

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN  
EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL**

---

**“La pérdida de chance como  
daño indemnizable en el Código Civil Peruano”,**

---

**Área de Investigación:**

Derecho Civil Patrimonial – Responsabilidad Civil

**Autor:**

Br. Pajares Roncal, María Yobani

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Florián Vigo, Olegario David

**Secretario:** Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

**Vocal:** Obando Peralta, Ena Cecilia

**Asesor:**

Gelner Morocho Núñez

**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-7739-2028>

**TRUJILLO – PERÚ  
2021**

**Fecha de sustentación: 2021/06/08**

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo a mis padres Alcibíades y Sunilda, a mis hijas Dana y Fefa, quienes con su amor y paciencia permitieron la conclusión de este trabajo.

También a mis hermanos Ever y Mary por estar en los momentos en que más los necesito.

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento asesor por su invaluable apoyo.

A todos quienes han contribuido de manera directa o indirecta en la realización de la presente investigación.

## RESUMEN

En la tesis se analizó: **“LA PÉRDIDA DE CHANCE COMO DAÑO INDEMNIZABLE EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO”**, entendiéndose a la pérdida de chance como la ausencia de una posibilidad sensata y objetiva de un evento beneficioso; sin embargo, su reconocimiento a nivel legislativo en la legislación peruana -al parecer generaría duda su regulación-, pues las pretensiones que tienen ese objeto como pretensión son desestimadas por los órganos jurisdiccionales. De allí nuestro planteamiento al sugerir que la pérdida de chance sería un daño indemnizable reconocido en el Código Civil Peruano.

La hipótesis permitió un planteamiento de afirmar que la pérdida de chance **sí** es indemnizable como daño en el Código Civil Peruano, y, que sí estaría regulada implícitamente en el artículo 1985° del cuerpo sustantivo; en tal sentido, la denegación de éste concepto con el argumento de la ausencia de regulación sería ilegal y hasta podría tornarse en arbitrario; por lo que su acogimiento debería ser obligatorio, no para su estimación *per se* o de manera automática, sino para un análisis de fundabilidad o infundabilidad.

En ese sentido, la presente tesis busca ser una herramienta no solo para los abogados sino también para los Jueces, que les ayude a la determinación concreta de los daños -por pérdida de chance- que nuestra legislación implícitamente si habría regulado.

Como objetivo, se pretendió determinar sí la “*pérdida de chance*” sería indemnizable como daño en el Código Civil Peruano, llevando a cabo una profunda investigación doctrinaria. Logrando corroborar la hipótesis planteada, debido a que ésta figura cumple con las exigencias de todo daño indemnizable, de allí para afirmar que sí resultaría indemnizable como un daño en nuestro Código Civil.

**Palabras claves:** Pérdida del chance, pérdida de oportunidad, daño resarcible, indemnización, daños y perjuicios, responsabilidad civil.

## ABSTRACT

The current work looks over: “Loss of the Chance as Damage in the Peruvian Legislation”, being understood that the loss of change is the absence of a sensible and objective possibility of a beneficial event; however, its recognition at the legislative level in the Peruvian legislation – it would apparently generate doubt about its regulation – since the claims are rejected by the jurisdictional bodies. Hence our outlook by suggesting that the loss of chance would be a compensable damage recognized in the Peruvian Civil Code.

The hypothesis allowed an approach to affirm that the loss of chance is compensable as damage in Peruvian Civil Code, and that it would be implicitly regulated in article 1985 of the Civil Code; in this sense, the denial of this concept with the argument of the absence of regulation would be illegal and could even become arbitrary; therefore, their acceptance should be mandatory, not for its estimation *per se* or automatically, but for a fundability analysis.

In this sense, this thesis seeks to be a tool not only for lawyers but for judges, as well to help them determine the specific damages - for loss of chance - that our legislation implicitly would have regulated.

As a goal, it was tried to determine whether the "loss of chance" would be compensable as damage in Peruvian Civil Code, carrying out a deep doctrinal investigation. Achieving corroboration of the hypothesis raised, because this

figure (loss of chance) meets the requirements of any compensable damage, from there to assert that it would be compensable as damage in our Civil Code.

**Keywords:** Loss of chance, loss of opportunity, compensable damage, compensation, damages, civil liability.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	2
AGRADECIMIENTO .....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRAC .....	6

### CAPÍTULO I.

#### INTRODUCCIÓN

1.1. ANTECEDENTES.....	12
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	13
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	16
1.4. ENUNCIADO .....	17
1.5. HIPÓTESIS.....	18
1.6. OBJETOS .....	18
1.6.1. Objetivo General .....	18
1.6.2. Objetivo Específicos.....	18

### CAPITULO II.

#### MARCO TEORICO.

2.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	19
2.2. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS MANIFESTACIONES .....	19
2.3. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	21

<b>2.4.</b>	<b>LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.....</b>	<b>23</b>
<b>2.4.1.</b>	<b>La antijuricidad.....</b>	<b>24</b>
<b>2.4.2.</b>	<b>El daño.....</b>	<b>26</b>
	<b>2.4.2.1</b> Condiciones del daño.....	<b>28</b>
	<b>a)</b> Cierto .....	<b>28</b>
	<b>b)</b> Personal.....	<b>31</b>
	<b>c)</b> Daño subsistente .....	<b>32</b>
	<b>2.4.2.2</b> Clasificación del daño.....	<b>33</b>
	<b>a)</b> Daño emergente .....	<b>35</b>
	<b>b)</b> Lucro cesante .....	<b>37</b>
	<b>c)</b> Pérdida de oportunidad.....	<b>39</b>
	<b>d)</b> Daño moral .....	<b>41</b>
	<b>e)</b> Daño a la persona.....	<b>46</b>
<b>2.4.3</b>	<b>CORRESPONDENCIA DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y EL DAÑO O NEXO CAUSAL .....</b>	<b>47</b>
	<b>4.3.3.1.</b> Fractura causal.....	<b>49</b>
	<b>4.3.3.2.</b> La concausa.....	<b>51</b>
<b>2.4.4</b>	<b>FACTOR DE ATRIBUCIÓN (IMPUTABILIDAD).....</b>	<b>53</b>
	<b>2.4.4.1</b> Factores de atribución subjetivos.....	<b>54</b>
	<b>a)</b> Dolo.....	<b>54</b>
	<b>b)</b> Culpa inexcusable.....	<b>55</b>
	<b>c)</b> Culpa leve .....	<b>57</b>
	<b>2.4.4.2</b> Factores de atribución objetivos .....	<b>59</b>
<b>2.5</b>	<b>LA PÉRDIDA DE CHANCE.....</b>	<b>61</b>
<b>2.5.1</b>	<b>Daño resarcible y sus requisitos .....</b>	<b>63</b>
	<b>2.5.1.1</b> Daño .....	<b>64</b>

<b>2.5.1.2</b>	Los requisitos del daño resarcible.....	69
<b>a)</b>	Daño cierto .....	69
<b>b)</b>	Daño personal .....	71
<b>c)</b>	Daño subsistente .....	71
<b>d)</b>	Relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño ....	72
<b>2.5.2.3</b>	Nuestra posición.....	72
<b>2.5.2</b>	Pérdida de chance en estricto.....	75
<b>2.5.2.1</b>	Concepto.....	77
<b>2.5.2.2</b>	Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad y su diferencia .....	82
<b>2.5.2.3</b>	Un verdadero problema. La cuantificación del daño por pérdida de oportunidad .....	90
<b>2.6</b>	La pérdida de chance en el Código Civil Peruano .....	98
<b>2.6.1</b>	Composición Interna de la norma.....	98
<b>2.6.2</b>	Normas abiertas y cerradas .....	99
<b>2.6.3</b>	El artículo 1985° del Código Civil.....	100

### CAPITULO III

<b>1.</b>	Métodos .....	103
<b>2.</b>	Técnicas.....	104
<b>3.</b>	Instrumentos .....	105
<b>4.</b>	Unidades de Análisis.....	106
<b>5.</b>	Población .....	106
<b>6.</b>	Muestra .....	107

## CAPITULO IV

ANALISIS Y RESULTADOS .....	108
CONCLUSIONES.....	112
PROPUESTA LEGISLATIVA .....	114
BIBLIOGRAFÍA .....	116

## CAPÍTULO I.

### INTRODUCCIÓN

#### 1.1. ANTECEDENTES.

En la ciudad de Trujillo, no existe antecedente en cuanto al tema de nuestra investigación, es por ello que como antecedente solo se utiliza artículos relacionados a nuestro tema solamente en el ámbito local (nacional).

##### 1.1.1. Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza

**González**, en el artículo: *“Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”*- octubre 2002;

en:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>;

concluyen: “al nacimiento de la responsabilidad civil, la misma que tiene como uno de sus presupuestos esenciales que se haya infringido un daño al agraviado. Pero no cualquier daño, sino un daño cierto -tanto en lo referente al interés que afecta, como al hecho que lo produce- y no un daño meramente eventual o hipotético. Esto implica que para que el daño sea indemnizable, debe necesariamente existir certidumbre en cuanto a la existencia misma del

agravio, ya sea presente o futuro, aunque su monto no pueda ser determinado con precisión al momento de la expedición de la sentencia”.

**1.1.2. Espinoza Espinoza, Juan**, en su libro Derecho de la Responsabilidad Civil (2013), editorial RODHAS; concluye: “el daño por pérdida de una chance denominado también daño por pérdida de una ocasión favorable. Inicialmente, la doctrina rechazaba su configuración como daño resarcible, pasando luego a ser aceptado por la jurisprudencia, entendido como un lucro cesante. Contemporáneamente es asimilado a un daño actual, “que es resarcible si, y en cuanto, la ocasión favorable esté funcionalmente vinculada a la cosa o al derecho lesionado”. En el mismo sentido, se define a este daño como “la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible”.

## **1.2. REALIDAD PROBLEMATICA.**

La “*pérdida de chance*” entendida como la pérdida de oportunidad resarcible o la desaparición actual y cierta de una eventualidad favorable, resulta ser un concepto que en la práctica sí es un elemento que podría ser objeto de resarcimiento; no obstante, su reconocimiento -a nivel legislativo- aparentemente no habría sido objeto de regulación -de modo expreso o literal-, y esa sería la

razón por la que algunos órganos jurisdiccionales desestiman cualquier pedido referido a demandas que contengan como pretensión “la pérdida de chance”, como por ejemplo en la Casación de la Sala Constitucional y Social Transitoria N° 002280-2005, de fecha 19 de octubre del 2006, interpuesta por MARÍA TERESA Jiménez Lazo, donde señala en su noveno fundamento:

**“Noveno.** Que la pérdida del chance o más propiamente de oportunidad busca reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener cierta ventaja patrimonial o de evitar un perjuicio. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de conseguir un beneficio patrimonial o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello deja de ser indemnizable, por lo que, cuando se analiza la figura jurídica de pérdida de oportunidad nos encontramos con dos elementos imprescindibles, por un lado, el elemento de certeza, que representa, de no mediar el evento dañosos, el damnificado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial y por otro lado, también está presente el elemento de la incertidumbre sobre el resultado que podría haber alcanzado. Asimismo, los juristas FELIPE OSTERLING PARODI Y

FERNANDO DE TRAZEGNIES, ubican a la pérdida de oportunidad o la pérdida de chance dentro del daño emergente, al ser un elemento económico que se suma al patrimonio del dañado”

Los criterios para no estimar pretensiones de “la pérdida de chance”, no solo es el argumento de la falta de regulación o ausencia de regulación, sino también por considerar que la “pérdida de chance” está dentro del daño emergente al ser un elemento económico que se suma al patrimonio del dañado; empero, dicha afirmación sería inexacta, pues encuentro diferencias marcadas entre estas dos figuras; mientras que el daño emergente es el daño en sí (cierto, concreto, identificable), en la pérdida de chance es el daño incierto remotamente identificable -según criterio a proponer-, característica que hace a dichas categorías autónomas; por lo que considero que no puede ser un criterio válido para su denegación.

De otro lado, con un análisis exhaustivo y crítico del artículo 1985° del Código Civil podría afirmarse con certeza que “la pérdida de chance” si sería objeto de regulación, pero ésta de modo implícito; por ello, que la denegación de este concepto “pérdida de chance” con el sólo pretexto de ausencia de regulación sería arbitraria e ilegal.

Por otro lado, la preocupación por denegarse “la pérdida de chance” como un daño jurídicamente resarcible -en las circunstancias descritas- carece de una razón jurídica válida, pues

asumo que dicha categoría es regulada implícitamente en la legislación sustantiva. Siendo así, su análisis no debe ser calificado como un objeto jurídicamente imposible -que la ley no lo permite-, sino como uno posible, y en todo caso su denegación debe ajustarse al análisis de las probabilidades de su obtención, es decir un pronunciamiento sobre el fondo -aun cuando- se alegue que no está regulado, pues pese a ello, los jueces como principio de la función jurisdiccional tienen la obligación de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley (artículo 139° inciso 8 de la Constitución del Estado), por ello que “la pérdida de chance” merece no sólo su estimación -en caso corresponda-, sino más bien su análisis de fundabilidad, claro siempre que se haya perdido la oportunidad y no haya logrado materializarse-, con esas exigencias dejará de ser “pérdida de chance” para convertirse un daño emergente.

### **1.3. JUSTIFICACIÓN.**

Sí consideramos que el daño indemnizable “*pérdida de chance*” a nivel legislativo y jurisprudencial es un concepto que no está regulado y no es reconocido, podría ser meridianamente correcto que sea considerado como objeto jurídicamente imposible, por no tener regulación expresa; empero, el razonamiento anterior parte de una premisa errada al considerar a la falta de regulación un objeto jurídicamente imposible, pues en concreto solo será un objeto jurídicamente imposible cuando es la propia ley la que prohíbe una determina situación de hecho; por ejemplo, cuando

se transfieren los bienes estatales de dominio público, debido a que es el propio artículo 73° de la Constitución Política del Estado que expresamente señala que dichos bienes son inalienables. De allí la importancia de la investigación que permitirá determinar que la denegatoria de “la pérdida de chance” no sólo se hace por ausencia de regulación, sino por conceptos o constructos errados como el argumento que sería “un objeto jurídicamente imposible”.

Por ello considero el daño “la pérdida de chance” sí estaría regulado en el artículo 1985° del Código Civil de manera implícita. Por lo que su acogimiento o su pronunciamiento -de fondo- debe ser obligatorio, claro está, siempre que se ofrezcan los medios probatorios para el análisis respectivo.

Por estas razones, la presente investigación busca ser una herramienta no sólo para los abogados sino también para los jueces; para los primeros los ayude a clarificar sus pedidos -respecto- a éste concepto, como algo jurídicamente posible y estimable. Y para los jueces les permita cambiar el criterio que han adoptado denegando los pedidos del daño “pérdida de chance”, argumentando que se carece de juricidad, pues según el análisis realizado sí sería posible su concesión, interpretándose correctamente el artículo 1985° del Código Civil.

#### **1.4. ENUNCIADO.**

Con la finalidad de establecer si la “pérdida de chance” jurídicamente sería indemnizable, según el Código Civil, me formulo el siguiente problema:

*¿Es indemnizable la pérdida de chance como daño en el Código Civil Peruano?*

## **1.5. HIPÓTESIS.**

“Sí es indemnizable la pérdida de chance como daño en el Código Civil Peruano, al estar regulado implícitamente en el artículo 1985°”.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. Objetivo General:**

1.6.1.1. Determinar si es indemnizable la pérdida de chance como daño en el Código Civil Peruano.

### **1.6.2. Objetivo Específicos:**

1.6.2.1. Analizar y determinar la regulación expresa de los daños indemnizables en el Código Civil Peruano.

1.6.2.2. Analizar y determinar la regulación implícita de los daños en el Código Civil Peruano.

1.6.2.3. Diferenciar la pérdida de chance con otros tipos de daños (daño emergente, lucro cesante y proyecto de vida).

## **CAPITULO II.**

### **MARCO TEORICO.**

#### **2.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

Para una aproximación en el entendimiento de la teoría de la pérdida de chance o pérdida de oportunidad y con el propósito de presentar coherentemente nuestro estudio, no como una cuestión a regular, sino como un tipo de daño -regulado-. En ese sentido, se hace necesario, recorrer brevemente: cuestiones generales de la responsabilidad civil y sus elementos.

Con el propósito de cumplir lo afirmado precedentemente en líneas posteriores, se estudiará: **i)** El origen de la responsabilidad; **ii)** Importancia de la función resarcitoria de la responsabilidad; **iii)** Estudio de los elementos de la responsabilidad (antijuricidad, daño, nexo causal y factores de atribución o imputación).

#### **2.2. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS MANIFESTACIONES.**

Tradicionalmente en la doctrina se ha afirmado que la responsabilidad civil tiene su origen en dos fuentes primordiales. *El primero* es el contrato -para nuestra legislación la inejecución de obligaciones-contractual-; y, *el segundo* está en la afectación a la prohibición genérica de no causar daño -para nuestra legislación responsabilidad civil [extra]contractual-. Antiguamente no sólo eran consideradas las fuentes ya mencionadas, sino

también otras como señala Ospina (2001) “en el Derecho Romano se consideraba, también al cuasicontrato y cuasidelito como formas que originaban responsabilidad civil” (39).

En nuestra legislación, en el Código Civil de 1984, en el título IX se regula el capítulo sobre la inejecución de obligaciones, desde el artículo 1314° a 1332°, donde se señala: “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, es decir, aquí se recoge la responsabilidad contractual, la que nace de una relación obligacional. De otro lado, el artículo 1969° del Código Civil, precisa “aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”, esto no es otra cosa más que la responsabilidad [extra]contractual, que se produce cuando se afecta el deber genérico de no causar daño a otro.

De lo señalado podemos indicar que en nuestra legislación se ha optado por una regulación tradicional en cuanto a su clasificación y a su origen: responsabilidad contractual (inejecución de obligaciones), y responsabilidad extracontractual.

Debe precisarse que independientemente al origen de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la razón de la responsabilidad civil es **el daño**, que es la consecuencia o el efecto de la causa (contrato o incumplimiento del deber genérico), por eso la afirmación casi general o uniforme “que quién causa un daño está obligado a repararlo”.

### 2.3. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Es importante una aproximación, al estudio sobre las funciones de la responsabilidad civil, el cual se seguirá a partir de dos ópticas una restringida y otra extensiva. A partir de una óptica restringida encontramos principalmente: **i)** La función satisfactiva, que constituye una garantía de un adecuado resarcimiento a favor de quién sufrió el daño; **ii)** la función sancionadora, también conocida como responsabilidad civil punitiva, que impone sanciones de orden civil cuando se ha causado daños, que podrían derivarse del incumplimiento de un contrato o de la afectación del deber general de no causar daño, ésta opera como un castigo; y, **iii)** la distribución del daño, que se manifiesta como una forma de distribuir los daños y sus costos, por ejemplo, al seguro se le corre el traslado del daño, previo pago de una cuota mensual (derivada de un contrato de seguro); otro ejemplo, cuándo en la relación proveedor - consumidor, el primero traslada al segundo (en el precio de venta) una suma adicional al precio final del producto, que será lo que compensará posible daños.

Desde una óptica extensiva, según Espinoza (2013) pueden identificarse dos funciones en la responsabilidad civil: **a)** “la función disuasiva de cualquier conducta que permita incorporar acciones preventiva de daños y a su vez desalentar conductas dañosas” (54); **b)** la función de distribución social del riesgo, la que individualiza ciertos sujetos (personas naturales, empresas)

que se ven beneficiados con cierta actividad, que son los deben soportar el riesgo de los daños. En palabras de Trimarchi “esta función se evidencia en las actividades empresariales, donde las empresas para disminuir los costos, los traslada a un seguro, o, introduce un costo adicional en el producto que posibilite en el futuro posibles indemnizaciones” (16).

Para nuestra investigación nos interesa la función reparadora o resarcitoria de la responsabilidad civil, la que tiene fuerza (obligacional) que genera la necesidad en el perjudicado que sea reparado integralmente, ésta reparación -por excelencia- tiene un contenido económico.

La función resarcitoria, debe ser entendida, como el mecanismo que busca la indemnización total del afectado con la conducta antijurídica. Debiendo entenderse por reparación total, como la indemnización integral de las afectaciones que se haya causado al agraviado. En nuestra legislación, tanto en la responsabilidad contractual, como en la responsabilidad extracontractual, dicha función ha sido recogido, así tenemos, para la primera, en el artículo 1321° del Código Civil, que señala “(...) el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución (...)”, y para la segunda, el artículo 1985° del Código Civil, que precisa “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del

daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

Lo descrito, pone énfasis en la importancia de cuantificar el daño, eso posibilita que el agraviado pueda concretamente ser resarcido o reparado, como consecuencia del daño que sufrió, ya sea en su patrimonio o en su persona.

En resumen, lo que busca la reparación del daño es la satisfacción económica del perjudicado, en un sentido de equivalencia, con ello se restablecerá o equilibrará el aspecto económico o moral del afectado. Es por esta razón como dice Le Tourneau (2010) “la reparación de los daños sufridos no pueden ser concebidos como fuente de enriquecimiento, pues sólo se repara el daño y nada más que el daño” (68).

#### **2.4. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.**

Hemos afirmado que es el daño el elemento sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues si no hay daño no habrá responsabilidad; no obstante, dentro de su estructura, es un elemento más que la configura, además de ésta, la integran la antijuricidad, nexos causal, y el factor de atribución o imputación. En ese sentido, nuestro análisis nos aproximará a estos elementos. Veamos:

### **2.4.1. La antijuricidad.**

Según Espinoza (2013) “la ilicitud es la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico” (29). Para Taboada (2003) señala que “solo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro mediante un comportamiento o conducta que no es amparado por el derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres” (40). No habrá responsabilidad si la conducta realizada se hizo dentro de los límites de lo permitido por el derecho, esto es, dentro del margen de lo lícito.

De allí que asumo, que la presencia de la ilicitud (o antijuricidad) es un elemento de cualquier supuesto de responsabilidad civil, pues ésta se configura al transgredir, justamente la norma impuesta por el derecho, y en otros casos al contravenir los valores de la convivencia o, dicho en otras palabras cuando se presenta una situación de injusticia.

Existen quienes suelen distinguir la antijuricidad formal y material. Es formal lo opuesto a la legalidad (ilegalidad), es decir, todo aquello que expresamente contraviene nuestro ordenamiento legal expreso; y será material en palabras de Iturraspe (1982) “todo lo que afecta con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de los principios que sostiene

el orden público: político, social, y económico, las buenas costumbres, etcétera” (24).

Otros, en cambio la diferencian entre antijuricidad típica y antijuricidad atípica o genérica; y, parten abordando el concepto de [anti]juricidad dentro del esquema de los elementos de derecho ilícitos.

En la estructura del derecho de daños, se hace hincapié a los tipos dónde se identifica la presencia de un caso de responsabilidad [extra]contractual, y esto es verificando la conducta causante del daño, como señala Taboada (2003) “sí es una actividad contraria a derecho, no por atentar al orden público o buenas costumbres como patrones de comportamiento socialmente aceptados como válidos y legítimos, sino por contravenir una norma jurídica que prohíbe expresa o tácitamente dicha conducta” (44).

En ese sentido, únicamente se tendría que hablar de responsabilidad civil, cuando se ha originado perjuicios, a través de acciones u omisiones prohibidas por normas jurídicas específicas, que podrían ser, con contenido penal o sin él, también en los demás casos en los cuales la conducta, aun cuando no esté prevista específicamente en una norma jurídica, por sí misma, sea contraria a derecho o antijurídica por contravenir el orden público o las buenas costumbres.

En suma, ilicitud o antijuricidad expresan la misma noción “contrariedad a la norma”, y es la acción u omisión que origina la producción de la responsabilidad civil, por ejemplo el artículo 1969° del Código Civil, que señala “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”; es decir, es típica la conducta si se causa daño a otro y la consecuencia será que deberá indemnizarse; esto es, un supuesto de tipicidad. También lo será cuando se afecte los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico, lo que hace innegable la consideración de la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil.

#### **2.4.2. El daño.**

Reiteramos la gran utilidad e importancia del daño como elemento de la responsabilidad civil, tal es así, que algunos lo consideran como el primer elemento de análisis en un estudio sobre responsabilidad. Al respecto, Henao (1998), señala “el daño es un elemento primordial y es único común a todas las circunstancias” (37). De allí la afirmación de Daray, que señala “que si no hay daño no existe responsabilidad” (29); y es más, desde toda consideración sobre responsabilidad, tanto doctrinaria como empírica, el daño es el inicio, el establecimiento y determinación de ésta, y ante su inasistencia resulta inoficiosa cualquiera

acción indemnizatoria.

Advertida su importancia, el daño ha sido entendido como un acontecimiento que puede ser positivo o negativo que se genera en una persona, en sus bienes, cuerpo o sentimientos, que generan una disminución. Para el profesor Tamayo (1986), entiende “al daño como el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (5).

Para De Cupis (1970) señala “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (81).

Intentando generar un constructo sobre el daño, diríamos es la afectación a la persona (daño al soma y daño moral) o a su patrimonio (daño emergente, lucro cesante), cuyo efecto es el de disminuir los bienes y su capacidad.

En nuestra legislación nacional, empezando con el Código Civil derogado (1936) no nos ha dado un concepto de daño, tampoco se estableció que daños podían ser indemnizables, solo se hizo una referencia limitada, en cuanto a que no podía o no existía obligación de reparar el daño, cuando la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el

cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos (artículo 1138° del Código Civil de 1936).

Entonces sin antecedente alguno, y manteniendo la misma omisión del Código anterior -1936-, sin definir lo que es el daño, en el actual Código Civil (1984), solo se ha creído conveniente tener una norma que permita orientar a los jueces sobre los conceptos que podrían ser considerados en procesos sobre indemnizaciones; por tal razón, se incorporan los artículos 1321° y 1985° del Código Civil, dónde de modo casi literal, se mencionan los daños resarcibles (daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral); conceptos que finalmente exteriorizan la función de la responsabilidad civil, restitutoria o satisfactiva.

#### **2.4.2.1. Condiciones del daño.**

Pese a la omisión legislativa de definir al daño, ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de hacerlo, incluso han ido un poco más allá, al establecer los requisitos o condiciones para la existencia del daño, que básicamente se podrían resumir en:

##### **a) Cierto.**

Este requisito, exige de modo objetivo que el daño debe tener la condición de real, no

sea meramente presumible o incierto. Henao (1998), señala “que es cierto aquél que siendo, actual o futuro se opone al eventual o hipotético” (104). De modo ilustrativo ésta característica es bien resumida por el profesor Rivero (2001), cuando afirma:

“próximo al daño futuro, pero discernible de él -en la mayoría de los casos-, se encuentra el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad de daño cierto, en tanto que el concepto de daño eventual se opone precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, entonces, al daño que no es cierto; o sea, el daño meramente fundado en suposiciones o conjeturas” (368).

Para que el daño se afirme es existente, no es necesario considerar su presencia en el tiempo (sea que sea pasado o futuro),

debido a que sólo importa acreditar la existencia real de la afectación, ya sea confirmando que sí se produjo, o que el menoscabo salga como resultado de una extensión real y frontal de una situación actual de bienes (materiales e inmateriales). Al respecto Henao (1998) señala “que no se debe confundir perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará” (131).

La certeza de su ocurrencia, se da en los daños indirectos, como son los mediatos -daños futuros-, debido a que son bastantes los perjuicios previsibles. Por ello, es trascendental afirmar que la pérdida de chance se podría describir como un tipo de daño real y objetivo, situación que es ratificada por Brenes (1990), en la afirmación siguiente “en el caso de la pérdida del chance, la certeza estará dada únicamente por el hecho lesivo aun cuando el chance constituya tan sólo una probabilidad, su frustración a raíz del ilícito

deviene cierta y debe ser indemnizada - claro está que deberá repararse en tal caso la frustración de la oportunidad y no así todos los beneficios que la víctima esperaba obtener de no haberse frustrado el chance-” (235). Entonces, debe observarse que la posibilidad de un estatus que favorece a una persona, y que en esa condición se vea restringida, ello debe ser vista como una afectación objetiva (real), porque -al menos- la posibilidad existe, y hay muchas probabilidades de su realización. En ese sentido, puede deducirse que la institución de la pérdida de chance exige la objetividad, por ello que excluye todos los perjuicios que no son evidenciables, los cuales no se deben resarcir.

**b) Personal.**

Significa que el perjuicio exige transgredir individualmente los derechos del afectado (persona natural) que es el que pretende su restablecimiento y por ende su resarcimiento. A decir de Bigliazi (1995), “solo podrá reclamar la reparación y el

perjuicio efectivamente sufrido patrimonial o extra patrimonial” (72). En estricto la condición de afectado la que otorga legitimación procesal (activa); no obstante, en los daños indirectos, la legitimación (activa) es extraordinaria y legal pues pretende un resarcimiento de alguien diferente a quién padeció la lesión. Por ejemplo, una persona sea hombre y mujer, o sus hijos de una víctima mortal de un accidente, cualquiera sea, podría interponer la demanda por daño moral.

**c) Daño subsistente.**

Aquí exige que en el tiempo que se reclame o dónde pretenda su resarcimiento, la afectación aún debe estar presente, y menos éste haya sido satisfecho. De allí que Agoglia (2003), precisa “si el daño ha sido reparado por el responsable o un tercero no puede estar llamado a prosperar, debido a que una doble indemnización implicaría un enriquecimiento sin causa” (41).

Sí nos guiamos por los principios generales del derecho, uno de ellos nos

informa que nadie puede sacar provecho en correlación a otro sin motivo que lo origine.

El enriquecimiento sin causa tiene como elementos configuradores: 1) Exista un enriquecimiento de una persona; 2) Haya un empobrecimiento correlativo de otra persona; 3) El desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique (no exista fuente); 4) Que el afectado con la disminución haya quedado sin acciones procesales para interponer.

Sí un sujeto ya fue indemnizado el daño ya fue reparado, y por lo tanto un nueva exigencia de pago significará su enriquecimiento y el empobrecimiento del agente dañador, comportamiento que es correlacional, y que carece de una fuente que legitime el pago; es por esta razón que solo se acepta un daño no reparado o subsistente como requisito del daño a indemnizar.

#### **2.4.2.2. Clasificación del daño.**

Desde épocas antiguas, en doctrina,

jurisprudencia y en la propia legislación siempre han intentado clasificar al daño, no obstante, jamás ha existido una clasificación que sea exclusiva o que haya causado unanimidad de opinión.

No obstante, dos son las clasificaciones que tienen mayor aceptación: los materiales e inmateriales o patrimoniales y extra patrimoniales (éste último el de mayor uso por la jurisprudencia y la doctrina civil). Se debe entender como daño patrimonial, aquél daño que afecta inmediatamente el patrimonio del dañado; en tanto, que el extra patrimonial afecta derechos de orden personal que no pueden -por equivalencia- ser traducidos monetariamente (en dinero).

Henaó (1998), señala “que aun siendo un daño extra patrimonial éste está fuera del patrimonio del afectado, pues siendo el patrimonio el conjunto de bienes y obligaciones de un sujeto, el daño extra patrimonial debe ser considerado dentro de éste, pues si bien su naturaleza no es económica, al repararse es medible en dinero (192).

Siguiendo con la premisa de la clasificación de los daños patrimoniales, se dividen en: lucro cesante

y daño emergente, los cuales los tenemos recogidos en nuestro Código Civil, para el caso de la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual) en el artículo 1321°, que señala: “(...). El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (...)”. Y para la responsabilidad extracontractual en el artículo 1985°, donde precisa: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”. No obstante, a lo dicho, debe hacerse un análisis independiente de las categorías del daño patrimonial, veamos:

**a) Daño emergente.**

Corresponde concretamente al perjuicio inmediato de la conducta antijurídica. En

palabras de Orgaz (1967) “el daño emergente es el perjuicio efectivamente sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaba incorporado a ese patrimonio” (24).

Para el profesor Taboada (2003), señala “el daño emergente es la pérdida efectivamente sufrida” (62), de otro lado De Cupis (1975), precisa “si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, será un daño emergente” (312).

En ese sentido, el análisis del daño emergente debe hacerse sobre los bienes que ya pertenecen al sujeto, es decir, el menoscabo o la destrucción se presentaba en un bien o derecho que en el momento en que se tiene lugar el hecho dañoso ya pertenece al sujeto, sólo será necesario apreciar a través de la equiparación de bienes (materiales e inmateriales) y derecho que el afectado ostentaba en el pasado, y luego del daño.

**b) Lucro cesante.**

El lucro cesante viene a ser la ganancia patrimonial que no pudo ingresar al patrimonio de la víctima por la conducta de antijurídica. Para Visentini (1999), señala “es la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido (206); de otro lado, para Taboada (2003) “el lucro cesante es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir” (62), se podría decir que dentro de la categoría de lucro cesante están las afectaciones o daños que se originan en la ausencia de adquisición de objetos que pudieron estar dentro de todo el patrimonio, el que no se ha originado por la conducta antijurídica.

La concretización del lucro cesante es complicada, sí bien está presente en la ganancia que podría haber estado en la esfera del demandante sino se hubiera presenciado la conducta antijurídica, su existencia exige rehacer todo los hechos

que los originaron, así permitirá identificar que su no presencia, sí se habría desarrollado. En ese sentido, el rehacer los sucesos tiene como finalidad identificar los hechos que han originado el fracaso de una ventaja que sí existiría si se dejaría a la acción a un curso normal.

Según, el rehacer, se podrá compensar éste daño, sí es que se acredita: i) que en ausencia de la conducta antijurídica la ventaja podría haber ingresado concretamente al patrimonio del demandante, e ineludiblemente que la ventaja frustrada sea idónea y merecedora de amparo legal; ii) es insuficiente que se exija una aproximación a un suceso, o que llegue a una comprobación total de su suceso, solo es necesaria una determinante probabilidad de la misma. Al respecto Santos Briz (1993), señala “no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso, y tampoco es suficiente un interés inseguro o incierto.

Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera posibilidad de la probabilidad” (292).

Así pues, según éste razonamiento debe finalizarse indicando que sí es posible la individualización de daño (lucro cesante), sin exigir demostrar en un grado de certeza absoluta las posibles ventajas disminuidas, lo que no supone al mismo tiempo, sea vista como improbabilidad e inverosimilitud.

Por último, iii) También en el lucro cesante se comprenderá como señala Díez- Picaso (1999) “la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo que, en ocasiones, va aparejada a las lesiones personales (tanto físicas, como mentales) y que presupone, junto a estas la pérdida o disminución de la capacidad para obtener la remuneración que se venía obteniendo regularmente” (84).

### **c) Pérdida de oportunidad.**

Quizás un daño, que podría pensarse que no tendría cabida en nuestra legislación - como es la pérdida de oportunidad (o de

chance)- y es la que se ubica en medio de la posibilidad de reducción de los ingresos de una persona, ya sea que se ocasiona gastos que no debieron ocurrir, o debido a que se incrementaron sus activos. Al respecto De Ángel (1991), ha señalado:

“La pérdida de oportunidad o pérdida del chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera por consiguiente la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial” (50-51).

Dicha categoría será detenidamente analizado en los capítulos subsiguientes, allí

se evaluará no solo la pérdida de oportunidad sino su ubicación efectiva dentro de la estructura de la responsabilidad civil.

#### **d) Daño moral.**

Taboada (2003) entiende por daño moral “como la lesión o afectación a los sentimientos de la víctima, que origina en él, gran dolor, aflicción o sufrimiento” (64); el mismo autor propone un ejemplo, que en los casos de muerte de una persona, los familiares sufren daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres, etc., pese a ello, no sólo basta con que exista una vinculación y lesión, sino que éste sentimiento debe ser considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico predominante y por ende considerado digno de la tutela legal (64).

Quizás el concepto de daño moral pueda ser entendido; no obstante, presenta varias dificultades de orden práctico, como por

ejemplo la forma de acreditarlo o probarlo, cuantificarlo. Para acreditarlo, debe entenderse que no todas las personas expresan sus sentimientos de la misma forma, unos lo harán con mucha facilidad, otros podrían simular, otros incluso pueden tener una gran fortaleza que haga imperceptible la afectación emocional. De allí por ejemplo que la Corte Suprema en la CASACIÓN N° 2084-2015-LIMA, ha señalado que éste daño debe presumirse:

“En tal sentido, ante la dificultad para probar el daño moral, esta Sala Suprema ha optado por **presumir**, en casos puntuales, la existencia del mismo. En el caso de autos, correspondía a las instancias de mérito resolver la controversia de los autos a la luz de esta concepción. Nótese que en autos se encuentra acreditado que el demandante tuvo que acudir ante el Poder Judicial, mediante el proceso de amparo, a fin de conseguir que la entidad demandada cumpliera con otorgarle una nueva pensión, acorde con

la Ley número 23908. Ante ello, resulta comprensible que el accionante haya podido sufrir daño moral (lesión a su sentimiento), debido a que se vio obligado a seguir el itinerario judicial en mención, ante la negativa (ilegítima) de la entidad demandada de reajustar la pensión que percibía, en consecuencia devendrían en irrelevantes los argumentos esgrimidos por el Colegiado Superior tendientes a establecer una pretendida falta de acreditación del daño moral”. (Sétimo considerando).

De otro lado, en cuanto a la cuantificación, la propia Corte Suprema de la Republica en la CASACIÓN N° 2890-2013-ICA, ha optado por establecer el criterio de la equidad para su determinación, así en la consideración décimo cuarto ha señalado:

“(…) 3. El daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada. En esa óptica, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar

económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a algunos a sostener que en realidad tal daño no debe existir, no es menos verdad que la existencia de daño moral ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332° del Código Civil que: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, disposición legal que podría pensarse sólo es aplicable a la responsabilidad civil contractual (inejecución de obligaciones); no obstante, sí resulta extensible a la responsabilidad [extra] contractual. 4. Ese análisis “equitativo” constituye método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en casos como los aquí expuestos. Ello significa de ninguna forma que necesariamente deba otorgarse la indemnización, pero sí que la norma

debe ser tenida en cuenta y, en su caso, explicar las razones para su rechazo. 5. Aplicando tal precepto, y siendo que el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender a máximas de experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija, circunstancia rechazada por el orden natural de las cosas, al extremo el idioma castellano contiene expresiones para la muerte de los padres o de la esposa (a) -huérfano (a), viudo (a)- no contiene término para el fallecimiento del hijo, pues se opone a aceptar lo que de manera cotidiana no sucede”.

Sí bien la formula descrita es bastante genérica y elástica, y no resuelve del todo el problema referido a la probanza y cálculo del daño moral, será el Juez el que finalmente deberá resolver el caso en concreto.

#### e) Daño a la persona.

Debo señalar que en principio, soy de la idea que el daño en el ente “*ser humano*” sólo puede presentarse como *daño sicosomático*, y como *daño al proyecto de vida*. Dentro del daño psicosomático, siendo el hombre soma o cuerpo y psiqui, éste puede derivar un *daño al propio cuerpo* y *daño moral* (daño que afecta la psiqui-que genera sufrimiento, padecimiento); sin embargo, aquí no lo describiré como un solo daño, sino como una categoría distinta al daño moral, pues así está en nuestro Código Civil, como dos tipos de daños extra patrimoniales.

El daño a la persona -desde un punto de vista restringido- es entendido como la lesión a la integridad física del sujeto. Según nuestra posición solo considera una parte del real concepto de daño a la persona, por eso afirmo y ratifico mi desacuerdo con lo que afirma Taboada (2003), cuando considera “que las categorías de daño a la persona y daño moral son categorías independientes, pues una cosa es la

persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta sus sentimientos” (69). Digo que discrepo con Taboada, pues enfoca a la persona como varios segmentos, que cada una tendría por sí mismo independencia; no obstante, ello supone desconocer que el ser humano es uno solo, cuerpo (soma), psiqui (aspecto emocional), y su libertad (afectación al proyecto de vida).

Lo que es cierto, es que nuestra legislación (Código Civil) mantiene dos categorías de daño extra patrimonial (a la persona y moral), y el daño a la persona también presenta varios problemas, quizás el más saltante en su probanza, de allí que al igual que el daño moral deberá acudir también necesariamente al criterio de conciencia y equidad.

#### **2.4.3. CORRESPONDENCIA DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y EL DAÑO O NEXO CAUSAL.**

Debe existir una relación de causalidad entre la conducta dañosa (antijurídica) y el daño. Si mediante una supresión hipotética de dicha conducta el daño no se hubiera dado, resulta claro que hay una relación de causalidad entre la

acción u omisión del demandado y el daño sufrido por la víctima.

El nexo o relación causal, como elemento integrador de la estructura de la responsabilidad civil, en buena nueva, permite imputar la responsabilidad en un daño a una persona (por acción o por omisión), bastando sólo la identidad en una relación de causalidad entre la conducta (positiva o negativa) con la lesión al interés jurídico que es objeto del derecho, en otras palabras, la conducta debió haber causado un daño.

Taboada (2003), señala “que debe exigirse una relación de causa – efecto, es decir, de antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima” (83). Cuando no existe esta relación no existirá daños y por tanto, no existirá la obligación de pagar.

Quizás la importancia de la relación causal radica en que ésta será determinante para poder identificar qué daños se deben indemnizar, busca un coherente manejo de las consecuencias de las conductas. Al respecto De Cupis (1975), señala “el contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho

humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad” (246).

De allí, que la causa debe ser adecuada (inmediata o directa) capaz de producir los daños. Como entonces y que debe entenderse por causa adecuada, para Taboada (2003) “será adecuada la causa cuando concurren *el factor concreto* y *factor in abstracto*, el primero debe entenderse que los daños han sido consecuencia fáctica y material de la conducta antijurídica del autor, debiendo concurrir el factor in abstracto, es decir que la conducta antijurídica abstractamente considerada a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el decurso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuado para producir el daño causado” (85).

Verificada la causa adecuada, se puede advertir también otra gran importancia de la relación causal que viene a ser el instrumento para la cuantificación del daño, estableciendo límites, o disminuyendo o desapareciendo la responsabilidad, en el primer caso cuando existe fractura causal, y en el segundo caso cuando hay concausa, lo que analizaremos brevemente.

#### **4.3.3.1. Fractura causal.**

Existe fractura causal cuando hay una disquisición en medio de dos conductas o

situaciones que habrían ocasionado la afectación, el cual necesariamente debe ser la consecuencia de una sola acción. Al respecto, Taboada (2003), señala “en todo supuesto de fractura causal una conducta habrá llegado a ocasionar el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido el mismo consecuencia de la otra conducta” (87). Significa que a la conducta que no ha llegado a causar daño se le denomina causa inicial, mientras que la conducta que sí llegó a causar el daño se le denomina causa ajena.

En otras palabras, que la acción de terceros (causa ajena) es un instrumento para conocer o establecer que no existe responsabilidad civil, en quién efectuó la conducta inicial. Parafraseándolo, en otras palabras, diríamos que cuando una persona intente liberarse de una responsabilidad -que se le atribuye- debe demostrar que el daño causado ha sido consecuencia de una causa ajena, que puede ser un caso fortuito, fuerza mayor, o hecho individual de agraviado, así

expresamente lo reconoce el artículo 1972° del Código Civil, donde señala: "(...) el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño". Será caso fortuito cuando quien produce el daño es una acción de la naturaleza. De otro lado, será fuerza mayor cuando la acción ajena estará en un acto de tercero. Y por último, será acción determinante de tercero y de la víctima justamente cuando el hecho es realizado por un tercero y por la propia víctima.

Cuando lo que se acredita es una fractura causal (hecho fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la propia víctima) no se es responsable, y; por lo tanto, desaparece la responsabilidad. No sucede lo mismo con la concausa, que sólo reduce la responsabilidad.

#### **4.3.3.2. La concausa.**

Se llama concausa, al daño que es ocasionado por la conducta del autor -de la

conducta antijurídica-, pero con la ayuda o participación del propio afectado; es decir, habrá concausa cuando el dañado ha contribuido con su propio accionar a la contribución del daño. Taboada (2003), señala “que el daño no será consecuencia sólo de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el que no se hubiera realizado, sin mediar el comportamiento de la propia víctima” (91). Al respecto el Código Civil regula ésta categoría que en el artículo 1973° ha reconocido la posibilidad -en estos casos- de reducir la indemnización, ha sido expresado en los siguientes términos “si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias”, es decir, éste supuesto no extingue la responsabilidad civil de autor de la conducta antijurídica, sino sólo posibilidad la reducción de la indemnización.

#### **2.4.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN (IMPUTABILIDAD).**

Los factores de atribución o de imputabilidad son un supuesto más que necesario para la existencia de la responsabilidad civil. Por sí solo, la acción antijurídica, el daño, o la relación causal no bastan para imputar responsabilidad sino que debe conjugarse con el factor de responsabilidad subjetiva u objetiva. Al referirse a estos factores se trata de responder principalmente dos cuestiones quién responde y en virtud de qué circunstancia. Avano (2011), señala “responde quién actúo, quién omitió, el dueño guardián del bien, el empleador por el hecho de su trabajador, o los padres por los hijos menores. Una vez establecido quién responde, se buscará el sustento por la que deberá responder. Sí por dolo, culpa, por el riesgo o peligro del bien” (191).

Los factores de atribución pueden ser subjetivos o pueden ser objetivos. En el primer grupo genera responsabilidad subjetiva, mientras que, el segundo, es origen de la responsabilidad civil objetiva.

La responsabilidad civil subjetiva se construye en la culpa y en dolo; la responsabilidad objetiva, en cambio, puede generarse en varios supuestos como el riesgo de un bien peligroso, la equidad, ejercicio abusivo de los derechos, y el exceso en la norma tolerancia entre vecinos.

#### **2.4.4.1. Factores de atribución subjetivos.**

El sistema subjetivo supone la imputación concreta al sujeto que generó el daño por vía de acción u omisión. Este factor se asienta en la culpabilidad -latu sensu- que puede ser culpa y dolo.

##### **a) Dolo.**

Habría que diferenciar el dolo civil del penal, pues el primero se conforma con una voluntariedad teñida de mala fe, pero sin exigir la intención de dañar, basta que el deudor no ejecute deliberadamente su obligación. La causalidad dolosa es lo que la ley castiga y no la entidad del daño ni la finalidad primordial de dañar, podría configurar el dolo penal.

El dolo civil coincide con la mala fe, cuya existencia no precisa la intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la coincidencia de que con su conducta realiza un acto antijurídico, debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados

que, sin ser intencionalmente perseguidos, sean consecuencia necesaria del incumplimiento de la obligación. En pocas palabras, según Torres (2012), señala “se entienden dolosas las consecuencias que derivan de la acción u omisión del deudor que voluntariamente incumple con sus obligaciones, esto es, deliberadamente no ejecuta la obligación, y con ello causa un daño al acreedor” (1345).

#### **b) Culpa inexcusable.**

El Código Civil Peruano reconoce dos grados de culpa propiamente dicha, una de ellas es la culpa inexcusable, que definida por el artículo 1319° del Código Civil, que señala “incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

La negligencia grave consiste en que el deudor desarrolla una conducta contraria -al- deber de prevenir las consecuencias previsiblemente dañinas para el acreedor derivadas de

la inexecución de la obligación o de su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso; el deudor omite observar un grado mínimo de diligencia; no obstante, es consciente que el resultado perjudicial para el acreedor se puede desencadenar. Torres (2012), señala “el límite entre negligencia inexcusable, imperdonable, con el dolo es demasiado tenue, razón por la que el derecho atribuye iguales consecuencias jurídicas a quién actúa de cualquiera de estas dos maneras” (1348).

Castañeda (1963), señala “que la culpa es inexcusable cuando el sujeto obra con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves; el hombre con menos cuidado no habría incurrido en esa culpa; implica la conciencia de la probabilidad del daño y su aceptación temeraria sin razón válida” (165).

**c) Culpa leve.**

Conforme al artículo 1320° del Código Civil, el deudor actúa con culpa leve cuando omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación incumplida, atendiendo a las circunstancias en que se encuentren las personas que han de ejecutar la prestación (sus capacidades, conocimientos, posibilidades económicas, salud, etc.) a la época en la que ha de cumplirse la obligación y al lugar dónde ha de cumplirse, elementos éstos que influyen en el cumplimiento de la obligación y que sirven para graduar la culpa en caso de incumplimiento.

La diligencia ordinaria consiste en el cuidado, solicitud, prontitud, precaución, previsión y esmero necesario que el deudor debe observar para ejecutar su prestación exacta y oportuna, conducta que debe ser evaluada en cada caso concreto de acuerdo a la naturaleza de la

obligación. Cuando el deudor por omisión de la diligencia ordinaria incumple su obligación, no hace o hace menos de lo que debe y puede para ejecutar su prestación, incurre de culpa leve. Como señala Torres (2012) “el deudor no desea el incumplimiento ni causar daño a su acreedor, pero esos efectos se producen por la falta de observancia de la diligencia ordinaria, o sea, por su culpa leve, por lo que es imputable el incumplimiento de la obligación y es responsable por las consecuencias” (1350).

Es decir, omite la diligencia ordinaria quién no cumple su obligación debido a su falta de previsión, a su imprudencia, a su torpeza, a su desidia, falta de lealtad para su acreedor, incurriendo en culpa leve, no en culpa grave. Podría intentarse dos ejemplos: cuando no se coloca los bienes en lugar apropiado para evitar su descomposición; o cuando se obliga al dependiente a conducir un vehículo por

largas horas, causando accidentes.

#### **2.4.4.2. Factores de atribución objetivos.**

El sistema objetivo de la responsabilidad civil tiene su edificación en el concepto de riesgo, siendo éste la columna vertical en el factor de riesgo en el sistema de responsabilidad civil objetiva.

Este factor de atribución abstrae del análisis de la ausencia de culpa o ausencia de culpa del autor, de tal modo, como señala Taboada (2003) “la existencia de responsabilidad no es por qué exista culpa o no, sino porqué es intrascendente pues basta el análisis de la relación de causalidad entre el daño y el uso de bien o actividad peligrosa desarrollada y que es calificada como riesgosa” (101).

Quizás el primer paso para identificar éste factor de atribución es determinar que debe entenderse por bien riesgoso o actividad peligrosa, según **Trazegnies** (2005), señala “que la **RAE** define al riesgo como contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como que tiene riesgo o puede ocasionar daño” (172); en ese sentido, desde el

punto de vista lingüístico no existe diferencias sustanciales entre ambos adjetivos, pues ambos se refieren a la proximidad de daño o que puede ocasionar daño.

Trazegnies (2005), señala “que el legislador no ha restringido la responsabilidad a solo los casos (ultra peligrosos) sino que amplía el concepto de riesgo por la vía de la reiteración (regula adjetivos similares) dónde comprende no solamente riesgosas o peligrosas, sino todas las actividades que de cualquier forma podría engendrar peligro” (173).

Al respecto, Taboada (2003), señala “que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerado como riesgosa; es por ello que la conclusión de la calificación depende del riesgo que supone el uso esencialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando el uso socialmente aceptado del bien o actividad a que se trate, siempre y cuando el uso o realización normal y cotidiano suponga un riesgo adicional al común y ordinario para los demás

(automotores, armas de fuego)” (99).

Para Espinoza (2001), precisa “una actividad riesgosa o peligrosa, es por su naturaleza, un concepto relativo porque depende del estado logrando por la ciencia y por la técnica de un determinado sector. El adjetivo peligroso, puede resultar de difícil calificación, debido a que es el resultado de un proceso de juicios a priori y a posteriori. La observación del carácter peligroso (incluso el de anormalmente peligroso) del bien o de la actividad es un juicio ex post, refleja solo el punto de partida de un juicio complejo, el carácter de riesgoso o peligroso se determina con un juicio ex ante, basado en criterios cuantitativos (estadísticos) y cualitativos (naturaleza de la actividad o del bien)” (171).

## **2.5. LA PÉRDIDA DE CHANCE.**

Para la doctrina contemporánea (actual) es evidente que la responsabilidad civil busca dar una mayor protección a la víctima; al respecto Alterini (1992), señala “que se protege mayor a la víctima creando mejores condiciones para protegerlos, de allí que se han incrementado las situaciones en las que es posible que los perjudicados encuentren una reparación, incluso se están incorporando otros tipos de daños que merecen protección” (341). Lo anterior se refleja cuando el propio autor Alterini (1992)

asevera lo siguiente “allí donde antaño se soportaba el daño inclinándose ante el azar nefasto, se intenta hoy encontrar el autor del daño”, y que, “el desenvolvimiento mismo de la responsabilidad es una bola de nieve, en cierto modo, e inspira a cada cual la idea de que se le resarza desde el instante en que sufre un daño”. Dicho autor continúa con su descripción de los cambios y las manifestaciones actuales en el campo de la responsabilidad civil, y en una sencilla oración afirma “no es dudosa, en la actualidad, la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad o chance” (342).

A lo dicho, agregaría que en el progreso del derecho de daños, siempre será la víctima -el centro de atención- y buscará una atención total al acto sufrido (daño).

De allí, que se hace necesario describir los sucesos que se han presentado en el derecho de daños, los cuales son mencionados:

“se ha identificado un sinnúmero de nuevos daños que merecen protección, así tenemos los siguientes daños: a la persona, a la salud, por lesión al derecho de crédito, al proyecto de vida, psíquico; y, a la competencia desleal.

Se admite actualmente el resarcimiento de perjuicios e intereses que históricamente fueron considerados simples y no jurídicos.

Se considera procedente en el actual derecho de

daños el resarcimiento de perjuicios ocasionados por accionar lícito, prescindiéndose en tal caso - aparentemente- de la antijuricidad como presupuesto autónomo del sistema.

Se ha ensanchado el ámbito de legitimados activos a la hora de reclamar daños.

Se ha ampliado la noción de daño moral, albergándose en el mismo a perjuicios extra patrimoniales que trascienden el clásico “*pretium doloris*”. (Calvo, 2005, 58).

Todos estos cambios o nuevos conceptos en la responsabilidad civil, son consecuencia de la necesidad de otorgar mejor y mayor cuidado a quién padece un daño, de allí que se hace necesario fijar o establecer la necesidad de ampliar a otros criterios indemnizables con la finalidad de brindar soluciones a los afectados y que todas aquellas afectaciones ocasionadas sean satisfechas, incorporando en el espacio indemnizable la llamada pérdida de oportunidad o de chance.

### **2.5.1. Daño resarcible y sus requisitos.**

Debe precisarse qué se entiende por daño resarcible, ya que sí se considera la pérdida de un chance como un daño resarcible más, éste debe reunir ciertas características que se analizarán a continuación. Para el caso peruano, la norma por excelencia de responsabilidad civil

extracontractual, se le encuentra en el artículo 1969° del Código Civil, que señala “*aquél que por dolo o culpa causa daño a otra persona deberá indemnizarlo...*”. Esta disposición legal traduce la imperatividad que tiene el Derecho a la indemnización; sin embargo, cabe señalar, que nuestra legislación no ha definido al daño, por ello se ha recurrido a la doctrina y a la jurisprudencia quienes se han encargado de definir el daño.

#### **2.5.1.1. Daño.**

Daño es igual a disminución, supone deterioro, afectación o lesión. Afectaciones existen, y estas son muchas en la vida ordinaria; se presentan de modo distinto, desde su forma y su origen. Es inexorable que los perjuicios que podrían presentarse en la vida diaria no podrían ser inadvertidos por parte del ordenamiento jurídico. Se podría graficar un ejemplo, la enamorada que engaña (es infiel) a su enamorado, comportamiento que no surte efectos jurídicos entre las partes, aun cuando, al enamorado se le cause una difícil afectación emocional, conducta que no es trascendente para nuestro ordenamiento; el enamorado no tendrá a su disposición un sistema jurídico que permita resarcirle cualquier afectación como

consecuencia del actuar de su enamorada. En ese sentido, inicialmente debe identificarse si la conducta merece o no la atención del derecho, para luego determinar si es susceptible de resarcimiento.

Doctrinariamente éste tema es abordado, no se pretende hacer una extensión al respecto, pero se hará una referencia con la finalidad de determinar que exige un daño para ser indemnizable:

“En la primera teoría, se considera al daño como una afectación, disminución en los bienes y derechos de una persona. Se resume en lo siguiente: “... para esta corriente, si el hecho vulnera un bien de significación económica, el daño será patrimonial -en cambio, cuando se lesione un bien que no reviste carácter patrimonial -ejemplo- un derecho de la personalidad- el daño será moral”. La crítica a ésta postura, es que el detrimento a un bien económico no siempre originará un perjuicio patrimonial inmediato. Igual ocurre con afectaciones a derechos

[extra]patrimoniales, que pueden tener efectos en el ámbito económico.

La segunda teoría, reconoce al daño como una transgresión de derechos (como atribución), y concibe al daño como “el conjunto de facultades que corresponden al individuo, y que éste pueda ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen”. A nivel nacional, son varias las diatribas a ésta postura, pues es el derecho que se reconoce éste como atribución, sino que además se le da un valor adicional a los derechos individuales y colectivos, además de los difusos, los cuales son legítimos en su defensa.

La tercera teoría, reconoce a la afectación como una transgresión a un interés legal, cuya manifestación es la afectación a un interés legal, sea éste patrimonial o [extra]patrimonial. Esto genera una tendencia que señala que sólo se indemnizarán los perjuicios que sean importantes y merezcan tutela

para el Derecho. En otras palabras, "... sólo tendrá relevancia el daño jurídico- aquel que posea un *quid iuris*- por lo que se puede afirmar sin temor a equivocarse que el objeto de un menoscabo jurídico no es más que un interés jurídicamente tutelado. Todo aquel interés que no encuentre tutela en nuestro Derecho -ni explícita ni genéricamente (ejemplo por resultar ser reprobado por el Derecho)- y que sea lesionado, como también todo aquel daño simplemente naturalístico - que consista únicamente en un simple menoscabo a bienes- no provocará la reacción del sistema a fin de lograr una reparación del mismo".

En última instancia, la cuarta teoría, se refiere al daño entendido por sus consecuencias o efectos. Supone ésta postura que la afectación no puede identificarse solo con la lesión a un interés, sea éste patrimonial y [extra]patrimonial, sino que es el resultado a dicho agravio. Esta postura,

hace una distinción entre el perjuicio en sentido amplio, y, el perjuicio en sentido restringido. En el primero, lo conforma la lesión al derecho o a un interés legal patrimonial o [extra]patrimonial. Y el perjuicio reparable se podría considerar que es que es el resultado de las acciones lesivas de dicha afectación. “Entre la lesión (daño en sentido amplio) y el menoscabo (como resultado de la lesión), esto último es el daño resarcible, el único que trasciende jurídicamente y que debe interesar a los fines de su reparación”. Al final, en sus propias palabras concluye: *“Sin temor a equivocarnos ni contradecir nuestro punto de vista hasta aquí sustentado, y a la luz de estos aportes doctrinarios de notable excelencia, podemos decir que el concepto de daño estricto (resarcible) puede delinearse como la lesión a un interés jurídico -obviamente ajeno- patrimonial o extra patrimonial, que provoca consecuencias patrimoniales o extra*

*patrimoniales, respectivamente*” (Calvo 2005, 70-82).

### **2.5.1.2. Los requisitos del daño resarcible.**

No todo daño es objeto de resarcimiento, por ello es trascendente estudiar el asunto de los requisitos del daño resarcible, y analizar qué es lo que se requiere para una tutela en el sistema jurídico. Se debe partir en considerar que perjuicio que suponga indemnización debe ser un perjuicio injusto. Al respecto Calvo (2005), señala “A fin de que pueda conformarse el requisito de la injusticia del daño, se requiere de una amalgama compuesta por el contra *ius* (constituido por el acto dañoso, violatorio del *alterum non laedere*, que afecte un interés jurídico ajeno- tutelado o digno de tutela-), y por el *sine iure*, es decir, por la ausencia de causas de justificación de dicho perjuicio” (97).

Agregado, lo injusto del daño, se afirma que el perjuicio legal será indemnizable, en la medida que satisfaga un conjunto de situaciones, que se analizarán en seguida:

- a) **Daño cierto:** esto exige o supone que la afectación debe ser real, la que no debe ser

presumible o incierto. Es trascendente referirnos a la pérdida de chance la que puede identificarse como un perjuicio cierto, dicha especial condición se explica con la afirmación de Costa (2005), el cual señala "... Asimismo, en el caso de la pérdida del chance, la certeza estará dada únicamente por el hecho lesivo: aun cuando el chance constituya tan sólo una probabilidad, su frustración a raíz del ilícito deviene cierta y debe ser indemnizada -claro está que deberá repararse en tal caso la frustración de la oportunidad y no así todos los beneficios que la víctima esperaba obtener de no haberse frustrado el chance-." (235). De cierto modo se puede visualizar que el chance o el estatus jurídico beneficioso -del cual es titular-, en cierto momento ve restringida, originando un daño real, debido a que esa posibilidad existía y había certeza que lesionaban las oportunidades y posibilidades de una persona. De allí, puede advertirse que la institución de la pérdida de chance o de oportunidad debe cumplir con el elemento de toda afectación, la objetividad o certeza,

descartando así, todo daño meramente incierto o hipotético, los cuales están excluidos y no son objetos de resarcimiento.

**b) Daño personal:** significa que el perjuicio debe recaer en el interés de una persona, y será éste quién debe pretender el resarcimiento, debido a que es el que tiene legitimidad, por ser quién sufrió el perjuicio. No obstante, aun siendo el daño personal, pueden identificarse legitimidades extraordinarias o indirectas, cuando no es la propia víctima quién reclama la indemnización; por ejemplo, es el caso de la sucesora o sucesores de una víctima mortal, como consecuencia de un accidente, cualquiera de los sucesores podrían demandar la reparación de los daños patrimoniales y [extra]patrimoniales.

**c) Daño subsistente:** está condición supone que en lapso de tiempo que se padeció el daño el afectado que busque su satisfacción, la afectación aún debe existir o estar presente, el cual debe estar insatisfecho. Sí el daño o afectación ha sido satisfecho por el demandado.

**d) Relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño:** supone que debe mantenerse una relación de causa – efecto entre la conducta antijurídica y el daño (patrimonial y [extra]patrimonial). Sí, a través de una exclusión hipotética de dicha conducta (antijurídica), el perjuicio jamás se habría generado, resulta evidente entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta u omisión del demandado y la afectación sufrida por la víctima.

### **2.5.1.3. Nuestra posición.**

Según lo analizado hasta ahora, propondremos - a nuestro criterio- cuáles son los elementos que deben cumplir un daño para que éste sea resarcible, pues asumo que no todo daño genera el derecho a indemnizar. Para que eso suceda deben concurrir las siguientes características:

**a)** Ser objetivo, real, no meramente aproximado o incierto, no debe estar sustentado en acciones conjeturales o supuestas. El daño es tal, y no pierde su característica si su identificación resultaría incierta, indeterminada o de difícil de

apreciar o de prueba; así mismo, no debe confundirse la certeza con la posibilidad de presentarse en el tiempo, pues se admite la indemnización de un daño real y mediato; de otro lado, no debe confundirse el daño futuro, con el lucro cesante. El primero está referido a aquél que surge como una consecuencia *sine qua non* derivada del hecho causal o generador del daño. En lo referido a la extensión o seriedad de la afectación, debe estar referida a su probanza, que se generen con medios probatorios que acredite la real situación del daño, aun cuando podría ser susceptible de una excesiva susceptibilidad.

- b)** Debe mediar afectación a un derecho legalmente relevante y digno de protección, puede existir un perjudicado inmediato o mediato, el primero es la propia víctima de la conducta dañosa; y dentro del segundo estarán los sucesores de afectado del daño.
- c)** Debe ser producido por una persona ajena, y debe mantenerse, esto es, no

debe haber sido indemnizado por quién ocasionó el daño; sí ya ha sido satisfecho o reparado por quién ocasionó el daño resulta insubsistente ya.

- d) El daño debe presentarse en una relación de causa – efecto, entre el hecho antijurídico y el perjuicio producido.

Sí observamos el Código Civil en lo referido a responsabilidad civil, no existe una delimitación de un concepto de daño, creo que éste vacío tiene que ver -a mi criterio- con un factor discrecional que se le ha otorgado al magistrado para que sea él quien determine los daños indemnizables, lo que no significa una renuncia del legislador para no regular esta situación o que descarte su amparo judicial. Ésta afirmación parece ser coherente con el dinamismo del Derecho y específicamente el de la responsabilidad civil, y como tal no puede verse limitado a un sistema de numerus clausus o de normas estrictas con respecto a qué es daño y qué no, ya que la materia es dinámica y tiene manifestaciones en todos los ámbitos de la vida. Por ende, siguiendo esta idea se considera que la pérdida de chance puede abrirse poco a poco

un camino en el ordenamiento jurídico nacional, puesto que con fundamento en el artículo 1969° del Código Civil y el artículo 1985° del mismo cuerpo normativo es posible.

### **2.5.2. Pérdida de chance en estricto.**

Es necesario referirnos a como se originó la institución de la pérdida del chance o de oportunidad, y conocer como a nivel dogmático ha sido impulsado. Su expansión de la pérdida del canche, tiene que ver de acuerdo a dos fenómenos; el primero, que se relaciona con el papel de la jurisprudencia y la doctrina, es así que fue a partir de los tribunales que se empezó a introducir y crear conceptos relacionados a la institución, dándole forma a lo que ahora conocemos; en segundo término, una vez desarrollado a nivel jurisprudencial, se empezó a consolidar en los ordenamientos jurídicos, y en general traspasó fronteras y termino por implantarse en otras legislaciones.

Francia e Inglaterra fueron los países dónde inicialmente fue recogida la pérdida de chance, tanto en jurisprudencia y doctrina, fue a partir de allí que empezó a migrar a otros países. Medina Alcoz (2007), respecto al nacimiento de ésta institución señala “En efecto, la gestación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los Derechos francés, inglés, estadounidense, canadiense, australiano, belga, holandés o italiano, constituye una manifestación

paradigmática del papel protagonista que, por lo general, han asumido los Tribunales en la elaboración del derecho de la responsabilidad civil, cuyos razonamientos y soluciones, adelantados o teorizados después por la doctrina, acaban teniendo reflejo en algunos textos legales” (129).

En una aproximación a los orígenes de la pérdida de chance se remontan en las postrimerías del siglo XIX en Francia y principios del XX en Inglaterra, lo curioso o extraño del hecho, es que también apareció -por primera vez- casi simultáneamente en países del Civil Law (Francia), y en los países del Common Law (Inglaterra y Estados Unidos); siendo que en ambas culturas se originó por la jurisprudencia. Al respecto, Medina (2007), señala “A través de ella quiso indemnizarse a quien perdía una oportunidad de victoria en un proceso, concurso o certamen por culpa de un deudor incumplidor. La doctrina se caracterizó así, al inicio de su andadura, por la rapidez de su expansión y la estrechez de su ámbito material de aplicación” (129).

El referido autor, reafirma que es en Francia e Inglaterra donde se originó dicha institución, y a partir de allí, fueron adoptados por Argentina, Italia, Bélgica y Australia, consolidando un desarrollo doctrinario bastante extenso no limitado a chances, sino también a oportunidades.

### **2.5.2.1. Concepto.**

Es común hablar de la indemnización de un daño emergente, de un lucro cesante o un posible daño moral o daño a la persona. La idea de una indemnización por la pérdida de un chance o de una oportunidad es ajena a la forma de pensar o de abarcar el problema del daño resarcible. Sí bien técnicamente resulta un problema su determinación, la sola discusión de la posibilidad de una indemnización, cuando una acción dañosa lesiona o frustra una posibilidad o una chance de conseguir una ganancia o resultado favorable o evitar una pérdida genera expectativas legítimas de una indemnización. Es por eso, que a nivel de Derecho comparado, la pérdida de chance es una institución objetiva, que no podría ser extraña a nuestra legislación; en ese sentido, intentaré definir lo que entendemos por pérdida de chance, considerando el concepto de la doctrina comparada.

Podría definirse como pérdida de chance, aquél daño indemnizable, en dónde una persona que teniendo oportunidad o chance que es real y cierta para obtener un beneficio (patrimonial o [extra]patrimonial, las ve pérdidas o frustradas,

por el accionar antijurídico del demandado; aquí lo que se afecta es la posibilidad o ventaja existente (real y objetiva). Resulta importante enfatizar que la chance, posibilidad o probabilidad debe ser cierta y real, de allí que nace la obligación de indemnizar; no obstante, debe precisarse que en estos casos el monto a reparar casi siempre deberá determinarse en un monto menor a la posibilidad o chance pérdida, es por esa razón, que no puede aceptarse resarcimiento de chance como daños efectivos en el cien por ciento (100%). De otro lado, es importante mencionar el papel del Juez, que será quién llevará a cabo la determinación de si existe o no la chance pérdida y su cuantificación, y será él quien determine si las indemnizaciones solicitadas son solo sueños o meras ilusiones perdidas.

En ese contexto, será el juzgador quién debe determinar objetivamente si la chance pérdida fue una posibilidad real, objetiva y verosímil, que podría originar un indemnización en una aproximación. Las chances a las que nos referimos en éste análisis no son inmóviles ni inmodificables, pues estas pueden variar

constantemente, más si se analizan las circunstancias especiales del caso en concreto. Es a partir de allí que deberán analizarse las probabilidades de éxito, las que deberán ajustarse a los antecedentes históricos, jurisprudenciales, y a otros elementos trascendentes que jugarán y tendrán vigor y algún efecto sobre el resultado.

Para Fernández (2019), intentado sintetizar los elementos -a partir de los cuales se construye el concepto de pérdida de oportunidad-, y con bastante claridad, señala:

**“Un aspecto cierto:** la preexistencia de una oportunidad objetiva y seria. Existe, en primer término, un componente fáctico o una oportunidad objetiva y seria, consistente en circunstancias reales que permitirían anticipar, con anterioridad al evento dañoso, el desarrollo de un curso de acontecimientos favorable al sujeto afectado: Un estado de cosas que ya contiene, en estado germinal, la simiente de otro estado de cosas preferible. Esta es, propiamente, la

oportunidad seria y real que gozaba el perjudicado antes del evento dañoso, y que resulta frustrada como consecuencia de éste. Este componente fáctico, constituye un hecho que debe ser acreditado con base en los elementos comunes de prueba.

**Un aspecto incierto:** La preexistencia de un alea. El segundo componente de la pérdida del chance, es la existencia de un componente aleatorio: Si bien el damnificado se encontraba en una situación propensa al desenvolvimiento causal de un estado de cosas favorable, existe, sin embargo, cierto margen de incertidumbre. En otras palabras, hay un número de variables indeterminadas, desconocidas, que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad. Según el autor, el alea inherente a toda pérdida de oportunidad, si bien existe, no se indemniza. A la hora de fijar el *quantum*

*debitur* se debe descontar el factor aleatorio, al cual se le asigna un valor.

**Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal, atribuible al responsable:** es la interrupción del curso causal normal de los acontecimientos, por virtud de un hecho (activo u omisivo) imputable al responsable, cuyo efecto es la erradicación de la oportunidad en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud.

**Un resultado cierto:** La supresión o reducción significativa de la oportunidad preexistente. Debido a la acción u omisión del responsable, se determina un resultado cierto de naturaleza fáctica consistente en la desaparición o reducción del chance u oportunidad preexistente. Se puede demostrar empíricamente el resultado dañino que frustra la oportunidad,

mediante elementos comunes de prueba” (102).

En ese sentido, puede afirmarse que no es sencilla la determinación de la pérdida de chance, pues exige un análisis complejo de situaciones concretas (hechos), ello permitirá determinar si efectivamente exista o no.

#### **2.5.2.2. Naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad y su diferencia.**

Queda claro que la pérdida de chance difiere con otros perjuicios (patrimoniales y [extra]patrimoniales). La importancia de ésta distinción es explicada muy bien el profesor Torrealba (2016), que señala “A priori, esta discusión parecería tener interés meramente académico. Sin embargo, lo que en definitiva se resuelva goza de decisivo interés práctico, a los fines de la aplicación del principio procesal de congruencia (*ultra petita, extra petita*)” (19). Para nosotros, es determinante la importancia de conocer correctamente la pérdida de chance, la que permitirá calificar cierta circunstancia como indemnizable, pues a partir de allí generará seguridad jurídica, tanto para las partes, como para la sociedad; no obstante, no existe

univocidad dónde se debe ubicar a un chance lesionado o frustrado que merezca indemnización. Sí bien dicho instituto ha generado gran polémica -en doctrina-, y aun así existe divergencia, es por eso que se recurre a la distinción entre los daños y perjuicios, categorías que no son exclusivos a daños económicos, sino que también incluyen daños [extra]patrimoniales. Dentro de los primeros, se puede advertir al daño emergente o actual, el cual es definido por el detrimento que ya opero y permanente en la esfera patrimonial del damnificado; dentro de éste daño está comprometido también el daño futuro, ejemplo: los gastos en dispositivos médicos de una persona enferma que debe incurrir durante toda su vida. Y por perjuicio, se entiende el lucro cesante, que es actual o futuro, que corresponde a las nuevas utilidades que el afectado no ha obtenido o habría podido conseguir sí es que no se hubiera verificado el comportamiento antijurídico.

Doctrinariamente, siempre ha existido división sobre, si ubicar a la pérdida de oportunidad dentro de los daños o de los perjuicios, o si por el contrario, constituye una especie o categoría

autónoma. Existen diversas tesis, dentro de estas está la sostenida por Prevót (2007), que identifica la pérdida de chance con el lucro cesante y ha dicho "...lo que separa un concepto de otro es el mayor o menor grado de certidumbre o probabilidades de un acontecimiento que no ha sucedido" (51). También el propio autor ha dicho "No es cierto que en el lucro cesante se pierden ganancias o beneficios materiales y que en la chance el objeto de la pérdida radique, en cambio, en la oportunidad de obtener esas ganancias o beneficios. Tanto en unos como en otros se pierden oportunidades. En ambos casos hay una expectativa que se ha visto defraudada; la diferencia está en el porcentaje de posibilidades, en la dosis de alea que las circunda" (51). Por el contrario, otras corrientes también de gran influencia, han sido objetivas al diferenciar la pérdida de oportunidad con el lucro cesante. Al respecto Torrealva (2016), señala "A diferencia del lucro cesante, que es un perjuicio económico, la pérdida de chance puede referirse tanto a aspectos económicos -incluida la pérdida de oportunidad de devengar un lucro, o la pérdida de oportunidad de evitar un daño emergente-;

como morales: la pérdida de oportunidad de curación, o la pérdida de oportunidad de supervivencia, etc. El concepto en estudio es más amplio en cuanto a contenidos que el lucro cesante, que claramente se encuadra como un tipo de afectación patrimonial: Las ganancias o réditos dejados de percibir” (20). Según lo afirmado por el referido autor, en el lucro cesante, el sujeto ha estado con bastante previsibilidad de obtener ventajas patrimoniales, en cambio, en el supuesto de la pérdida de chance, la víctima solo tiene un sinnúmero de posibilidades en un determinado contexto, con altas probabilidades de realización. Esta afirmación es ratificada por Torrealva (2016), cuando señala “Hemos dicho que el lucro cesante es un daño cierto porque el damnificado se hallaba emplazado en una situación idónea-apta-para producir las ganancias que el hecho dañoso ha frustrado. Las chances en cambio, traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza de que gozaba el damnificado de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de

acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro” (20).

Continuando con las desigualdades, puede determinarse que son válidos los análisis, respecto a los razonamientos, que apuntalan a la idea, que son mayores las exigencias probatorias en el caso de lucro cesante, frente a la acreditación de un chance frustrada. Al respecto, López (2008) indica:

“La carga de la prueba del lucro cesante es más pesada que la carga de la prueba de la chance de lucrar. Para probar el lucro cesante, usualmente se requiere demostrar, in concreto, la preexistencia de una relación jurídica específica, es decir un título o un derecho de crédito del que pueda derivarse razonablemente la certeza de la ganancia anticipada. Por ejemplo si lo que se reclaman son rentas, se exige la demostración, no solo de la titularidad, sino de la preexistencia de un contrato o, al menos, de un precontrato de locación; en cambio, respecto a la pérdida de

chance no es necesario demostrar la existencia de una relación jurídica específica basta con demostrar la titularidad sobre un bien o derecho apto para la generación de rédito o frutos y la mutilación de la potencialidad de obtener ganancia a raíz del hecho dañoso” (45).

Según lo afirmado, puede concluirse que para acreditar el lucro cesante exige acreditar una relación causal (fuente) que era la que posibilitaría la obtención de la ganancia; mientras que para acreditar la pérdida de chance solo bastaría demostrar una posición, situación, o estatus que genere la posibilidad de un beneficio, cualquiera sea la naturaleza.

Por último, puede advertirse también distinciones entre la pérdida de chance y el lucro cesante, referido a sus efectos. Y ésta supone, que mientras los casos de pérdida de oportunidad (chance) lo que se indemniza es una parte del lucro cesante proyectado, como un alea, en los demás casos el lucro cesante, pueda que exista un alea, pero no resulta relevante; quiere decir, que en los casos del lucro cesante, el Juez

quizás no tiene ni tendrá la certeza total sobre la obtención del lucro en el futuro, tal incertidumbre no es relevante; y, por ende se indemniza [la] totalidad del supuesto lucro esperado.

Prevót (2007), contra lo señalado, precisa “que la pérdida de chance consiste en un daño emergente y no en un lucro cesante, porque lo que se indemniza es la actual posibilidad frustrada de obtener un beneficio. Se considera la posibilidad frustrada, como una entidad patrimonial, jurídica y económicamente susceptible de autónoma valuación, distinta respecto del resultado conseguido” (53); según el referido autor, existe una posibilidad afectada, cuando ésta es cierto y presente, y es capaz de ser valorada y resarcible. No obstante ésta postura, corresponde hacerle una crítica -pues como se dijo anteriormente-, la respuesta a la pérdida chance no se restringe a la limitación de oportunidades patrimoniales, sino también [extra]patrimoniales, de allí que resulta necesario precisar lo señalado por López (2008), cuando afirma “...la diferencia fundamental entre la pérdida de chance, el lucro cesante y el daño emergente finca en una cuestión de grados de

certidumbre” (20), quizás se entendería en que tiene incidencia y se extenderá en el nivel de dificultad para identificar y cuantificar el daño, lo resulta ser un paso previo a su determinación del monto indemnizable.

Por último, incurren en el error al confundir el daño eventual o hipotético con la pérdida de chance; sin embargo, esto no es correcto por cuanto como señala López (2008) “daño eventual es aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio. A diferencia del daño eventual, tanto el daño actual como el futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello que la existencia de los mismos debe constar de manera indubitable...” (54). En cambio, en la pérdida de oportunidad, éste es un daño real (cierto) en grado de probabilidad, la que es cierta, objetiva, y es estas condiciones la que se indemniza. De lo contrario, si la probabilidad de suceso -de la posibilidad- era o fue solo conjetural o hipotética, el daño podría resultar eventual y, como tal, no sería susceptible de indemnización. Al respecto, sobre ésta distinción

López (2008) manifestó “algo distinto al perjuicio puramente eventual, es la pérdida de una oportunidad o probabilidad. Es una situación ligada a la idea de certeza, concebida como probabilidad. Si tal probabilidad era seria, su privación constituye un perjuicio reparable. (...) Aunque antiguamente se equiparaba la pérdida de una oportunidad a un simple perjuicio eventual, en la actualidad hubo un cambio de mentalidad: una probabilidad tiene un valor pecuniario por lo tanto su pérdida es un daño cierto que merece reparación”. (23).

### **2.5.2.3. Un verdadero problema. La cuantificación del daño por pérdida de oportunidad.**

Quizás con lo señalado, puede que haya quedado entendido, que lo que se indemniza no es la pérdida -de lo que estaba en juego- sino la pérdida de las probabilidades -que se tenían para alcanzar el resultado esperado-. Resulta preciso dilucidar que determinar dicha indemnización de posibilidades, es un procedimiento que resulta ser bastante complejo. Este punto, es usualmente uno de los aspectos que en mayor medida genera discusión y crítica. A la hora de analizar ésta figura, no es posible

traducir las lesiones que ocasiona la frustración de una probabilidad o chance -en montos o cifras de dinero concretas-, puede originar interpretaciones distintas. La razón -se debe- a que es aspecto difícil de entender, y muchas veces exige, además de cuantificaciones matemáticas -que pueda realizar un perito- exige del Juez la aplicación de reglas de la sana crítica -de la lógica, psicología y la experiencia-; además de principios de: equidad, proporcionalidad y razonabilidad; debido a que el componente aleatorio -que es la posibilidad o probabilidad frustrada- será el objeto de determinación y cuantificación. Si se analiza un caso -que a primera vista- aparenta ser fácil, como por ejemplo, el caso de la carrera de caballos (tantas veces reproducido), y que se ha utilizado -desde siempre- para explicar la pérdida de chance, dónde se concluye que la determinación del chance y su cuantificación en el monto es una labor difícil de lograr. Pensando en un escenario, dónde existen 4 caballos en una competición, donde se disputará un premio de - 8,000 Mil Dólares-. Quién transporta uno de los caballos, llego tarde a dicha carrera, y no participó en dicha carrera; el propietario de dicho

caballo pierde la oportunidad de competir -por el premio de carrera-. El cálculo para determinar el monto indemnizable por perder el chance -de competir-, es factible suponer y aplicar una sencilla fórmula matemática se calculan las posibilidades: Son 4 caballos, y existe un premio de 8,000 Mil Dólares, cada caballo tenía un cuarto de probabilidad de ganar la carrera, en ese sentido, lo que se puede reclamar por la probabilidad frustrada, son solo -2 mil dólares-. Se podría resumir, así: cada caballo tenía iguales condiciones y posibilidades de ganar; no obstante, ello no es así -puesto que por ejemplo- podrían existir caballos con un historial de carreras favorable, allí el cálculo podría variar, es decir, existirían caballos con mayores y menores posibilidades de ganar. En definitiva, existirían variables que podrían variar el monto de la indemnización. Con ello se puede advertir que hasta un sencillo caso -como el señalado- resulta problemático la determinación del monto indemnizable, debido a que exige considerar varios factores, y esa es la problemática que tenemos en la vida real en estos caso (pérdida de chance). De allí se hace necesario tener presente que como señala López (2008) "... el

mayor o menor grado de probabilidad del chance indemnizable habrá de depender en cada caso de las particulares circunstancias fácticas del mismo” (18); esto supone, que debe ser inexorable, que el juzgador -en todo reclamo por pérdida de chance- deba analizar un equilibrado factor de perspectivas -a favor y en contra- ello permitirá en el damnificado su real satisfacción. Y debe establecerse como regla de oro: *Sí del análisis de circunstancias a favor y en contra de la pérdida de chance (en el damnificado) surge que la posibilidad frustrada ha sido tenue, o hipotética, el resultado del juzgador deberá ser la infundabilidad de la demandada, es decir, es inexistente el resarcimiento por tal pérdida de oportunidad.*

Al respecto Prevót (2007) enfatiza los problemas de determinar el *quantum debitur*, al decir “La cuantificación de dicho perjuicio presupone la verificación de la existencia de cierto grado de probabilidad de que el dañado, en ausencia del hecho injusto, habría conseguido la ventaja esperada. La circunstancia de que la situación lesiva sea idónea para producir solo un posible y no cierto resultado útil, va a incidir sobre el

*quantum* del resarcimiento, que debe ser conmensurado a la posibilidad de lograr la ventaja esperada” (54).

Al respecto –Zannoni- (2005), señala “privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su medida, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance y no el beneficio esperado como tal”; es decir, debe considerarse la posibilidad de hechos que exista en el dañado, de lograr la rentabilidad que se esperaba o minimizar las pérdidas. Si nos imaginamos, el supuesto -en que se imputa- a un abogado el que haya dejado consentir un resolución, para éste caso podría considerarse dos situaciones: *si el proceso puede volver a iniciarse porque la acción no ha prescrito, la indemnización se limitará prácticamente a los gastos; pero si la acción ha prescrito, la medida de la responsabilidad del letrado que ha dejado precluir el plazo para impugnar una resolución y, como consecuencia, ha prescrito los derechos de sus patrocinados, debe determinarse de conformidad con el éxito probable de la acción extinguida.*

Cabe agregar también, lo expuesto por Trigo (2008):

“...como sólo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonable balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella, y en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable que guarde proporción con la ganancia esperada y con la pérdida, como igualmente con las demás circunstancias del caso” (61).

A pesar de los problemas que nos muestra el autor, y que puede ser una dificultad en cuanto a su cuantificación, sí es factible iniciar afirmaciones o guías para enfrentar éste problema, así tenemos:

*“ i) No es el beneficio omitido. ii) Pero guarda estrecha relación con la posibilidad de obtenerla; y iii) Demostrando la probabilidad de que ello ocurra. De manera tal que: 1)*

*Incide el monto de la posible y probable ganancia frustrada; 2) Incide la mayor o menor posibilidad; y, 3) Incide el mayor o menor grado de probabilidad” (Trigo 2008, 62).*

En ese mismo sentido, el profesor Torrealba (2016), también analiza la metodología de determinación del *quantum debitor*, la cual consideramos debe ser ejercicio forzoso en toda aplicación de la figura. El descompone este ejercicio en dos etapas:

**Como primer paso**, lo que se requiere es identificar y estimar los daños y perjuicios que ha sufrido la víctima como si los hubiera padecido efectivamente, de acuerdo a las reglas generales del derecho común.

**La segunda etapa** consiste en descontar la fracción aleatoria. “La segunda fase del cálculo de la indemnización consiste en calcular y descontar el porcentaje aleatorio, es decir, el riesgo preexistente de no realización de la oportunidad. Este paso es necesario para reforzar el

principio de certeza: Lo que se indemniza es, propiamente, la pérdida de una probabilidad cierta, no un alea. Es necesario entonces, castigar el quantum al que se arribó en la primera fase, mediante la aplicación de una tasa de descuento representativa del alea. Por lo demás, el descuento del factor aleatorio permite excluir la indemnización de oportunidades poco serias” (43).

En la forma planteada debe señalarse -que si bien en muchos casos- el juez puede echar mano de cifras estadísticas, y peritajes para aproximarnos a la existencia de la oportunidad y probabilidad en su realización, en última instancia la determinación del monto resarcible, y el factor aleatorio debe hacerse en modo aleatorio. Es por eso que Torrealva (2016), precisa “Como se sabe, el Derecho de la responsabilidad civil tiene renunciadas las pretensiones de exactitud matemática entre daño y reparación (de lo cual resulta ser viva encarnación el daño moral)” (44).

Concluyendo, se puede afirmar que los criterios numéricos son meramente referenciales, pero no

decisivos, tampoco exclusivos para que sean admitidos. Por tal razón, se sostiene que el método no escapará o será ajeno a un tipo de arbitrio, lo que resulta indispensable para analizar todas las circunstancias de todo el caso, en cuanto se va a determinar el monto de la obligación, claro está, siempre determinado como principal parámetro la posibilidad de la probabilidad en obtener el éxito o evitar una pérdida; así sí mayor es el alea, menor será la indemnización o viceversa. Como se dijo no existen fórmulas matemáticas, y por tanto, se hace hincapié a la necesidad de llevar a cabo un análisis casuístico -en el que el Juez entra prudentemente a valorar- cada caso, junto a las reglas de la sana crítica (lógica, psicología y la experiencia), y a los principios de: (equidad, proporcionalidad y razonabilidad para determinar un monto).

## **2.6. La pérdida de chance en el Código Civil Peruano.**

### **2.6.1. Composición Interna de la norma.**

A nivel de Teoría General del Derecho, la estructura interna de la disposición legal se compone de: 1) supuesto de hecho, es la conducta que es descrita por la disposición legal a cuyo favor deberá desplegar los efectos dicha disposición (el que hurta, el que suscribe, el donante, etc.);

2) el nexo deóntico o la cópula, no es otra cosa que la vinculo verbal entre el supuesto y la consecuencia, y ésta puede ser un mandato, una prohibición o una permisión; 3) consecuencia jurídica, es el efecto que la disposición legal asigna al supuesto de hecho, puede ser una sanción, un beneficio patrimonial, o [extra]patrimonial, etc.

### 2.6.2. Normas abiertas y cerradas.

De las distintas clasificaciones de tipos de normas -para nuestro interés- solo nos interesan las denominadas normas abiertas y normas cerradas.

**a) Norma cerrada:** Esta norma se presenta cuando es objetivamente determinable, el supuesto de hecho y la consecuencias jurídicas, pues está circunscrito el ámbito personal de la norma, por ejemplo la primera parte del artículo 1969° del Código Civil, que señala *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”*; así se puede establecer concretamente el ámbito personal de aplicación:

✚ **Supuesto de hecho:** aquel que causa daño dolo o culpa.

✚ **Consecuencia jurídica:** Obligado a indemnizar.

**b) Norma abierta:** Esta norma se presenta cuando no está determinado concretamente el supuesto

de hecho o las consecuencias jurídicas de las normas, existiendo cierta incertidumbre de un catálogo de supuestos que podrían estar dentro o fuera que podrían excluir su aplicación. Por ejemplo, el derecho a la igualdad es una norma abierta, pues sí bien dispone que somos iguales todos los peruanos, y obligan a todas las autoridades a un tratamiento igualitario, no toda diferenciación será un acto que suponga discriminación; en ese sentido, será el órgano aplicador el que deberá delimitar el supuesto específico a analizar.

### **2.6.3. El artículo 1985° del Código Civil.**

En la presente investigación considero que la pérdida de chance sí está regulada en el artículo 1985 ° del Código Civil, de manera implícita.

El artículo 1985° del Código Civil, señala *“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”*.

En principio, según el texto de la disposición legal, será indemnización las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, y el daño moral. Advertimos que estamos en un tipo de norma de *numerus apertus*, es decir, deberá determinarse cuales son todas las categorías o consecuencias que generaran la indemnización, excluyendo de esa identificación las que expresamente la misma disposición las menciona (lucro cesante, daño emergente, daño a la persona, daño moral); en ese sentido, la identificación en dicha disposición de los conceptos indemnizatorios, será lo que deberá determinarse, y siendo que la disposición -en referencia- señala a las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, debe entenderse a todo daño que derive de evento dañoso, al no estar determinadas esas consecuencias se convierten en infinitas y aquí es dónde debe incluirse a la pérdida de chance. Es más más, para entender mejor lo explicaré del siguiente modo:

Artículo 1985° del CC.

*“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de*

*la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.*

**LI** (La indemnización) = **TCED** (todas las consecuencias del evento dañoso).

Entonces: **LI**, no se limitan a las señaladas (lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño a la persona).

**LI**, debe determinarse por el órgano superior, dentro de ésta se ubica a la pérdida de chance, como un precepto a determinar (norma abierta) y encontrar el sustento que genere el derecho a indemnizar.

En tal sentido, asumo que implícitamente sí está regulada la pérdida de chance en el artículo 1985° del Código Civil, y por tanto, sí es un concepto indemnizable.

## CAPITULO III

### METODOLOGÍA

#### 1. Métodos.

**1.1. Método dialéctico:** al analizar la estructura de la responsabilidad en la forma como está regulado nos llevó a determinar que la pérdida de chance sí está regulada de manera implícita, y por lo tanto, sí es una categoría indemnizable.

**1.2. El método comparativo:** Al analizar los distintos tipos de daños, tanto los patrimoniales y [extra]patrimoniales, y se analizó la pérdida de chance y su diferencia en cuanto a la indemnización.

**1.3. Método histórico:** Al analizar los antecedentes de la pérdida de chance y sus inicios en la regulación.

**1.4. Método dogmático:** En el estudio de los aspectos normativos y doctrinarios relacionados con las normas que regulan al daño y sus clases. Allí se describió los elementos de la responsabilidad civil, y su relación con la pérdida de chance, que finalmente se ha consignado en nuestro marco teórico.

**1.5. Método exegético:** Al estudiar las disposiciones legales (constitucionales, estrictamente legales) de un modo literal, siempre velando por una lectura oficial que ha hecho el legislador. Sin perjuicio de ello, se ha intentado también descubrir el verdadero sentido y alcance de las disposiciones (interpretación correctora). Para nuestro

caso ha sido de utilidad al revisar la redacción del código civil.

**1.6. Método hermenéutico:** Ha buscado encontrar el verdadero sentido de los textos legales mencionados, utilizando el contexto social y espacial en el que se elaboró la ley.

## **2. Técnicas.**

Las técnicas que se utilizaron en el desarrollo de la investigación son:

- a. Observación documental:** Esta técnica ha sido empleada cuando se ha obtenido y analizado: la responsabilidad civil, tipos de daños, pérdida de chance, etc.
- b. Recopilación documental:** En el momento que se ha buscado y obtenido información respecto a nuestra investigación, es decir, todos los temas o variables a nuestra investigación que han sido desarrollados y que pueden advertirse en el desarrollo de la tesis.
- c. Análisis de contenidos:** Al estudiar la información obtenida, habiéndose seleccionando los datos más importantes recopilados, que han sido utilizados en el presente trabajo, adoptando conceptos, criterios, y constructos personales, y que finalmente son los

mismos que se detallan en nuestras bases académicas.

- d. **Encuestas:** Que se aplicó a la unidad de análisis, que son los especialistas en responsabilidad civil (jueces especializados en materia civil), con la finalidad obtener sus opiniones en favor del tema de nuestra investigación, y, que son las opiniones a tener en cuenta en nuestra discusión de resultados.

### 3. Instrumentos.

Se ha trabajado con el siguiente material:

- a. **Ficha Bibliográfica:** Se ha realizado de todos los libros utilizados en nuestra investigación, con la finalidad de identificar datos específicos de los libros, artículos, textos referidos a nuestra investigación.
- b. **ficha Hemerográfica:** Ha sido utilizada en toda la bibliografía utilizada, habiéndose extraído la información más importante que nos ha servido en toda la investigación, y que está consignada al final del presente.
- c. **Fichas de Trabajo:** Al ser documentos las fichas de trabajo, estas han sido utilizadas no sólo de forma física, sino también de modo digital, lo que ha permitido guardar información importante, además de permitirme

estudiar, y seleccionar la información que está en esta investigación.

**d. Cuestionario de Encuesta:** Siendo la encuesta una técnica para obtener información representativa, en temas de interés a nuestra investigación, el cuestionario que viene a ser el instrumento solo es una serie de preguntas escritas, las que fueron aplicadas en la encuesta.

#### **4. Unidades de Análisis.**

Nuestra unidad de análisis es *“el especialista en responsabilidad civil”* que será un Juez, que forma parte de la población y ha sido seleccionado con la característica de homogeneidad (especialista en derecho civil), y ha sido a quienes se les aplicó el instrumento de la encuesta, con cuyas respuestas se ha discutido los resultados.

#### **5. Población:**

Debe advertirse que lo investigado es un tema nuevo, que no es muy común a nivel de casos judiciales, es por ello que la población serán todos los jueces **especialistas en derecho civil** en la provincia de Trujillo, y será la **“especialidad”** el único criterio de inclusión o exclusión.

JUECES ESPECIALIZADOS CIVILES		
JUECES ESPECILIAZDOS CIVIL	9	9
JUECES SUPERIORES CIVILES	12	12
TOTAL		21

Fuente (pág. Poder Judicial)

Nótese que la especialidad en derecho civil es la característica de homogeneidad entre toda la población.

## 6. Muestra.

Está conformada en número de diez personas (jueces especializados),

Se utilizó el método de muestreo probabilístico - aleatorio simple, todos han tenido la misma posibilidad de ser seleccionados, se asignó a cada especialista (identificado con nombre y apellido) al cual se le asignó un número, los números asignados fueron puestos en una balota y los diez (10) números que salieron ellos fueron nuestra muestra, que correspondieron a diez (10) especialistas en derecho civil.

Al ser un trabajo cualitativo, el tamaño de la muestra no garantiza la confiabilidad o no de los resultados, esto dependerá del análisis y observación del investigador de los datos en la discusión de los resultados.

## CAPITULO IV

### ANALISIS Y RESULTADOS

#### **Resultado 01:**

Sí bien la mayoría considera que la redacción del artículo 1985° del Código Civil, excluye a la pérdida de chance como un daño indemnizable, por el solo hecho de estar excluido de una aparente regulación expresa; ello evidencia un desconocimiento real y objetivo de una regulación que precisa ***“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo lucro cesante, el daño a la persona, y daño moral (...)”***, aquí la norma deja un espacio abierto para identificar **otros daños**, diferentes a los que literalmente precisa, solo exige que sea consecuencia inmediata de la acción u omisión generadora del daño, como por ejemplo sería **“la pérdida de chance”**, que delimitando su naturaleza y características sería viable su indemnización. En ese sentido, debemos asumir que en términos del artículo 1985° del Código Civil “la pérdida de chance” sí es indemnizable.

#### **Resultado 02:**

Se señala que solo es necesario leer el artículo 1985° del Código Civil para darse cuenta que *“la pérdida de chance”* no está regulada y por lo tanto no es indemnizable. Al respecto, es necesario transcribir dicho artículo con la finalidad de comprender su real extensión y el exacto contenido que tiene ***“la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo lucro cesante, el daño a la persona, y***

*daño moral*, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)” (negrita y cursiva agregado).

Se puede advertir de ésta disposición que existen dos tipos de consecuencias que pueden ser indemnizadas, las que denominaremos indeterminadas y determinadas, las primeras serán **las consecuencias que deriven de la acción u omisión de la acción generadora del daño**, no se dice concretamente cuáles serían los daños indemnizables, en ese caso, serían los órganos jurisdiccionales quienes deben identificarlos siempre que hayan sido peticionados, podemos mencionar por ejemplo, al daño emergente, pérdida de chance, etc.. De otro lado, dentro de los daños determinados, son los expresamente regulados (lucro cesante, daño a la persona, daño moral).

De allí que nuestro análisis, nos lleva a determinar que la regulación expresa (legalidad) de los daños (lucro cesante, daño a la persona, daño moral), no excluye la existencia de otros (daño emergente, pérdida de chance), que también son y pueden ser indemnizados.

No obstante, para que no quede duda de sus existencia o de su regulación podría proponerse una regulación expresa al respecto (como propuesta legislativa), quizás así ésta ráfaga de dudas puedan desaparecer.

### **Resultado 03:**

De haberse señalado que no hay una regulación expresa, lo cual es correcto respecto a la pérdida de chance, ello no descarta una regulación implícita. Si observamos el artículo 1985° del Código Civil, éste señala; “**la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión**

***generadora del daño, incluyendo lucro cesante, el daño a la persona, y daño moral,*** debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)” (negrita y cursiva agregado).

En principio son indemnizables expresamente el lucro cesante, daño a la persona, y daño moral; sin embargo, no debe perderse de vista que dicha disposición tiene un contenido por determinarse y se refiere a identificar cuáles podrían ser esas **consecuencias que deriven de la acción u omisión de la acción generadora del daño**, y que son indemnizables, de allí que advertimos una indeterminación de otros daños, aquí quizás podemos encontrar al daño emergente, “perdida de chance” que en nuestro es un daño regulado implícitamente.

Aun cuando se ha determinado cuáles son los daños regulados de manera implícita como “la pérdida de chance”, con las condiciones propuestas: alta probabilidad de realizarse, sea consecuencia inmediata de la acción u omisión de la acción generadora (relación de causalidad). De allí que no sólo se concluye en la determinación de los daños implícitos que están regulados en el Código Civil (artículo 1985), sino que viabiliza su indemnización.

#### **Resultado 04:**

Que “la pérdida de chance” no sea un daño conocido y no pueda cuantificarse son las razones principales que utilizas nuestros encuestados para diferenciarlo con otros daños y para negar su indemnización; sin embargo, creo que la naturaleza de “la pérdida de chance” y su desconocimiento del concepto hace asumir estas posturas. El daño moral, por ejemplo no se puede probar su existencia y tampoco puede determinarse -de forma exacta su cuantificación-; sin

embargo, no por ello deja de indemnizarse y menos desconocerse. Algo así, sucede con la “pérdida de chance”, es una probabilidad muy alta, que no es cierto pero con otras condiciones puede indemnizarse, por ello que la certeza o certidumbre del daño no puede ser un criterio -ahora- que descarte la indemnización de un daño.

Según se ha visto la visto los entrevistados han podido diferenciar a la pérdida de chance con otros daños, así el daño emergente es el daño concreto (cierto), en “la pérdida de chance” no es un daño concreto solo es una posibilidad (alta posibilidad); tampoco es parte del lucro cesante, y es uno diferente, el lucro cesante exige se acredite una relación material u obligacional que nos haga suponer lo que no ingresó a la esfera patrimonial del afectado, mientras que en la pérdida de chance, solo es una posibilidad dónde no media relación obligacional y solo se analiza la posibilidad de realización o no.

Ahora entre el daño moral y la pérdida de chance, quizás haya un elemento común que sería la incerteza; no obstante, existe varias diferencias, a nivel práctico el primero es indemnizado, mientras que en el segundo existe renuencia para hacerlo; a nivel de clasificación el daño moral es [extra] patrimonial, en la pérdida de chance es patrimonial, a pesar de ello pueden coexistir y ser un instrumento más que posibilite el resarcimiento integral a la víctima.

## CONCLUSIONES.

- ✚ La pérdida de chance como daño en el artículo 1985° del Código Civil, sí está regulado y sí puede ser objeto de indemnización al ser consecuencia inmediata de la acción u omisión de la causa generadora del daño, al igual que el daño emergente; sin embargo, para nuestra muestra al no ser materia de regulación concreta generaría incertidumbre sobre su no indemnización; sin embargo, creo que la taxativa regulación no sería el problema (problema de calificación en el derecho), sino una un problema de interpretación, apelando a la extensiva en favor del agraviado.
- ✚ El Código Civil de 1984, para la responsabilidad civil extracontractual expresamente regula los daños: lucro cesante, daño a la persona, daño moral; no regula de modo expreso el daño emergente; sin embargo dicho daño a nivel judicial sí es reconocido e indemnizado. Lo mismo debe hacerse con la pérdida de chance; sin embargo, respecto a éste último sí existe cierta objeción no solo por su ausencia de regulación, sino porque carecería de certeza (cierto); pese a ello no sería problema pues al igual que el daño moral, tampoco hay certeza de su existencia o intensidad pese a ello es indemnizado. Aun cuando nuestros encuestados han señalado que la incerteza sería el problema, con la equiparación al daño moral es fácil de superar esa objeción.

- ✚ Las condiciones de la pérdida de chance para que pueda ser indemnizado debe ser razonable y con alta probabilidad de materialización, características que han sido desarrolladas en nuestro planteamiento y que también han sido propuestas por nuestra unidad de análisis, agregando además lo injusto, que es propia de todo daño.
  
- ✚ La pérdida de chance es una pérdida de oportunidad, no supone un daño concreto sino una posibilidad que podría generar un perjuicio. Se diferencia del lucro cesante, pues éste es un daño cierto que no ingresa a la esfera patrimonial del agraviado. Y al igual que el daño moral que resulta difícil su probanza serán los mismos criterios para su indemnización. Sí bien nuestra unidad (encuestados) ha señalado que es incierto, ya hemos referido que sí esa sería una condición el daño moral no sería indemnizado, por lo que esa postura es fácilmente derrotado.
  
- ✚ La pérdida de chance se diferencia del daño emergente pues éste es el daño en sí, el daño consecuencia de la acción directa. Mientras que la pérdida de chance es la pérdida de una posibilidad (en alta probabilidad de realización) que no es un daño efectivo. Si bien nuestra unidad de análisis señala que el principio de legalidad es la condición para reconocer un daño, eso significaría desconocer el reconociendo del daño emergente que está excluido del artículo 1985°, por lo que no resultaría cierto dicho criterio, y es fácilmente superado.

## PROPUESTA LEGISLATIVA.

Es necesario precisar que según lo analizado en nuestra investigación, en el artículo 1985° del Código Civil, sí existe una regulación implícita de la pérdida de chance, y se sustenta en una interpretación favorable a la víctima y sustentada en su dignidad; no obstante, somos conscientes que aun existiendo la interpretación evolutiva sustentada en el dinamismo de la realidad y que debe ir de la mano con un dinamismo en el derecho (en sentido positivo); algunos aplicadores del derecho y especialistas en responsabilidad civil descartan su indemnización si expresamente no está regulado, dejando así insatisfechas las pretensiones de las partes afectadas, generando así un incertidumbre sobre sus derechos. Por tal razón, se hace necesario proponer una modificatoria de los conceptos a indemnizar, y cuya propuesta sería la siguiente:

Artículo 1985° del Código Civil, **dice**:

Indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, daño a la persona, y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Artículo 1985° del Código Civil, **debe decir**:

Indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, daño a la persona, daño moral, **y la pérdida de chance** debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. Agoglia M. María (2003). *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. 1ra. edición. Buenos Aires- Argentina Editorial Hammurabi.
2. Alterini, Atilio, (1992). *Responsabilidad Civil*. 3era. Edición. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo-Perrot.
3. Bigliazi, Geri Lina, (1995). *Derecho Civil*. 1era. Ed. en español Bogotá – Colombia. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
4. Brenes Córdoba, Alberto, (1990). *Tratado de las Obligaciones*. 6ta. Edición. San José -Costa Rica: Editorial Juricentro.
5. Calvo Costa, Carlos Alberto, (2005). *Daño Resarcible*. 1era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Hammurabi.
6. Castañeda, Jorge Eugenio (1962). *Código Civil, concordancia y jurisprudencia de la Corte Suprema al día*; Lima – Perú. Talleres Gráficos LP Villanueva.
7. Daray, Hernán, (1999). *Práctica de accidentes de tránsito*. 1era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea.
8. De Ángel Yagüez, Ricardo (1991). *Daños punitivos*. Madrid – España. Civitas – Thonson Reuters.
9. De Cupis, Adriano (1975). *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona – Bosch casa editorial SA.
10. Díez –Picazo, Luis (1979). *La responsabilidad civil de hoy*. Madrid España. Instituto de Estudios Jurídicos.

11. Espinoza Espinoza, Juan (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. Perú Rodhas.
12. Fernández Cruz, Gastón (2019). *Introducción de la responsabilidad civil*. Lima – Perú; Fondo Editorial de la PUCP.
13. Henao, Juan Carlos, (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extra contractual del estado en derecho Colombiano y Francés*. Colombia - Universidad Externado de Colombia.
14. Ghersi, Carlos Alberto; Rossello, Gabriela y Hise, Mónica, (1998). *Derecho y Reparación de Daños*. 1era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Universidad.
15. Medina Alcoz, Luis, (2007). *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*. 1era. Edición. Madrid – España. Editorial Aranzadi.
16. Mosset Iturraspe, Jorge; y, Piedecabras, Miguel, (2007). *Responsabilidad Contractual*. 1era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Rubinzal-Culzoni.
17. Orgaz, Alfredo, (1960). *El Daño resarcible*. 2da. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.
18. Orgaz, Alfredo, (1970). *La culpa*. – Buenos Aires - Editorial Lerner.
19. Prévot, Juan Manuel; y, Chaia, Rubén Albert (2007). *Pérdida de chance de curación*. 1era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea.
20. Rivero, Juan Marcos (2001). *Responsabilidad Civil*. 2da. Edición. San José - Costa Rica. Biblioteca Jurídica Dike.
21. Santos Briz, Jaime (1993). *La responsabilidad civil, temas actuales*. España - Editorial montecorvo.
22. Taboada Córdova, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima- Perú. Editorial Grijley.

23. Tamayo Jaramillo, Javier, (1986). *De la Responsabilidad Civil. De los perjuicios y su indemnización*. 1era. Edición. Bogotá – Colombia. Editorial Temis.
24. Tamayo Jaramillo, Javier, (1989). *De la Responsabilidad Civil. Las Presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa*. 2da. Edición. Bogotá – Colombia. Editorial Temis.
25. Trazengnies Granda, Fernando (2005). *La responsabilidad extracontractual*; Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo editorial.
26. Visintini, Giovanna (1999). *¿qué es la responsabilidad civil?*. Bogota. Universidad Externado de Colombia.
27. Zannoni, Eduardo, (1984). *Seguros y responsabilidad civil*. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea.
28. Zannoni, Eduardo, (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. 3era. Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Astrea.
29. Torres Vásquez, Aníbal (2012). *Teoría General del Contrato* (II tomos); Lima- Instituto Pacífico SAC.
30. Torrealva Navas, Federico (2001). *Responsabilidad Civil*. San José- Costa Rica. Editorial Juricentro.
31. Trigo represas, Félix Alberto (2008). *Pérdida de chance, presupuestos determinación y cuantificación*. Buenos aires- Argentina. Editorial Astrea.