer perjuicios indemnizables bajo esta denominación de pérdida de oportunidad, incluso en un recurso presentado en el año 2006, el recurrente argumentó que *“se le estaría condenando por un daño no contemplado el*

---

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte Suprema confirmatoria de la sentencia emanada de la Corte de apelaciones de Concepción con fecha 3 de octubre del 2003, causa rol 3220 -2003, y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de septiembre del 2006, causa rol 3530-2004.

*ordenamiento jurídico, como lo es lo que la doctrina ha denominado la pérdida de chance*"<sup>12</sup>.

La sentencia que podríamos indicar como pionera en reconocer la teoría de la pérdida de oportunidad la podemos ubicar cronológicamente en el año 2003<sup>13</sup>, pero no es hasta el año 2008 cuando comenzamos a observar una tendencia a invocar por parte de los recurrentes tanto como por vía de acción como de excepción la presencia de perjuicios indemnizables bajo el título de pérdida de oportunidad, pero como en toda transición hacia el reconocimiento de este rubro indemnizatorio, su tratamiento jurisprudencial no ha estado exento de problemas, principalmente porque aún no podemos afirmar que se ha aceptado esta teoría en su totalidad, como si ha ocurrido a nivel de jurisprudencia extranjera italiana, francesa, argentina, española, entre otras. Es por este motivo que en el siguiente apartado daremos tratamiento a los principales problemas detectados en el tratamiento de esta teoría en nuestra jurisprudencia y posteriormente evaluaremos como se han resuelto a nivel de jurisprudencia extranjera.

#### 2.1.2 Principales problemas detectados:

Al analizar la reciente jurisprudencia chilena referida a la pérdida de oportunidad dentro de la responsabilidad civil médica, pudimos detectar 2 principales problemas que se suscitan a la hora de su tratamiento:

**i) No hay un reconocimiento de autonomía respecto de los demás rubros indemnizatorios:**

Este sucede porque la regla general es que estos daños o bien se analizan como conjeturas (daño eventual) o se analizan como lucro cesante imperfecto (con una probabilidad baja de ocurrencia y por tanto excluidos de reparación) (Tapia: 2012: 252).

---

<sup>12</sup> C. 3º, Corte Suprema, confirmatoria de la sentencia emanada de la Corte de apelaciones de Concepción con fecha 3 de octubre del 2003, causa rol 3220 -2003

<sup>13</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2009): Recurso de casación en la forma y en fondo, José Huenchur con Servicio de Salud de Puerto Montt, Rol 7-2009, disponible en v-lex online.

Este problema se puede distinguir en sentencias provenientes tanto de la Corte de Apelaciones como de la Corte Suprema, en donde los litigantes, tanto por vía de acción como de excepción impugnan la existencia de pérdida de chance para el caso determinado, el tribunal reconoce su existencia y procedencia, pero a la hora de dictar la resolución, termina condenando a indemnizar por concepto de daño moral, esto implica que todo el monto de indemnización correspondiente a pérdida de oportunidad termina otorgándose bajo el rubro indemnizatorio de daño moral.

Esta tendencia a no reconocer la autonomía de este rubro indemnizatorio lo podemos apreciar de manera clara en las sentencias 776 del año 2008 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>14</sup>, 7 del 2009 de la Corte Suprema<sup>15</sup> y 5264 -2003 de la Corte Suprema<sup>16</sup>.

La primera de ellas, según Mauricio Tapia *“es el primer caso que afirma de forma categórica que la pérdida de oportunidad constituye un perjuicio indemnizable en nuestro país”* (párr.1:2011).

En este caso se logra acreditar que el médico incurrió en un error de diagnóstico al no detectar un melanoma maligno en la primera biopsia de un lunar que se le extirpó a la paciente, lo que provocó que la paciente no pudiera recibir un tratamiento médico adecuado durante más de un año, cuando a raíz de un aborto espontáneo y cuadros de dolor en el esternón y en el sacro se le realizaran una serie de exámenes y una nueva biopsia al lunar extirpado, descubriéndose que existía un tumor anaplásico de células grandes, finalmente y al presentar una progresión masiva de la enfermedad, y a pesar de estar siendo tratada con opiáceos, corticoides e inhibición de angiogénesis, la paciente fallece en febrero del 2005.

La Corte al examinar los sumarios administrativos, informes médicos y las declaraciones de dos médicos involucrados en la primera biopsia, concluye en sus c. décimo, décimo

---

<sup>14</sup>Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Recurso de apelación, Karen Ojeda Molina con Hospital Fricke, Rol 776-2008, disponible en v-lex online.

<sup>15</sup>Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2009): Recurso de casación en la forma y en fondo, José Huenchur con Servicio de Salud de Puerto Montt, Rol 7-2009, disponible en v-lex online.

<sup>16</sup>Sentencia Corte Suprema (2010): Recurso de casación en la forma y fondo, Marianela Campillo Mañan con Servicio de Salud de Concepción, Rol 5264-2003, disponible en v-lex online.

tercero y décimo cuarto que en la especie se generó una pérdida de chance ya que a raíz de este error en el diagnóstico, la paciente no tuvo conocimiento, ni atención médica de la enfermedad que padecía sino hasta un año después, viéndose por ende afectada su proyección de vida, además concluye que si efectivamente se hubiera diagnosticado la enfermedad oportunamente, la paciente habría vivido más tiempo del que vivió, por lo tanto se le privó de aspirar a una sobrevivida, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, y es enfática al señalar al final del c. décimo tercero: “todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance”.

En su c. décimo cuarto reconoce que se puede indemnizar a ella y a sus parientes cercanos por pérdida de oportunidad, al señalar: “Que no cabe duda que esta pérdida de chance, que constituye el perjuicio sufrido directamente por la víctima también alcanza a sus padres, marido y hermanos”.

Finalmente, se confirma la sentencia apelada y la Corte de Apelaciones condena a pagar pero bajo el rubro indemnizatorio de daño moral.

La segunda causa es considerada por el profesor José Miguel Valdivia como “una sentencia que, inequívocamente, repara la pérdida de una chance” (2010: párr.1). En ella la Corte de Apelaciones de Puerto Montt condena a un servicio de salud a indemnizar los perjuicios derivados del retraso incurrido en la comunicación del resultado de una muestra de sangre tomada a un donante, impidiéndole conocer oportunamente su condición de portador del virus VIH. En el c. sexto de esta sentencia se reconoce la existencia de un perjuicio, indicando que al omitirse los actos que diligentemente debieron hacerse para agotar la comunicación del resultado de la muestra de sangre, lo que habría permitido una atención e ingreso al programa de control del Sida con la anticipación necesaria para evitar una mayor progresión del estado en que se inició el tratamiento y evitar asimismo la afectación psicológica producida al actor, ya que conocer el diagnóstico de una enfermedad permite al paciente ejercer alguna incidencia sobre el curso de acción a seguir; luego la Corte hace una clara identificación de cuál es el daño que debe indemnizarse señalando que el daño que se provocaría en caso de no entregar ese diagnóstico o entregar uno distinto no puede ser confundido con el daño que supone en sí misma la enfermedad de que se trate, y lo que debe repararse en este caso es sólo la frustración de la posibilidad de haber adoptado

un curso de acción distinto frente a la enfermedad, por lo tanto se identifica aquí un perjuicio indemnizable correspondiente a la pérdida de oportunidad de curación.

La Corte repite esta idea en su c. noveno, explicando que *la detección precoz* del Sida hubiere sido más beneficiosa para la salud del demandante, ya que lo habría enfrentado a un menor porcentaje de mortalidad de su enfermedad, al menos mejorando su pronóstico, por el contrario al ser informado estaba en la etapa más avanzada de la enfermedad.

Se aprecian en este razonamiento los caracteres propios de la reparación de la pérdida de la oportunidad: la información oportuna no le habría librado del sida, pero al menos habría podido mejorado su pronóstico. El problema se suscita a la hora de dictar la resolución, el tribunal indica que procede el daño moral condenando a pagar 5 millones de pesos por este concepto.

En el tercer caso mencionado, la propia parte recurrente es quien detecta que las resoluciones de primera y segunda instancia le han condenado a pagar por concepto de pérdida de oportunidad y no por daño moral, como expresan en sus considerandos. En este caso el Servicio de salud de Concepción, señala que la sentencia de segunda instancia ha incurrido en infracción de las leyes reguladoras de la prueba al establecer que la demandante perdió su brazo debido a un servicio hospitalario defectuoso, que se tradujo en un diagnóstico y tratamiento deficiente, en circunstancias que, a juicio de la recurrente, no hay pruebas que así lo acrediten. El recurrente indica que estas circunstancias alteran el onus probandi y vulneran por tanto el artículo 1698 del CC, el cual exige que debe probarse en el proceso que se ha producido una acción u omisión, y además que ella ha sido la causa directa necesaria e inmediata del daño, o que no hay otra causa que haya sido suficiente para producir el daño. En este sentido, los fallos de primera y segunda instancia no establecen fehacientemente que la pérdida del brazo de la paciente se debió a una omisión del equipo vascular y a una acción del equipo de urgencia del hospital, tampoco se invocó ni probó que las conductas debidas eran otras y que esas otras conductas son las que permitirían tener un resultado no solo distinto, sino satisfactorio para el usuario del servicio público, el servicio recurrente concluye que en este caso no se le estará condenando por daño moral, ya que no se logra acreditar, sino que se le estaría condenando por pérdida de oportunidad de un tratamiento diverso. Argumenta que al no aplicarse

correctamente el artículo 1698 inc. primero y al no acreditarse la necesaria relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, se le ha condenado por pérdida de oportunidad o de una chance, ya que se le condena porque privó a la demandante de un eventual tratamiento , pero no se sabe cuál y menos, que permitiría salvar el brazo, finalmente señala que a pesar de lo mencionando, ni siquiera procedería que se le condene por pérdida de chance ya que no está probada la existencia de un tratamiento que entregara determinadas posibilidades de salvataje y que no se produjo prueba que estableciera la existencia de un tratamiento que produjera dicho salvataje.

La Corte Suprema se hace cargo de la denuncia de vulneración de las leyes reguladoras de la prueba y de la falta de relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, pero no toma en cuenta lo expresado por el recurrente en relación a que se le estaba condenando por pérdida de oportunidad y no por daño moral.

## **ii) No contamos con un sistema de valoración y cuantificación del daño producido por pérdida de chances**

Este segundo problema está muy vinculado con el primero, debido a que al no existir un reconocimiento de la pérdida de oportunidad como un rubro indemnizatorio autónomo, los jueces no calculan la indemnización avaluando el daño como el costo de la oportunidad pérdida, sino que sólo hacen un reconocimiento implícito o explícito de la existencia de ésta oportunidad y luego se manda a indemnizar el daño como si fuera parte del daño moral.

Una de las excepciones a esta falta de evaluación la encontramos en una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del año 2008<sup>17</sup> en la que después de haber reconocido explícitamente que existía una pérdida de oportunidad indemnizable que alcanzaba incluso a sus padres, maridos y hermanos de la víctima, la Corte avalúa el costo de esta pérdida de oportunidad tomando en cuenta factores analíticos como el carácter irreversible de la enfermedad, la capacidad de la víctima de paliar el dolor y la existencia real de probabilidades de prolongar la vida, todos estos factores permitieron calcular un

---

<sup>17</sup>Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Recurso de apelación, Karen Ojeda Molina con Hospital Fricke, Rol 776-2008, disponible en v-lex online.

monto de indemnización de 20 millones de pesos para cada padre y al esposo de la víctima y 10 millones de pesos para cada hermano de la víctima, si bien la Corte indica en su fallo que estos montos corresponden a daño moral, lo que está indemnizando es claramente una pérdida de oportunidad que incluso fue evaluada.

## 2.2 Aplicación de este rubro indemnizatorio en la jurisprudencia extranjera, soluciones aportadas por ella.

### 2.2.1: Jurisprudencia Europea:

A nivel de Jurisprudencia europea hemos querido recoger la jurisprudencia de tres países donde efectivamente se ha reconocido la teoría de la pérdida de una oportunidad o de una chance como rubro indemnizatorio: Francia, España e Inglaterra.

Según el autor Medina Alcoz, es en la jurisprudencia francesa donde se aplica por primera esta teoría doctrinal de pérdida de oportunidad principios del siglo XIX, donde justamente los primeros casos se relacionaron con negligencias de profesionales forenses, mientras que en el Reino Unido, el primer caso tuvo que ver con un concurso de belleza (2009:115). En España tuvo un desarrollo un poco más tardío, donde podemos ubicar los primeros casos de indemnización por pérdida de oportunidad en el año 1997<sup>18</sup>, ahora procederemos a explicar de qué manera se ha aplicado esta teoría en estos distintos sistemas jurídicos, deteniéndonos principalmente en cómo se ha logrado reconocer como rubro indemnizatorio autónomo y los sistemas que utilizan en estos países para evaluar el daño correspondiente al costo de la oportunidad que se ha frustrado, todo esto con el objetivo de solucionar los dos principales problemas detectados en nuestra jurisprudencia.

#### **i) Sistema francés:**

Los orígenes de la teoría de la pérdida de oportunidad se remontan a finales del siglo XIX en Francia, el nombre con el que inicia esta teoría es el de *perte de chance*, *perte d'une chance*, *perte de chances* o *chance perdue*; y al empezar su migración a otros países se

---

<sup>18</sup>Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, Recurso de Casación. 6 de Junio de 1997. RJ 1997, 4610.

ha empleado la palabra “*chance*” francesa por su traducción o equivalente según el lenguaje de los diferentes lugares que aplican este nuevo concepto dañoso.

A nivel jurisprudencial, este país es considerado como el país con el mayor desarrollo de la doctrina de la pérdida de oportunidad, donde se han llegado a indemnizar posibilidades serias y reales frustradas tanto en el ámbito profesional, como en competiciones deportivas, artísticas, escultóricas y literarias, y de igual manera se ha aplicado en el ámbito de la responsabilidad civil médica para los casos de pérdida de chance de curación.

La primera resolución que invoca una pérdida de chance en este país 17 de julio de 1889 y tenía que ver con un auxiliar judicial que impide la tramitación de un proceso. Posteriormente “la misma doctrina del chance fue utilizada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandamiento procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el *arret de la Chambre de Requêtes* de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario”. Posteriormente, el caso de la jurisprudencia francesa del jinete que ve lesionado el chance o la probabilidad de ganar una carrera, debido a que el transportista no se presentó con el caballo a tiempo para concursar, se llegó a convertir en el ejemplo clásico en doctrina (Medina: 2007 pp.129).

En lo que respecta a nuestro tema de investigación, la jurisprudencia francesa es una de las avanzadas a la hora de declarar la autonomía de este rubro indemnizable, así encontramos sentencias como la dictada por el Conseil d’Etat con fecha de 21 de diciembre del 2007<sup>19</sup> en la cual se expresa que “si la mala conducta en el cuidado o tratamiento de un paciente en un hospital público, ha puesto en peligro sus posibilidades de mejorar su salud o de evitar una agravación de la enfermedad, en este caso el daño como resultado directo de la negligencia de la institución que debe ser totalmente reparado no es el daño corporal , sino que es la pérdida de la oportunidad de prevenir que este daño suceda , por lo tanto, la reparación que debe realizar el hospital, tiene que ser evaluada en una fracción del daño corporal, determinado en función de la dimensión de la oportunidad

---

<sup>19</sup>Sentencia de Conseil d'Etat, caso Conseil d'État, Section du Contentieux, 21/12/2007, Repertorio Judicial n°289328.

perdida <sup>20</sup>. Además de reconocer su autonomía, la jurisprudencia francesa ha avanzado en el sentido de expresar claramente cuales daños son los que caben indemnizar bajo este rubro y cuáles no, como muestra de esto tenemos la sentencia emitida por el Tribunal de Casación con fecha de 22 de marzo del año 2012<sup>21</sup> la cual rechaza un recurso, expresando que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1147 del CC; la pérdida de oportunidades tiene un carácter directo y seguro siempre que se observa la desaparición de una eventualidad favorable<sup>22</sup>, y que en tal caso al no lograr probarse la desaparición de esta eventualidad favorable no era posible indemnizar a la recurrente, ya que ella solo había probado que tras la operación efectuada por el facultativo la enfermedad había reincidido en su cuerpo, pero no logró probar como las actuaciones del médico frustraron sus posibilidades de que la enfermedad no reapareciera, por lo tanto al no probarse que esta acción u omisión provocó la desaparición de una eventualidad favorable exigida por el CC, se resuelve que en la especie no cabía indemnización por este rubro.

En lo referido al sistema utilizado por los tribunales franceses para la evaluación del costo de la oportunidad perdida y finalmente del monto indemnizatorio, podemos extraer tal sistema de una manera completa y clara de la sentencia emanada de Tribunal de Apelación de Nouméa, con fecha de 13 de agosto del 2012<sup>23</sup>, la cual en su c. sexto titulado: “Sobre la evaluación de la cuantía de la pérdida de oportunidades y de los daños sufridos”, comienza utilizando un modelo analítico que considera factores como la combinación de deficiencias planteadas contra el profesional, es decir tanto el diagnóstico erróneo como la

---

<sup>20</sup> Tercer párrafo de la sentencia 289328: Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu. La réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Casación, Sala de lo Civil 1°, Recurso de Casación, 22/03/2012 Recurso N° 11-10935 11-11237.

<sup>22</sup> Art. 1147 du code civil; La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Noumea, Sala de lo Civil, 13/08/2012, Recurso N° 10/00738.

falta de tecnología médica, y otros factores como el estado de salud de la víctima, el informe emanado por los expertos, entre otros con el objeto de determinar un porcentaje correspondiente a la cuantía a indemnizar , en el caso en comento este porcentaje se establece , como a modo de un porcentaje de “limite de responsabilidad” , un 80% de la pérdida total de los daños de oportunidades sufrido por el paciente. Luego el tribunal hace una clasificación de los daños a indemnizar que en este caso corresponden a daños por hospitalización y daños económicos y una vez realizado la valuación de estos daños en francos, en este caso clasificados en cuatro tipos de daños, a saber, pretium doloris, perjuicio estético , pérdida del disfrute y daño corporal, estableciendo una suma total de \$ 1.991.936 francos CFP, y luego establece que la parte afectada tiene derecho a exigir de los demandados la cantidad de sus desembolsos en el límite del 80%, esto es, solo hasta el monto de \$ 1.345.438 francos CFP, más los intereses de las aplicaciones de tipo legal.

**ii) Sistema inglés:**

En Inglaterra, la primera sentencia que indemnizó la pérdida de un chance se remonta a 1911 y era el caso *Chaplin v. Hichs*, de la *Court of Appeal*, que admite la resarcibilidad de la posibilidad frustrada de ganar un concurso de belleza. El caso es muy ilustrativo y resulta interesante: “Un agente teatral convocó un concurso de tal signo, con el compromiso de contratar como actrices durante tres años a las 12 candidatas que él eligiera entre las 50 más votadas por los lectores de un periódico, abonando 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 a la 4 siguientes y 12 a las otras 4. La demandante fue una de las preseleccionadas, pero el agente no le comunicó la fecha de la entrevista personal prevista en las reglas del concurso, de modo que no fue una de las 12 finalmente elegidas; y su demanda fue acogida con el reconocimiento de una indemnización de 100 libras. La explicación técnica del caso es que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que ese chance constituía un valor económico que, al serle sustraído, debía dar lugar a la correspondiente indemnización”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> M. A. Jones. (1993).Textbook on Torts. 4 ed. London. Blackstone Press Limited Alco, en Medina Alcoz, Luis. op. cit., p.131.

Respecto a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad ( loss of a chance) a nivel de responsabilidad civil médica, analizaremos una jurisprudencia muy relevante en lo que respecta al sistema de valuación de la chance perdida, pero antes de analizarla debemos mencionar que en este sistema por regla general, los demandantes deben probar que las posibilidades de recuperación de una enfermedad o lesión ,o las posibilidades de sobrevivir a un procedimiento superaban la probabilidad del 50%<sup>25</sup> es en este contexto que tiene lugar la jurisprudencia más importante en esta materia desarrollada por Inglaterra, el caso de Gregg v Scott, sentencia dictada por la Corte Suprema de la Judicatura el 29 de octubre del 2002, en este caso a un hombre se somete a un examen para detectar si tenía cáncer, pero por un error en el diagnostico no se logra detectar este cáncer y se le comunica que el tumor que presenta es benigno, nueve meses y tras un nuevo diagnostico se logra detectar el cáncer, pero por el retraso en el diagnostico sus posibilidades de sobrevivir a este cáncer se redujo del 45% - 42% a un porcentaje del 25% por lo que no puede reclamar daños y perjuicios debido a que sus posibilidades eran ya es demasiado bajas para exigir pérdida de la chance de que su situación no empeorara, el demandante indicó que igual se le debía indemnizar por este porcentaje de oportunidades perdidas, pero la decisión de primera instancia indica que de todas formas la causa desde sus principios no pudo haber sido fallada a favor del demandante ya que sus posibilidades bordeaban el 45% , por lo tanto su porcentaje original de cura no cumplía con estándar mínimo de un porcentaje igual o superior al 50%. Esta causa es apelada ante la Cámara de los Lores, donde la mayoría terminó por confirmar la decisión de primera instancia, pero aquí resulta interesante la opinión emitida por Lord Nicholls, quien rechaza este sistema que exige un 50% de posibilidades de recuperación o supervivencia para otorgar indemnización por pérdida de chance, así en su párrafo tercero señala: *“Sin duda, esto no puede ser el estado de la ley hoy en día. Sería irracional e insostenible. La pérdida de un prospecto de 45% de recuperación es tanto una pérdida real para un paciente como la pérdida de un prospecto de 55% de recuperación. En ambos casos el médico se encontraba en incumplimiento de su deber para con su paciente. En ambos casos el paciente estaba en peor situación. Perdió algo de importancia y valor. Sin embargo, se dice, en un caso el paciente tiene un remedio*

---

<sup>25</sup>Sentencia de la Suprema Corte de Judicatura, División Civil, Gregg v Scott, Neutral Citation No: [2002] EWCA Civ 1471 Case No: B3/2001/1883.

y en el otro no lo hace” luego en su c. cuarto expresa: *Esto no tendría ningún tipo de sentido. Esto significaría que en el caso del 45% la obligación del médico sería hueca. El deber estaría vacío de contenido. Por las razones que siguen rechazo esta distinción propuesta. El derecho consuetudinario no obliga a los tribunales a proceder de una manera tan irreal. Yo sostendría que el paciente tiene derecho a un recurso tanto en sus posibilidades de recuperación eran menos de 50 a 50 como en el que superó 50-50, este Nicholls critica el sistema de la estadística para determinar el valor de la posibilidad perdida indicando que “¿Quién puede saber si el Sr. Gregg estaba en la categoría de no-sobreviviente de 58% o la categoría de sobreviviente del 42%? , No puede decirse con seguridad si en el balance de probabilidades estaba en el primer grupo o al último grupo”. Este sistema estadístico también es criticado en el sentido de que no es equitativo, así en su párrafo 30 se señala: “Otorgar una indemnización por esa pérdida, calculada en función de porcentajes de 'posibilidades', no lograría la equidad. Esto tendría el efecto de los pacientes menores de compensación cuyo resultado fue, de hecho, agravado por el retraso en el tratamiento”. Claro que este miembro de la cámara reconoce que no pretende derribar el sistema estadístico para calcular el valor de la oportunidad perdida, sino que lo que pretende es que en casos como estos, donde todo el mundo sabe que cuando el retraso de un tratamiento médico puede tener efectos adversos en un paciente, debería permitir que los tribunales no utilicen este método “a secas”, sino que puede permitirse que un tribunal pueda evaluar la disminución de las perspectivas de recuperación de un paciente individual, es decir que se permita la utilización de métodos analíticos, esto debería permitirse ya que, en las propias palabras de Nicholls “el estado actual de la ley es crudo hasta el punto de la frontera de la arbitrariedad. Esto significa que un paciente con una probabilidad del 60% de recuperación reducido a una posibilidad del 40% de la negligencia médica puede obtener una indemnización. Pero se puede obtener nada si sus perspectivas se redujeron de 40% a cero. Esta es una “justicia áspera”. Por el contrario, el enfoque expuesto anteriormente responde a la necesidad percibida de un remedio apropiado en ambas situaciones y no hace más que reflejar de manera justa y racional la pérdida sufrida por un paciente en estas situaciones”. Este razonamiento también lo podemos encontrar en sentencias como *Herskovits v Group Health Cooperative de Puget Sound*<sup>26</sup>. Como*

---

<sup>26</sup> Sentencia de la Cámara de Lores, Opinion de Lord Dore “*Herskovits v Group Health Cooperative de Puget*

conclusión, en el sistema inglés observamos un reconocimiento de este rubro indemnizable desde principios del siglo XX, pero el sistema utilizado para determinar la valuación de la chance perdida es netamente estadístico, es aquí donde se aboga por el uso de métodos analíticos y por un rol más preponderante de los jueces a la hora de establecer este valor que tome en cuenta los factores propios e individuales de cada caso en particular.

### **iii) Sistema español:**

Antonio Salas Carceller, Magistrado del Tribunal Supremo Español señala que desde el punto de vista jurisprudencial, la teoría de la perdida de oportunidad se ha aplicado principalmente a supuestos de responsabilidad profesional de abogados y procuradores, más que al ámbito médico (2010:1).

A pesar de que su mayor aplicación se situó en otro ámbito, las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil médica reconocen de manera clara la autonomía de este rubro indemnizatorio, así tenemos la primera sentencia dictada en este ámbito por el Tribunal Supremo en el año 1997, (RJ 1997, 4610), donde se trata el caso del nacimiento de un niño con síndrome de Down, en este caso las pruebas de amniocentesis habían fracasado, pero no se informó de este fracaso a la madre, quien, de haber sabido a tiempo habría optado por someterse a una interrupción voluntaria de embarazo dentro del plazo legal, por lo tanto en este caso estamos frente a la perdida de oportunidad de someterse a nuevas pruebas médicas, y en su caso, también estamos frente a la perdida de oportunidad de decidir abortar, en este caso la sentencia afirma que: “ El daño derivado en este caso no es patrimonial, y para su valoración, se encuentra la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara del síndrome de Down, donde se deben tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden alcanzar edades medianas; lo que precisa a su vez, una atención fija y permanente y por lo común asalariada, todo lo cual hace posible y hasta lógica el montante de la suma reclamada por la parte recurrente. En este caso se condena al médico y al Servicio de Salud a pagar

---

Sound” año 1983, Repertorio Judicial: 664 P 2d 474, 477: “To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 per cent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence”.

solidariamente la cantidad de cincuenta millones de pesetas. Este primer caso resulta muy interesante tanto porque el tribunal reconoce que el daño no corresponde a un patrimonial sino a la pérdida de una oportunidad y además porque a la hora de valorar el perjuicio el tribunal recurre no solo a un modelo estadístico, sino que a un modelo analítico de valorización, el cual permite ponderar con mayor certeza la magnitud de la oportunidad perdida, evaluando tanto consecuencias presentes como futuras de esta frustración de chance.

Diez años después<sup>27</sup> de haber dictado esta resolución , se presenta un recurso y el Tribunal Supremo mantiene la condena pero rebaja la cantidad a 25 millones de pesetas, pronunciándose de manera más clara respecto de la pérdida de oportunidad en los siguientes términos: “La constancia de la existencia del daño se concreta en la demanda no por haber nacido la hija con síndrome de Down, sino por haber privado a los demandantes de la posibilidad de haber interrumpido legalmente el embarazo y de la debida y suficiente información sobre dicho estado y el futuro hijo”. Aquí podemos observar de manera evidente que el monto indemnizatorio de 25 millones pesetas se otorgan por haber frustrado la posibilidad que tenían los padres de llevar a cabo un aborto dentro de los términos legales, reconociendo por tanto que el daño corresponde al malogro de esta chance y de paso reconociendo la autonomía e independencia de este rubro indemnizatorio.

En este mismo sentido, la Audiencia Nacional se ha pronunciado a favor de la aplicación de esta teoría, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre de 2003<sup>28</sup>, en el que un paciente con una afección cardiaca que se encontraba en lista de espera para una intervención valvular, fallece el día antes de que se le llame. Se plantea reclamación por parte de su viuda e hija, considerando que la lista de espera fue mal gestionada. Se concede todo lo solicitado destacándose que, la cantidad es razonable y queda dentro de los parámetros que viene aplicando (la) Sala en supuestos similares, estimándose la cantidad proporcionada a los daños sufridos por la unidad familiar. Entre

---

<sup>27</sup>Sentencia del Tribunal Supremo Español, Recurso de Casación, 19 de julio del 2007. RJ 2007, 4692.

<sup>28</sup>Sentencia de la Audiencia Nacional Española, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4º, Reclamación. 29 de octubre de 2003. JUR 2003/265284

las consideraciones esgrimidas por la Sala, se habla de “*una clara pérdida de oportunidad a la que se adiciona el trágico resultado*”, y se agrega que sin poder predecir cuál hubiera sido el resultado, *no cabe duda que las posibilidades de supervivencia son elevadas*”.

En España se ha aplicado también esta teoría en los supuestos de incumplimiento de la obligación de informar. Así en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de mayo de 2006<sup>29</sup> se diagnosticó un tumor en la pierna de un a una niña, y ante la alta probabilidad de que se malignizara, se aconseja su extirpación. Meses después de la intervención se presentaron alteraciones severas en el nervio ciático, y tras practicarse una segunda operación, quedaron importantes secuelas. El Tribunal estima el recurso de casación considerando que, se ha incumplido la obligación de informar y vulnerado de esta manera, el derecho a prestar un consentimiento informado, fijando una indemnización de cinco millones de pesetas. El tribunal indica que *tal indemnización se deriva de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente*, esto debido a que la intervención no era obligatoria ni necesaria, y pudiendo agregarse que *se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica*, o bien por tratarse de un supuesto de medicina voluntaria. En esta sentencia observamos de manera clara como el monto indemnizatorio de cinco millones de pesetas son otorgados por la oportunidad pérdida, que corresponde a la posibilidad de desistirse de esta intervención quirúrgica, diferenciándolo expresamente de la reparación íntegra del daño.

Ya analizado como la jurisprudencia española resuelve el primer problema referido al reconocimiento de este rubro indemnizatorio como tal, es decir autónomo de los demás rubros, cabe analizar de qué manera se ha avaluado este perjuicio correspondiente a la oportunidad o posibilidad frustrada.

En España se utilizan tanto el método estadístico como el analítico para determinar la indemnización de la chance frustrada, pero cada uno de estos métodos se utiliza con un fin distinto. El objetivo de utilizar el método estadístico es para trazar un límite inferior y superior de probabilidad relevante, el límite inferior se refiere a trazar un porcentaje que

---

<sup>29</sup>Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, Recurso de casación de 10 de mayo de 2006. RJ 2006/2399.

permita determinar que si en definitiva se hubiera operado de otra forma el daño final no se hubiera producido o al menos no se hubiera producido en la forma en la que tuvo lugar y el límite superior se refiere también a trazar un porcentaje pero referido a la certeza causal de la oportunidad perdida que, ha impedido decidir optar en un determinado sentido.

En España, se ha propuesto el cálculo de la indemnización, fijando un límite superior en torno al 80% (probabilidad considerada como certeza de que se hubiera actuado en otro sentido, pues, se ha privado de la oportunidad de decidir), y uno inferior en torno al 15% (se estaría ante una oportunidad irrelevante por genérica o inespecífica). (Berrocal, 2011:42).

En segundo lugar, el método analítico sirve para fijar el quantum de la indemnización, aquí tienen lugar factores que permiten fijar este monto en función de la probabilidad de causalidad o expectativas de resultado, de haberse dado la oportunidad de decidir, o de actuar, en su caso, con la fijación de la franja de valores o circunstancias que, se estimen oportunas (edad, secuelas, circunstancias familiares, progreso de la enfermedad, efecto sobre el estado de salud de la víctima, etcétera). Esto lo podemos observar en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 14 de noviembre de 2006<sup>30</sup>, en la cual se fija la indemnización teniendo en cuenta las características del tumor de la víctima, su ubicación, lo informado sobre las posibilidades de la paciente, entre otros.

## 2.2.2: Jurisprudencia Latinoamericana

Dentro de la jurisprudencia latinoamericana observamos que pocos son los países donde se ha reconocido a la teoría de la pérdida de una chance como rubro indemnizatorio: Argentina, Colombia y de manera incipiente Costa Rica<sup>31</sup> (Torrealba, 2010: apartado VI),

---

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Recurso de Casación, 14 de noviembre del 2006. RJ 2007/4993

<sup>31</sup> No fue sino hasta el año 2001, con motivo del caso *Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Générale de Surveillance Holding, S. A.* 71, que la *perte d'une chance* hizo su debut triunfal en el escenario costarricense, con el unánime aplauso desde el palco oficial de la Sala Primera de la Corte. Sin embargo, posteriormente la misma Sala —con distinta integración— ha dejado entrever, en posteriores casos, ciertas reservas sobre la adaptabilidad de la figura en estudio al ordenamiento costarricense.

es por esto que hemos decidido hacer análisis de los dos primeros países mencionados, exponiendo de manera detallada los casos en los cuales se ha acogido este rubro.

**i) Sistema argentino:**

En Argentina la teoría de la pérdida de chance u oportunidad en responsabilidad médica, a la luz de los fallos que hemos encontrado, ha tenido una amplia recepción, considerada como un rubro indemnizatorio distinto de los ya conocidos.

En ese orden, tenemos en **primer lugar** la sentencia N° 30229 de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, con fecha 19 de Noviembre de 2007, donde se trata un caso relacionado con un accidente laboral en el que el paciente, habiendo sufrido severas lesiones musculares, tendinosas e incluso neurológicas, no fue diagnosticado de ellas por el servicio médico en el que fue atendido, debido a que el facultativo que lo atendió solo realizó controles de su salud (entre marzo de 1995, fecha del accidente y octubre del mismo año, fecha en que se le da de alta) en base a rayos X, diagnosticándole (al recibirlo y durante el lapso mencionado) solo un politraumatismo sin pérdida de conocimiento y una lumbociotología sin tratamiento de corsé. El tribunal de primera instancia falla a favor del paciente, obligando a responder al facultativo por la suma de \$65000 (\$25000 a causa de la incapacidad sufrida por el paciente, \$40000 por daño moral) encontrando tal decisión sustento en su actuación culposa, a lo que debe agregarse la existencia del daño y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado. La apelación de la sentencia ante la Cámara de Apelaciones de Mendoza por parte del facultativo en orden a disminuir la suma de dinero fue acogida por cuanto la Cámara consideró “*que lo que se debe indemnizar es solo una chance, que es solo la posibilidad de que el actor mejorara en su calidad de vida si tempranamente se hubiera actuado sobre todas sus dolencias*”. Además en los fundamentos de la sentencia se señaló que si se condena al médico o a la obra social a indemnizar la muerte o la incapacidad, se repara un porcentaje superior al daño efectivamente causado, pues la enfermedad de que adolecía el actor, causada por el accidente laboral, también tiene su propia capacidad de reacción, y resulta dudoso el establecer si con todos los estudios y tratamientos adecuados

---

para la determinación y el tratamiento de las lesiones musculares o nerviosas, el paciente hubiera podido recuperarse en su totalidad, más aún en el caso de autos, donde existen posiciones técnico-científicas divergentes respecto al tratamiento que debía haberse seguido. Finalmente la Cámara considero que ante la falta de datos certeros sobre el porcentaje de mejoría que hubiera tenido el paciente, se debía estimar razonable entender que la chance está dada en un porcentaje igual al de no curación y por ello la indemnización debe ser reducida al 50% de la suma otorgada en concepto de incapacidad.

Un **segundo fallo** que reitera esta tendencia lo encontramos en la sentencia N° 95.451 causa N° 6.032/2006 sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 30 de Mayo de 2011, en la cual aparece un accidente de trabajo causado por la reparación de una cañería con una llave de caño Stilson la cual ocasionó al actor una lesión por la cual fue intervenido quirúrgicamente, la cual, producto del desconocimiento culposo del facultativo de ciertos antecedentes médicos del paciente que le impedían ser objeto de un procedimiento médico determinado, derivó en un empeoramiento de su estado. En principio el tribunal a quo estableció “el resarcimiento por daño material en la suma de \$66.863,27 (comprensivo de los rubros incapacidad física, daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance)”

Un **tercer fallo** va en la misma dirección: Sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Causa C - 70477 del 1 de Abril de 2004. En ella, los actores demandaron al Fisco de Buenos Aires y a dos facultativos de un centro médico público de esa provincia la indemnización de daños derivados de la muerte de su hija recién nacida, a consecuencia de la deficiente atención recibida de parte de ellos en orden a no realizar los controles correspondientes para llevar a cabo el traslado de la recién nacida a un Hospital de Niños que contase con los medios y profesionales idóneos para lograr su sobrevivencia (el fallo no identifica la enfermedad o lesión), en primer lugar, de estabilización y en segundo lugar en el tiempo de traslado, el cual, según los actores, se entendió superior al debido. La pretensión fue aceptada en primera instancia, sin embargo los demandados recurrieron vía apelación. En esta instancia se determinaron –en base a declaración de peritos – dos certezas, en primer lugar que “en la especie, tal como emana del dictamen pericial de cuyas conclusiones no encuentro mérito para apartarme, no se sabe si el tiempo de demora ha

incidido en la posibilidad de éxito en el mejoramiento de la salud de la criatura, ya que se estaba en presencia de un cuadro gravísimo, donde el porcentaje de fallecimiento por esta causa en centros de alta complejidad es altísimo. Por ello, si bien puede aceptarse que hubo una demora que oscila entre 13 y 18 minutos, ese lapso ha resultado irrelevante” y en segundo lugar, que “la inmediata asistencia y correcto traslado del paciente pudo revertir el pronóstico, ya sea por un equipo médico adiestrado para el tratamiento del cuadro, ejemplo terapia intensiva neonatal o una adecuada y fluida derivación, en las mejores condiciones posibles”, y es aquí donde la Corte entiende puede entonces identificarse el daño padecido, el cual no se trata de la pérdida de la vida sino del *cercenamiento de la razonable probabilidad de evitar la pérdida de la vida*, que es cosa distinta y conforma un daño por sí mismo. Lo reparable no es el beneficio esperado (evitar la muerte de la criatura) sino la probabilidad perdida, probabilidad que es tal en cuanto se basa en lo que pericialmente ha sido justificado (que un traslado correcto podría haber revertido el curso de la dolencia). Aquí hay un daño cierto, pues “privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido en realidad es la chance y no el beneficio esperado, como tal” Finalmente, se rechaza el recurso interpuesto, con costas.

## ii) Sistema colombiano

Tal como en Argentina – y en fallos aún más recientes e incluso, más exactos– podemos ver una acogida de la pérdida de oportunidad como un rubro indemnizatorio autónomo.

En **primer lugar**, encontramos la sentencia n° 15693 331 002 2000 00959 01 de Sala Civil, del 10 de Agosto de 2011, la cual trata una falla de un Servicio Médico Asistencial (Clínica Julio Sandoval Medina) al demorar en traslado de un niña recién nacida por falta de ambulancia. En este caso, el Instituto de Medicina Legal y los médicos tratantes señalaron que “no había forma de determinar si con la remisión y el tratamiento, la menor hubiera sobrevivido a la enfermedad respiratoria que le aquejaba y que se manifestaba a través de dificultad respiratoria, ante lo cual ha de memorarse que la causa de muerte explicada en la necropsia clínica fue “membrana hialina”, que según el dictamen del patólogo forense es la segunda causa de mortalidad en el periodo neonatal, no obstante, como bien lo anotara el recurrente y en ello confluyeran los galenos, la circunstancia de que

tuviera dicha patología u otra no aseguraba que indefectiblemente la niña fuera a morir como tampoco que el tratamiento cambiara el resultado luctuoso conocido” Aquella incertidumbre que se expresa en las últimas dos líneas (que por si denota una probabilidad de supervivencia) es en la que se basa la Sala de este tribunal ad quem (el cual no aparece identificado en el texto) para hacer la distinción entre el daño a la chance y la muerte. En efecto, “conforme a los dictados de la jurisprudencia, es discernible, como se anotó precedentemente, que si bien la falla acreditada no puede unirse causal y necesariamente a la muerte de la menor Liliana Tobo Piña, es verificable que las omisiones y deficiencias administrativas *privaron a la menor del chance u oportunidad de recibir un tratamiento en un centro asistencial de tercer nivel*, que podía ofrecer las condiciones de soporte y tratamiento necesarias para superar su enfermedad y aunque se desconoce, si tal tratamiento hubiese funcionado para salvarla de la muerte es patente que la infante perdió la oportunidad de acceder a servicios médicos y terapéuticos para aliviar su salud, lo cual si tiene vínculo etiológico con la falla”, incluso, se puede observar una novedad que no habíamos observado en la jurisprudencia Argentina: se fija porcentualmente en el mismo fallo la probabilidad de sobrevivencia “De igual forma, que si bien no se tienen certeza acerca de que su llegada y posterior atención en un centro asistencial de tercer nivel de complejidad le hubiera salvado la vida, debido a la enfermedad que padecía, no es óbice para no considerar que la niña Liliana Tobo Piña tenía una posibilidad equivalente al 80% de que se aliviara teniendo en cuenta que, pese a la enfermedad de membrana hialina como causa importante de muerte, ello no conlleva indefectiblemente al deceso y bajo esa perspectiva, se frustró una expectativa legítima del usuario del servicio de ser atendido, con el alea de que su salud mejorar o no, lo cual es susceptible de indemnización conforme a los parámetros jurisprudenciales anotados y en la misma proporción de la pérdida de tal oportunidad se liquidó” .

En un **segundo fallo**, Sentencia nº 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) de Consejo de Estado - Sección Tercera, con fecha 14 de Marzo de 2013, se da lo siguiente: El paciente Jhon Fernando Urueña García fallece en un Hospital Público (“El Tunar III Nivel, demandado en este pleito), debido, en primer lugar, a que su intervención sólo se realizó dos horas después de su ingreso a dicho centro hospitalario y, en segundo lugar, cuando requirió trasfusión de sangre, el equipo médico se percató de que no existía la cantidad

suficiente que necesitaba, motivo por el cual tuvo que esperar a que suministraran dicha sustancia de otro centro médico, no obstante su cuadro clínico siguió complicándose y falleció pocas horas después a causa de un shock hipovolémico. En este caso, el Consejo de Estado acogió el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva que rechazó la demanda del actor, al considerar que “no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse. En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir”, condenando al hospital a pagar a los recurrentes “A título de pérdida de oportunidad, a favor de los señores Rogelio Urueña García y Miguel Leonardo Arias García , la suma equivalente en pesos a 25 SMLMV<sup>32</sup> y, a favor de la señora María Iveth García Suárez, la suma equivalente en pesos a 50 SMLMV, y a título de perjuicios morales, a favor de los señores Rogelio Urueña García y Miguel Leonardo Arias García, la suma equivalente en pesos a 15 SMLMV y, a favor de la señora María Iveth García Suárez, la suma equivalente en pesos a 30 SMLMV”

Un **tercer fallo** que arroja la misma decisión es la sentencia nº 25000-23-26-000-1999-00479-01(22943) de Consejo de Estado - Sección Tercera, con fecha 8 de Febrero de 2012. En ella, se observa el caso de la falta de administración de una medicina llama “Humulun” a John Jairo Amaya Rojas, recluso de la Cárcel Nacional Modelo de Santa Fé de Bogotá, que acrecentó la diabetes que sufría desde antes de ser recluso y una neuropatía periférica – consecuencia directa de la diabetes- que le disminuyó la sensibilidad al dolor en su cuerpo. En una de las salidas que tenía el paciente al Hospital Juan de Dios, una enfermera le llevó un recipiente con agua caliente y, al introducir John Amaya los pies en ella, y debido a la ausencia de dolor por la neuropatía periférica, sufrió quemaduras de segundo grado en el quinto dedo del pie izquierdo para lo cual recibió tratamiento con antibióticos,

---

<sup>32</sup> La sigla significa Salario Mínimo Legal Mensual Vigente y es vital para los préstamos y créditos en Colombia.

lavados y desbridamiento. No obstante lo anterior, primero fue necesario amputarle el dedo afectado y después la extremidad izquierda, pero el paciente continuó presentado descompensación de su diabetes, por lo que no se recupera de una manera definitiva y, al parecer, entra en un coma diabético y fallece el 8 de mayo de 1997. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por lo cual los actores (conviviente e hijos del occiso) deciden recurrir de apelación. Frente a ella, el Consejo de Estado razona que “Así las cosas, resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar un alto grado de infección y necesitar una atención inmediata, el recluso no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la **pérdida** de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, en consecuencia, la **pérdida** también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente. Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada “pérdida de oportunidad”. En ese sentido, la probabilidad, la oportunidad, la **chance**, tendrían sustancia o entidad propia” La consideración se reitera: la probabilidad de no obtener la curación o sobrevivencia, realizada en la muerte o empeoramiento del paciente, no exime totalmente de responsabilidad patrimonial al hechor (ya sea mediante acción u omisión), ya que deberá indemnizar la chance u oportunidad perdida. En ese orden, el Consejo de Estado – de una forma tan clara y natural que nos sorprende – falla lo siguiente: “toda vez que el perjuicio derivado por este concepto no deviene estrictamente de la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciará sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenará al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes Johny Alexander Amaya Morales y Natalia Amaya Morales, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de hijos del fallecido. Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para Johny Alexander Amaya Morales y Natalia Amaya Morales, en su calidad de hijos, la suma de 70

salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos” Con ello el recurso se falla a favor de los recurrentes y se revoca la sentencia de primera instancia.

### **III.SOLUCIONES APORTADAS POR LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y APLICACIÓN DE ESTAS SOLUCIONES EN EL MARCO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.**

#### Plan de exposición:

En este punto trataremos las soluciones aportadas por la jurisprudencia extranjera a los dos problemas identificados en nuestra jurisprudencia a la hora de dar tratamiento a esta teoría de la pérdida de oportunidad, para ello nos adaptaremos a la situación de nuestro actual sistema jurídico y dividiremos su tratamiento en reconocimiento de autonomía y valoración y cuantificación de la chance frustrada, donde expondremos un modelo de indemnización adaptado a nuestro sistema vigente.

#### 3.1 Autonomía:

Reconocer la autonomía de este rubro indemnizatorio implica considerar a la pérdida de oportunidad como un perjuicio distinto e independiente del daño emergente, lucro cesante y daño moral, el cual debe ser indemnizado proporcionalmente a la chance perdida.

En la jurisprudencia francesa observamos un reconocimiento tácito de su autonomía ya que los tribunales señalan que si la conducta del médico pone en peligro o frustra las expectativas del paciente tanto de mejorar su salud como de evitar agravaciones de la enfermedad o la propia muerte, esto conforma un daño que debe ser reparado no como un resultado cierto de negligencia, sino como una pérdida de oportunidad de prevenir que el daño suceda, por tanto se hace un claro distingo con el daño emergente y además se declara que la indemnización de este daño se hará a nombre de “pérdida de oportunidad” y no de otro rubro indemnizatorio. En este mismo sentido en la jurisprudencia española en sus decisiones reconoce que las indemnizaciones que otorgará en estos supuestos se derivan de la pérdida de oportunidad y no de la reparación íntegra del daño. En Argentina se distingue de manera clara la pérdida de una chance con el daño emergente, y se le describe, en una de las causas analizadas, como el *cercenamiento de la razonable probabilidad de evitar la pérdida de la vida*, que conforma un daño por sí mismo y es distinto a los demás daños, el tribunal termina explicando que lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida. Finalmente, en Colombia se reconoce el daño que consiste en la

perdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir y se manda a indemnizar “a título de pérdida de oportunidad”.

Para aplicar estas soluciones a Chile en primer lugar debemos considerar que en nuestro sistema jurídico hay un reconocimiento de la existencia de pérdida de oportunidad pero no como rubro indemnizatorio autónomo, sino como un tipo de daño que cabe ser indemnizado dentro del rubro indemnizatorio de daño moral.

Es así como se ha identificado en dos fallos<sup>33</sup> que para la parte afectada “*existió una pérdida de chance*”, y que incluso “*no cabe duda que esta pérdida de chance, que constituye el perjuicio sufrido directamente por la víctima también alcanza a sus padres, marido y hermanos*”. Pero a pesar de este reconocimiento, los tribunales se condenan a resarcir estos daños bajo el rubro de “daño moral”, y no adoptan el criterio de los países que aceptan a la pérdida de oportunidad como un rubro autónomo que expresamente indemnizan estos daños a título de pérdida de oportunidad.

Este problema debe superarse de la siguiente manera: debemos distinguir ambos rubros indemnizatorios, donde bajo el rubro “daño moral” se indemnicen menoscabos a las facultades de querer, entender y sentir de una persona, fundamentado en el sufrimiento, trastorno psicológico y en general a las afectaciones espirituales o sentimentales, y por otro lado reconocer la existencia del rubro de “pérdida de oportunidad”, donde bajo su título se indemnice la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de curación o sobrevivencia.

De esta manera, las indemnizaciones que se obtengan a título de pérdida de chance serán indemnizaciones completas ya que se abocarán en un 100% a indemnizar la probabilidad o chance frustrada, y no entrarán a confundirse con los otros ítems del daño moral.

Cabe mencionar que el reconocimiento de autonomía de este nuevo rubro indemnizatorio “pérdida de chance”, no sólo tiene consecuencias en el ámbito de responsabilidad civil, sino que también a nivel tributario, ya que el hecho de asimilarla la

---

<sup>33</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Recurso de apelación, Karen Ojeda Molina con Hospital Fricke, Rol 776-2008 y Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2009): Recurso de casación en la forma y en fondo, José Huenchur con Servicio de Salud de Puerto Montt, Rol 7-2009.

pérdida de oportunidad como un daño moral, provoca que no se considere como renta para ningún efecto al momento de declararse por sentencia ejecutoriada, en atención a lo establecido en el artículo 17 n° 1 del DL N° 824<sup>34</sup>, por lo tanto al no constituirse como renta, el Estado pierde la posibilidad de recaudar el correspondiente impuesto. Si se le reconociera autonomía, la ley no la excluiría de tributar, en virtud de la teoría del incremento patrimonial que materialmente el artículo 2 del DL 824 reconoce.

### 3.2 Valoración y cuantificación del daño producido por pérdida de chance:

En esta etapa es necesario distinguir entre valoración del daño existente por pérdida de chance y su posterior cuantificación.

Como primer punto, **la valoración** implica la decisión que debe efectuarse en orden a establecer si existe pérdida de la chance o no. Los elementos necesarios para poder generar la convicción sobre ese daño son el cumplimiento de los requisitos que la pérdida de oportunidad exige para constituirse como tal, por ello será el juez el llamado a tomar esta decisión

Como segundo punto, y posterior al anterior, la **cuantificación** pasa por fijar las variables que permitirán calcular el monto a indemnizar por la chance perdida. Cada sistema de los que pasaremos a describir posee su propia forma de hacerlo.

### 3.3 Situación en jurisprudencia analizada:

En Francia se utiliza un método analítico en el que se ponderaron factores como las deficiencias planteadas contra el profesional, ya sea en vista a un diagnóstico erróneo, a la falta de tecnología médica, al estado de salud de la víctima y a informes emanados de expertos. Estos factores permitirán establecer una de las variables necesarias para la cuantificación que consistirá en la probabilidad de curarse o sobrevivir expresada como porcentaje, el cual se establecerá como límite de responsabilidad que tendrá el facultativo. Posterior a eso se establece una segunda variable, la cual está dada por la calificación y fijación de un monto de los daños a indemnizar causados por la chance perdida.

---

<sup>34</sup>Art. 17. No constituye renta: 1° La indemnización de cualquier daño emergente y del daño moral, siempre que la indemnización por éste último haya sido establecida por sentencia ejecutoriada (...).

En España se utilizan tanto el método estadístico como el analítico para determinar la indemnización de la chance frustrada, pero cada uno de estos métodos se utiliza con un fin distinto. El objetivo de utilizar el método estadístico es para trazar un límite inferior y superior de probabilidad relevante, el límite inferior se refiere a trazar un porcentaje que permita determinar que si en definitiva se hubiera operado de otra forma el daño final no se hubiera producido o al menos no se hubiera producido en la forma en la que tuvo lugar y el límite superior se refiere también a trazar un porcentaje pero referido a la certeza causal de la oportunidad perdida que, ha impedido decidir u optar en un determinado sentido.

En España, se ha propuesto el cálculo de la indemnización, fijando un límite superior en torno al 80% (probabilidad considerada como certeza de que se hubiera actuado en otro sentido, pues, se ha privado de la oportunidad de decidir), y uno inferior en torno al 15% (se estaría ante una oportunidad irrelevante por genérica o inespecífica). (Berrocal, 2011:42).

En segundo lugar, el método analítico sirve para fijar el quantum de la indemnización, aquí tienen lugar factores que permiten fijar este monto en función de la probabilidad de causalidad o expectativas de resultado, de haberse dado la oportunidad de decidir, o de actuar, en su caso, con la fijación de la franja de valores o circunstancias que, se estimen oportunas (edad, secuelas, circunstancias familiares, progreso de la enfermedad, efecto sobre el estado de salud de la víctima, etcétera). Esto lo podemos observar en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 14 de noviembre de 2006<sup>35</sup>, en la cual se fija la indemnización teniendo en cuenta las características del tumor de la víctima, su ubicación, lo informado sobre las posibilidades de la paciente, entre otros.

Respecto a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad (loss of a chance) a nivel de responsabilidad civil médica, analizaremos una jurisprudencia muy relevante en lo que respecta al sistema de valuación de la chance perdida, pero antes de analizarla debemos mencionar que en este sistema por regla general, los demandantes deben probar que las posibilidades de recuperación de una enfermedad o lesión, o las posibilidades de sobrevivir

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Recurso de Casación, 14 de noviembre del 2006.RJ 2007/4993

a un procedimiento superaban la probabilidad del 50%<sup>36</sup> es en este contexto que tiene lugar la jurisprudencia más importante en esta materia desarrollada por Inglaterra, el caso de *Gregg v Scott*, sentencia dictada por la Corte Suprema de la Judicatura el 29 de octubre del 2002, en este caso a un hombre se somete a un examen para detectar si tenía cáncer, pero por un error en el diagnóstico no se logra detectar este cáncer y se le comunica que el tumor que presenta es benigno, nueve meses y tras un nuevo diagnóstico se logra detectar el cáncer, pero por el retraso en el diagnóstico sus posibilidades de sobrevivir a este cáncer se redujo del 45% - 42% a un porcentaje del 25% por lo que no puede reclamar daños y perjuicios debido a que sus posibilidades eran ya es demasiado bajas para exigir pérdida de la chance de que su situación no empeorara, el demandante indicó que igual se le debía indemnizar por este porcentaje de oportunidades perdidas, pero la decisión de primera instancia indica que de todas formas la causa desde sus principios no pudo haber sido fallada a favor del demandante ya que sus posibilidades bordeaban el 45% , por lo tanto su porcentaje original de cura no cumplía con estándar mínimo de un porcentaje igual o superior al 50%. Esta causa es apelada ante la Cámara de los Loes, donde la mayoría terminó por confirmar la decisión de primera instancia, pero aquí resulta interesante la opinión emitida por Lord Nicholls, quien rechaza este sistema que exige un 50% de posibilidades de recuperación o sobrevivencia para otorgar indemnización por pérdida de chance, así en su párrafo tercero señala: *“Sin duda, esto no puede ser el estado de la ley hoy en día. Sería irracional e insostenible. La pérdida de un prospecto de 45% de recuperación es tanto una pérdida real para un paciente como la pérdida de un prospecto de 55% de recuperación. En ambos casos el médico se encontraba en incumplimiento de su deber para con su paciente. En ambos casos el paciente estaba en peor situación. Perdió algo de importancia y valor. Sin embargo, se dice, en un caso el paciente tiene un remedio y en el otro no lo hace”* luego en su considerando cuarto expresa: *Esto no tendría ningún tipo de sentido. Esto significaría que en el caso del 45% la obligación del médico sería hueca. El deber estaría vacío de contenido. Por las razones que siguen rechazo esta distinción propuesta. El derecho consuetudinario no obliga a los tribunales a proceder de una manera tan irreal. Yo sostendría que el paciente tiene derecho a un recurso tanto en*

---

<sup>36</sup>Sentencia de la Suprema Corte de Judicatura, División Civil, *Gregg v Scott*, Neutral Citation No: [2002] EWCA Civ 1471 Case No: B3/2001/1883.

*sus posibilidades de recuperación eran menos de 50 a 50 como en el que superó 50-50; Nicholls critica el sistema de la estadística para determinar el valor de la posibilidad perdida indicando que “¿Quién puede saber si el Sr. Gregg estaba en la categoría de no-sobreviviente de 58% o la categoría de sobreviviente del 42%? , No puede decirse con seguridad si en el balance de probabilidades estaba en el primer grupo o al último grupo”. Este sistema estadístico también es criticado en el sentido de que no es equitativo, así en su párrafo 30 se señala: “Otorgar una indemnización por esa pérdida, calculada en función de porcentajes de 'posibilidades', no lograría la equidad. Esto tendría el efecto de los pacientes menores de compensación cuyo resultado fue, de hecho, agravado por el retraso en el tratamiento”. Claro que este miembro de la cámara reconoce que no pretende derribar el sistema estadístico para calcular el valor de la oportunidad perdida, sino que lo que pretende es que en casos como estos, donde todo el mundo sabe que cuando el retraso de un tratamiento médico puede tener efectos adversos en un paciente, debería permitir que los tribunales no utilicen este método “a secas”, sino que puede permitirse que un tribunal pueda evaluar la disminución de las perspectivas de recuperación de un paciente individual, es decir que se permita la utilización de métodos analíticos, esto debería permitirse ya que, en las propias palabras de Nicholls “el estado actual de la ley es crudo hasta el punto de la frontera de la arbitrariedad. Esto significa que un paciente con una probabilidad del 60% de recuperación reducido a una posibilidad del 40% de la negligencia médica puede obtener una indemnización. Pero se puede obtener nada si sus perspectivas se redujeron de 40% a cero. Esta es una “justicia áspera”. Por el contrario, el enfoque expuesto anteriormente responde a la necesidad percibida de un remedio apropiado en ambas situaciones y no hace más que reflejar de manera justa y racional la pérdida sufrida por un paciente en estas situaciones”. Este razonamiento también lo podemos encontrar en sentencias como *Herskovits v Group Health Cooperative de Puget Sound*<sup>37</sup>. Como conclusión, en el sistema inglés observamos un reconocimiento de este rubro indemnizable*

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Cámara de Lores, Opinión de Lord Dore “*Herskovits v Group Health Cooperative de Puget Sound*” año 1983, Repertorio Judicial: 664 P 2d 474, 477: "To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 per cent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence”.

desde principios del siglo XX, pero el sistema utilizado para determinar la valuación de la chance perdida es netamente estadístico, es aquí donde se aboga por el uso de métodos analíticos y por un rol más preponderante de los jueces a la hora de establecer este valor que tome en cuenta los factores propios e individuales de cada caso en particular.

En la jurisprudencia latinoamericana analizada, se puede observar que la determinación de la pérdida de chance se hace de forma totalmente discrecional por parte del juez, reduciéndose solamente a valorarla y determinar el monto de indemnización sin realizar ningún proceso de cuantificación (salvo en uno de los casos de Colombia analizados en el que se determina un porcentaje de 80%, el cual se expresa mediante una unidad de cuenta SMLMV).

#### 3.4 Proposición de un modelo para Chile:

La etapa que pasamos a desarrollar a continuación representa la solución que proponemos a la problemática que hemos presentado. La elaboración del modelo que ahora expondremos está inspirada en una significativa medida por la experiencia europea en la materia, la que nos pareció más adecuada producto, principalmente, de su mayor objetividad a la hora de fijar una indemnización por pérdida de chance.

Las etapas son las siguientes:

i).- Valoración de la pérdida de oportunidad: Corresponderá exclusivamente al juez, desde un punto de vista normativo determinar, en base a las presentaciones que hagan las partes en la fase de discusión y prueba, la existencia de una chance perdida de curación o sobrevivencia, a la luz de los requisitos o elementos que reconoce la figura jurídica para ser entendida como tal. Tales requisitos son los que hemos expuesto en el cuarto apartado del primer capítulo de este trabajo.

Una vez verificados estos requisitos, el juez podrá determinar que existe una chance pérdida de curación o sobrevivencia.

ii).- Cuantificación de la indemnización por pérdida de oportunidad: El juez deberá calcular la indemnización por concepto de pérdida de chance haciendo uso de la siguiente fórmula:

$$\text{Chance perdida (0-1)} \times \text{Daño causado por chance perdida (\$)} = \text{Monto indemnización (\$)}$$

A) Daño causado por chance perdida: Se refiere al monto en moneda nacional en que el juez estima los daños producidos a consecuencia de la chance perdida.

B) Chance perdida: Al mencionarla como tal, hacemos alusión al daño mismo que sufre la chance de curación o sobrevivencia, el cual trae como consecuencia su pérdida. La forma de cuantificación que proponemos deberá culminar necesariamente con la expresión de la chance perdida a través de un valor numérico entre 0 y 1 (0.4, 0.75, por ejemplo), lo cual se logra mediante lo siguiente:

a) En primer lugar, deberá efectuarse un estudio analítico de los diversos factores y variables que influyen en la determinación cuantitativa de la chance. Para que esto quede claro, hay que diferenciar las etapas, puesto que en la valoración de la pérdida de chance el juez realizó una ponderación jurídica de los hechos en orden a determinar la coincidencia entre éstos y la figura jurídica que es la pérdida de chance. Entonces, en esta etapa y ya superado este problema, pasan a ponderación factores como, por ejemplo, el estado de salud de paciente al momento de la lesión o enfermedad, su edad, condición física, aptitudes del facultativo, cualidades del tratamiento, acceso a tecnología, etc., los cuales serán ahora, a diferencia de la etapa anterior, determinados y apreciados por un profesional experto o especialista en la rama en cuestión, el cual será, obviamente, un médico. La chance indemnizable, a la luz de una mirada integral del estudio que hemos efectuado, debe ser de un mínimo de 30% de posibilidades de curarse o sobrevivir.

b) Sin embargo, hay que distinguir qué tipo de médico y en qué oportunidad pasará a realizar este análisis.

- Cada una de las partes en juicio podrá, a su elección, presentar una **“opinión técnica médica”**, la cual es un documento emitido por uno o más especialistas del área de la medicina, donde se emite una opinión desde el punto de vista técnico – médico posterior a un análisis de la documentación allegada para dar respuesta a un planteamiento (Marcelo J. López Mesa, 2007, página 547). Este planteamiento vendría a configurarse

como, por ejemplo, que chances tenía una determinada persona (aquí sería necesario agregar los factores señalados en la letra anterior) de curarse o sobrevivir de una determinada lesión o enfermedad. En juicio, esta opinión deberá ser valorada como prueba documental que podría acompañar la parte interesada.

- El juez deberá ineludible y obligatoriamente solicitar un **informe pericial** de parte de un perito especialista que contendrá las conclusiones debidamente fundadas que dan respuesta al planteamiento formulado por la autoridad solicitante, observando necesariamente una metodología y una forma para cumplir su objetivo (Marcelo J. López Mesa, 2007, página 545). La necesidad de incorporación al juicio de este especialista viene dada por lo siguiente:

- Por concepto el perito deberá observar, al rendir su dictamen pericial, una opinión técnica científica sustentada en sólidos principios éticos y deontológicos, lo cual se verá reflejado en el carácter objetivo, – a la luz de la *lex artis* y libre de sesgos – imparcial, – sin prejuicios o prevenciones en favor o en contra de personas o de cosas dentro del juicio – concreto, - versando exclusivamente sobre los planteamientos o puntos del hecho o hechos, personas o cosas objeto del peritaje- preciso, - en cuanto a que la opinión fundada del perito debe estar lo más apegada posible a la verdad científica – y claro – siendo lo emitido de fácil entendimiento - de su actuación. (Marcelo J. López Mesa, 2007, 546)

- Para obtener lo señalado en el punto anterior, será necesario la utilización de una norma jurídica que obligue al juez a ello bajo el alero de lo que señala, en primer lugar, el artículo 401 del CPC, que prescribe el oír el informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley lo disponga, ya sea que se valga de esas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales. Si entendemos ley en sentido estricto, la hipótesis queda subsumida bastando solamente hacerse de la expresión “ya sea que se valga de los casos en que la ley así lo disponga”, incluso siéndonos suficiente, también, si entendemos ley en sentido amplio. De no ser así, la expresión “o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales” nos sería útil para incluir normas como reglamentos, decretos con fuerza de ley, decretos supremos etc. Y efectivamente así sucede en otra materia: propiedad industrial. La Ley 19.039. la cual contempla la intervención de

profesionales expertos de distintas áreas de la técnica. Uno de estos profesionales expertos corresponde a los peritos, a quienes la ley encomienda el estudio y análisis sustantivo y formal de ciertas solicitudes, a través de la elaboración de informes periciales en una primera etapa del procedimiento. Así, la ley mencionada contempla la normativa legal aplicable a la labor pericial en el Título XV de su Reglamento, DS 236 de 25 de agosto de 2005, estableciendo las principales normas aplicables a la labor desempeñada por los peritos, bajo el epígrafe “De los peritos y de los Informes Periciales”, que determinan en que consiste el informe pericial y su contenido. Así, nos parece al menos jurídicamente posible la incorporación de un informe pericial de solicitud y apreciación obligatoria para el juez.

- Finalmente, en un estado ideal de cosas, el juez posee tanto las opiniones técnicas médicas aportadas por las partes como el informe pericial solicitado por mandato legal. Esto lo hemos planteado de forma de reducir al mínimo en esta etapa la discrecionalidad del juez a la hora de resolver, induciendo a que su decisión sea basada preferentemente en la opinión de los especialistas en la materia.

c) Ya teniendo el juez tomada la decisión de cuál fue la oportunidad perdida (expresada, como ya dijimos, por los especialistas en un valor numérico que vaya de 0 a 1), procederá a hacer el cálculo de la siguiente manera:

- Imaginemos que el padre de un paciente enfermo de cáncer a la piel demanda al oncólogo que lo trató por la pérdida de oportunidad de sobrevivir que sufrió su hijo a causa de un diagnóstico erróneo, calificando como un negus un carcinoma en potencia, y por el daño moral sufrido por su muerte. La opinión técnica – médica presentada vía prueba documental por la parte demandante señala que la probabilidad de sobrevivir que tenía el paciente era de un 85%, frente al 60% que arroja el informe pericial, obligatorio para estos casos.

- El juez, en primer lugar, determina que el daño moral sufrido por el demandante está avaluado en 60 millones de pesos. Después, luego de valorar la existencia de la pérdida de chance debido al cumplimiento de todos los requisitos jurídicos para su existencia y luego de la apreciación de la prueba ofrecida por las partes y el perito,

establece que la probabilidad de sobrevivir del paciente fallecido es del 60%, es decir, la chance perdida es 0.6.

- Para determinar el monto a indemnizar bajo el rubro pérdida de chance el juez deberá multiplicar 0.6 por 60.000.000, lo que da como resultado \$36.000.000. Ese será el monto de indemnización por la chance perdida.

## CONCLUSIONES

- 1) Ubicamos a la teoría de la pérdida de oportunidad en sede de responsabilidad civil contractual y extracontractual ya que pudimos comprobar que la distinción entre ambas carece de relevancia desde el punto de vista de las condiciones de responsabilidad ya que la infracción al deber de prestar un servicio va referido a una obligación preexistente que consiste en el debido cuidado, por lo tanto no resulta lógico someter esta teoría en una sola sede, si la naturaleza, estándar y prueba del debido cuidado es idéntico en ambas.
- 2) Al identificar los elementos configuradores de la pérdida de oportunidad y los requisitos de procedencia pudimos comprobar que no cualquier pérdida de chance constituye pérdida de oportunidad, ya que además de exigirse que la probabilidad sea real y seria debe existir un balance de probabilidades que arroje un saldo favorable, y demuestre que estadísticamente o según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera una ganancia o ventaja.
- 3) Al estudiar el requisito de un nexo de causalidad adecuado entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del dañador, comprobamos que es necesario situar a la pérdida de oportunidad en sede de daño y no en sede de relación de causalidad, ya la pérdida de oportunidad exige un nexo de causalidad sólido no sujeto a meras deducciones, conjeturas o probabilidades sino que debe estar amparado en la certeza probatoria.
- 4) Por medio del reconocimiento de la identidad no jurídica de la chance como una situación consistente en una doble razón matemática pudimos concluir que su naturaleza jurídica es la de un interés legítimo susceptible de ser protegido por el derecho e indemnizado como un rubro autónomo distinto del daño emergente, lucro cesante y daño moral.
- 5) Al identificar los tipos de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, se hacen sinónimos las expresiones “sanación” y “oportunidad de curación”, incurriendo en un error conceptual que se manifiesta no solo a nivel médico, sino que también trayendo consecuencias jurídicas de gran relevancia, de mantenerse su uso indiferente, por ello y en vista de su excesiva amplitud – que trae como consecuencia los problemas mencionados - hemos descartado el uso de “sanar” y preferido el de “curar”.
- 6) Pudimos identificar que los principales problemas que presenta la jurisprudencia chilena a la hora de dar tratamiento a la pérdida de oportunidad en los casos de

responsabilidad civil médica son dos: a) que no reconocía la autonomía de este rubro pero no como planteábamos en la hipótesis de nuestra introducción , ya que más que una “confusión” de los rubros indemnizatorios de pérdida de oportunidad y daño moral lo que ocurre es que se indemniza la pérdida de oportunidad bajo el título de daño moral, lo que provoca una indemnización incompleta ya que se considera como otro ítem del daño moral y provoca además una incidencia negativa a nivel tributario ya que una indemnización otorgada a título de daño moral por sentencia ejecutoriada no constituye renta para efectos tributarios, y b) que producto de lo anterior no contamos con un sistema cuantificador del daño como ocurre en otros países.

7) Si bien en un principio propusimos un modelo cuantificador del daño que debía atender a criterios analíticos más que estadísticos para ponderar con mayor certeza el daño producido, finalmente concluimos que los primeros están al servicio de los segundos, por cuanto los criterios analíticos sirven de base para que el facultativo llamado a resolver el problema, a través de su opinión y bajo el alero de su incorporación pericial o documental al juicio, cuantifique la chance perdida en base a su experticia, materialice tal operación en un valor numérico estadístico y permita al juez fallar de la forma más cercana a la verdad científica posible.

8) Finalmente pudimos comprobar nuestras hipótesis y cumplir con nuestros objetivos tanto general como específico ya que logramos aplicar esta teoría en el ámbito de la responsabilidad civil médica en nuestro país, sorteando todas las dificultades que hasta ahora se han presentado para lograr un reconocimiento explícito y una aplicación de ella, ubicándola en el ámbito de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, delimitando su naturaleza jurídica como interés legítimo , desarrollando sus elementos, sobre todo lo que respecta a la relación de causalidad que ella exige , clarificando qué daños son los que quedan cubiertos bajo su alero y logrando establecer un modelo cuantificador del daño que efectivamente logra atender tanto a criterios analíticos como estadísticos.

## BIBLIOGRAFIA

### Libros

1. Barros Bourie, Enrique: “Tratado de responsabilidad extracontractual” Editorial Jurídica de Chile, año 2006.
2. Bueres, J. Alberto, Zaffaroni Eugenio: “Responsabilidad médica”, aspectos civiles y penales. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
3. De Matteis, La responsabilidad médica. Un sotto sistema de lla responsabilitá civile, Cedam, Padova, 1995, Obra citada en Bueres, J. Alberto, Zaffaroni Eugenio: “Responsabilidad médica”, aspectos civiles y penales. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
4. Guajardo Carrasco, Baltazar: “Aspectos de la responsabilidad civil médica” Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile año 2002.
5. Le Torneu, Phillipe y Loïc Cadiet: Droit de la Responsabilité, Dalloz, 1998, p. 213. Citado por Torrealba Federico en revista electrónica “Revista Judicial 98”, última visita 30/11/2013.
6. Lopez Mesa, Marcelo “Tratado de Responsabilidad Medica” Editorial Legis, Buenos Aires, Argentina, 2007.
7. Medina Alcoz, Luis. La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Madrid, España: Editorial Aranzadi. 2007
8. Tamayo Jaramillo, Javier: “Tratado de Responsabilidad Civil” T. II, editorial Legis, Argentina, año 2007.
9. Trigo Represas, Félix., López Mesa, Marcelo: “Tratado de la responsabilidad civil” T. II, editorial La Ley, Argentina. año 2011.
10. Sánchez Morón, M., voz “interés legítimo”, en Enciclopedia Jurídica Básica, vol. III, Madrid, Civitas, 1995.
11. Zavala de González, Matilde. (2009). Tratado de Daños a las Personas -Disminuciones Psicofísicas-. Editorial Astrea.

## Artículos

1. Berrocal Lauzarot, Ana: “A propósito de la responsabilidad Civil Medica, la teoría de la perdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado” Publicado Revista de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid, vol. 16, año 2011.
2. Chabas, Francois. (2000). La Pérdida de una Oportunidad (Chance) en el Derecho francés de la Responsabilidad Civil. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Medellín, n°8 marzo 2000.
3. De La Calle Santiuste, Ángel: “Perdida de Oportunidad en Salud”, publicado en “Ars Medica. Revista de Humanidades”, España, n° 9, Junio del 2006.
4. Luna Yerga, Álvaro: Oportunidades perdidas; “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, publicada en “Revista para el análisis del Derecho”, Cornell Law School, Ithaca, New York, n° 02, mayo del 2005.
5. Medina Alcoz, Luis: “La doctrina de la perdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla, La Mancha”. Reflexiones Críticas. Revista Jurídica de Castilla, la Mancha, n° 47, pp. 115 y ss, diciembre del 2009.
6. Mosett Iturriaspé, Jorge, “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, en Revista Latinoamericana de Derecho, n°1, pp. 358, año 2004.
7. Peñuela David, “Pérdida de la oportunidad: Daño cierto o castillo de naipes (I)” artículo publicado en el Diario La República, Colombia sección asuntos legales, Martes, Mayo 7, 2013.
8. Prevot, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de responsabilidad civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, pp. 143-178, diciembre 2010.
9. Rodríguez Yong, Camilo: Perdida de la Oportunidad. Publicado en revista “Vía Inveniendi Et Iudicandi” Edición N° 13 Vol. 7 No. 1, Universidad Santo Tomás de Colombia. Enero - Junio de 2012.
10. Tapia Rodríguez, Mauricio. “Responsabilidad Civil Medica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. Revista de Derecho (Valdivia), vol. XV, diciembre 2003, páginas 75-111.
11. Tapia Rodríguez, Mauricio. “Perdida de una chance, su indemnización en la jurisprudencia chilena” en Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, n° 2, diciembre del 2012.

12. Torrealba Federico en revista electrónica “Revista Judicial 98”, edición de diciembre del 2010. Última visita 22/11/2013.  
[http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_98/completos/07\\_completo.html](http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/07_completo.html).
13. Tron, Jean Claude; ¿Qué hay del interés legítimo? (primera parte). Revista del Instituto de la Judicatura Federal (México), N° 33, año 2012. Pág. 251.
14. Salas Carceller, Antonio. “La pérdida de oportunidad como criterio para determinar la indemnización derivada de la responsabilidad civil profesional”, en Revista Aranzadi Doctrinal, Editorial Arnazadi, Pamplona, n°8, año 2010.
15. Siso Martin, Juan, La tesis de la pérdida de oportunidad, Entre la intención garantista para el ciudadano y el peligro de la tendencia objetiva”, Revista actualidad del derecho sanitario, ISSN 1136-6869, N°. 155, 2008, págs. 838-839
16. Vázquez Ferreyra, Roberto: “El Tribunal Supremo Español y la responsabilidad civil de los médicos” Juris revista, España. N° 70 T. 86
17. Vázquez Ferreyra, Roberto, La responsabilidad civil de los médicos, Publicación en periódico La Capital, Argentina del 31/10/87. Disponible en [http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed\\_rvf.pdf](http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf)
18. Venegas Franzolini, Loreto: Factores de Imputacion en la responsabilidad Civil Medica: evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena, publicado en Revista de Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, n° 8, año 2007.

### **Jurisprudencia**

1. Sentencia del 1° Tribunal Civil y Comercial de Mendoza (2003): Indemnización de perjuicios, “J. R. E. Y R. M. con policía de Mendoza”, Rol N° 68.8845/35.750 citado en Suplemento del Diario del Mundo Hospitalario Publicación de la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires Año 8. N° 37. Diciembre de 2004.
2. Sentencia Corte Suprema (2009): Recurso de casación en la forma y fondo, Eleana González Castro con Servicio de Salud de Concepción, Rol 4149 -2009, disponible en v-lex online.

3. Sentencia Corte Suprema (2010): Recurso de casación en la forma y fondo, Marianela Campillo Mañan con Servicio de Salud de Concepción, Rol 5264-2003, disponible en v-lex online.
4. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Recurso de apelación, Karen Ojeda Molina con Hospital Fricke, Rol 776-2008, disponible en v-lex online.
5. Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2009): Recurso de casación en la forma y en fondo, José Huenchur con Servicio de Salud de Puerto Montt, Rol 7-2009, disponible en v-lex online.
6. Sentencia Corte Suprema (2011): Recurso de casación en la forma y en fondo, Manuel Ojeda Soto con Servicio de Salud de Viña del Mar, Rol 2074, 2009, disponible en v-lex online.
7. Sentencia Corte Suprema (2009): Recurso de casación en la forma, Gabriel Peña Contreras con Servicio de Salud de Concepción, Rol 6274, 2007, MJCH\_MJJ20926.
8. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, Recurso de Casación 6 de Junio de 1997. RJ 1997, 4610.
9. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Recurso de Casación, 19 de julio del 2007. RJ 2007, 4692
10. Sentencia de la Audiencia Nacional Española, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4º. Reclamación. 29 de octubre de 2003. JUR 2003/265284.
11. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, Recurso de casación de 10 de mayo de 2006. RJ 2006/2399.
12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Recurso de Casación, 14 de noviembre del 2006. RJ 2007/4993
13. Sentencia de Sentencia de Conseil d'Etat, caso Conseil d'État, Section du Contentieux, 21/12/2007, Repertorio Judicial nº 289328.
14. Sentencia del Tribunal de Casación, Sala de lo Civil 1º, Recurso de Casación, 22/03/2012 Recurso N º: 11-10935 11-11237.
15. Sentencia del Tribunal de Apelación de Noumea, Sala de lo Civil, 13/08/2012, Recurso N º 10/00738.
16. Sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, N° 30229 con fecha 19 de Noviembre de 2007

17. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, N° 95.451 Casa N° 6.032/2006 del 30 de Mayo de 201
18. Sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Causa C - 70477 del 1 de Abril de 2004
19. Sentencia n° 15693 331 002 2000 00959 01 de Sala Civil, del 10 de Agosto de 2011
20. Sentencia n° 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) de Consejo de Estado - Sección Tercera, con fecha 14 de Marzo de 2013
21. Sentencia n° 25000-23-26-000-1999-00479-01(22943) de Consejo de Estado - Sección Tercera, con fecha 8 de Febrero de 2012.