

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD: DOCTRINA, NOTAS Y LEGISLACIÓN COMPARADA

LOSS OF A CHANCE: DOCTRINE, NOTES AND COMPARATIVE LAW

GUSTAVO SAPIAÍN ZEGPI * **

Universidad del Desarrollo - Chile

RESUMEN: La ponencia trata cuestiones generales sobre la pérdida de una oportunidad y la teoría del riesgo. Presenta una teoría general sobre la formación de las oportunidades y los requisitos que han de cumplirse para su indemnización. Se presenta un breve alcance a lo que ha sido el tratamiento en el nuevo código argentino, y la opinión de algunos autores sobre los nuevos artículos 1738 y 1739 de dicho código. Se plantea brevemente el caso de particular de la chance matrimonial como figura indemnizatoria en la actualidad, y los motivos por los cuales no trata de una cuestión meramente histórica. Un alcance al artículo 2125 de nuestro Código Civil, sobre la pérdida de una oportunidad y la responsabilidad del abogado.

ABSTRACT: The following paper deals with general issues in regards of the Loss of chance and the Risk Theory. It introduces a general theoretical review on the genesis of opportunities (chances) and the requirements needed to fulfil their compensation. Additionally, it is presented a brief scope of what has been its application in the new Argentinian Civil Code, as well as the varied views of different authors about the new articles 1738 and 1739 from this Code. Besides, it is brought up concisely the particular case of the matrimonial chance and its indemnifying role in this day and age, as well as the reasons which support the idea that this issue is not purely historical. Furthermore, there is a review on the article 2125 from our Civil Code, which deals with the loss of a chance and the responsibilities assumed by the lawyer.

PALABRAS CLAVE: Pérdida de la oportunidad, Legislación comparada, Daño resarcible, Daño civil.

KEYWORDS: Incoterms®; Modification; Party autonomy; International sale of goods.

RESUMEN / ABSTRACT

* Estudiante de Derecho (2019), Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile. Correo electrónico gsapiainz@udd.cl.

** Este trabajo corresponde al texto de la ponencia presentada en el 1^{er} Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

I.- INTRODUCCIÓN

La teoría de la pérdida de la “chance” u oportunidad supone variadas dificultades, en primer lugar, se presenta en nuestro país una ambigua y ambivalente jurisprudencia en dicha materia; luego el escaso tratamiento que la doctrina nacional ha dado al asunto, en suma a la inexistencia de una norma positiva que la regule expresamente; y las dificultades propias al momento de determinar la existencia y cuantía de un daño de ésta naturaleza. La primera pregunta que debemos responder no trata de si constituye o no, la pérdida de una oportunidad, un perjuicio indemnizable, sino de lograr determinar cuándo constituye efectivamente un daño susceptible de ser reparado. La doctrina distingue dos enfoques de estudio para el asunto que nos atañe, una visión clásica y otra moderna, refiriéndose la visión clásica a un amplio campo de aplicación y la visión moderna a un terreno orientado a la responsabilidad médica.¹ Nosotros nos enfocaremos principalmente en la visión clásica.

Los hermanos Mazeaud, y André Tunc, se refirieron a la pérdida de una oportunidad como una situación en que el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de la probabilidad de conseguir una ganancia o evitar una pérdida,² y ponen a nuestra disposición una serie de ejemplos ya típicos de la materia, a saber, el transportista que lleva un caballo de carreras al hipódromo debidamente advertido del motivo del viaje y se retrasa, perdiendo el dueño del animal la posibilidad de ganar el premio;³ el procurador encargado de interponer apelación contra una resolución o de presentar contra ella un recurso de casación, que deja transcurrir los plazos, perdiendo sus clientes la probabilidad de conseguir que se modifique la resolución dictada contra ellos;⁴ un accidente mortal ocurrido a su novio termina con el proyecto de casamiento que se había trazado una muchacha;⁵ la culpa quirúrgica que disminuye las probabilidades de soldadura de un nervio;⁶ el caso de quien por negligencia impide la aplicación, en tiempo útil, de un tratamiento antirrábico;⁷ o aquel del funcionario apto para ser designado para un puesto superior, que parece víctima de un accidente,⁸ entre muchos otros.

Sobre las situaciones anteriores, no es prudente inclinarse en favor de que el daño por el cual se pide reparación es meramente hipotético,⁹ volveremos sobre esto más adelante.

¹ MUNITA MARAMBIO, Renzo, “La pérdida de una chance, notas desde una perspectiva comparada”, *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2013, n° 28, pp. 395-441, disponible en: https://www.academia.edu/43690480/La_p%C3%A9rdida_de_una_chance_Notas_desde_una_perspectiv_a_comparada.

² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, 5° ed. T.1, p. 307.

³ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 308.

⁴ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 309.

⁵ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 310.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 311.

II.- ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA CHANCE

La chance, por su naturaleza, es siempre beneficiosa,¹⁰ puesto que da cuenta de la efectiva posibilidad de obtener una mejora, sea patrimonial o extra patrimonial, en relación a lo anterior, diremos que la chance es unidireccional, ya que tiende única y exclusivamente a una situación ventajosa,¹¹ en caso contrario, hablamos de *riesgo*.¹² Se ha dicho también que la chance es esencialmente teleológica, en cuanto trata de un proceso encaminado a obtener un beneficio, luego, existirá solo mientras se revele posible el obtener una ventaja,¹³ de lo anterior se desprende que acaban con la oportunidad beneficiosa no solo su fracaso, sino también el hecho de que la ventaja se concrete; esto se explica de una forma bastante simple, puesto que trata de una situación actual, que tiene como condición de existencia precisamente un elemento futuro, de la mano a un componente más o menos aleatorio.¹⁴ Podemos hablar entonces de chances más o menos probables que otras, no será lo mismo el caso de quien firma una promesa de compraventa, con intención de adquirir un bien raíz en el plazo de un año, que tratándose de aquel que lanza los dados en un casino; una oportunidad es más probable que la otra, no obstante la indudable certidumbre de ambas.

Entonces, definiremos la chance como una situación actual, que da cuenta de una posibilidad efectiva, y más o menos probable, de obtener un beneficio futuro de cualquiera naturaleza. No obstante estar la oportunidad vinculada estrechamente con la futura mejora, se trata de una situación transitoria, que tiene un valor en sí misma, que a pesar de presentar dificultades en cuanto a su determinación, es indiscutible.¹⁵

Por nuestra parte, enunciaremos algunas características inherentes al fenómeno de la oportunidad:

1°. La chance es única, puesto que al tratarse de una situación determinada, se presenta la imposibilidad de que exista otra situación que dé cuenta exactamente de los mismos elementos que la conforman.

2°. Es irrepetible, en la misma línea anterior, las oportunidades, por ser situaciones, son siempre irrepetibles, incluso ante la eventualidad de que se presente, a futuro, una probabilidad efectiva de obtener un beneficio equivalente al que se ha perdido, no tratara de la misma mejora; luego, las oportunidades tampoco se pueden replicar.

3°. Es actual, en cuanto se encuentra condicionada a un hecho futuro, y desaparece con la realización de dicho hecho, y cuando se tiene certeza de que no va a acontecer.

4°. Es transitoria, no es posible concebir la chance como una situación permanente, puesto que se trata de un estado actual, condicionado a un hecho futuro, por lo tanto implica el momento de transición entre la probabilidad efectiva de obtener el beneficio y el beneficio mismo.

¹⁰ RÍOS ERAZO, Ignacio; SILVA GOÑI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por perdida de la oportunidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, 1° ed. P. 39.

¹¹ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 39.

¹² RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 40.

¹³ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 39.

¹⁴ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 40.

¹⁵ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 312.

5°. La oportunidad es cierta, esto en razón de que al ser una situación efectiva, con valor propio, no es posible cuestionar su certidumbre. No obstante, si es posible cuestionar la certidumbre del beneficio al que se encamina una cadena sucesiva de actos.

6°. Por último, la chance es esencialmente renunciabile, de forma que puede elegir el titular de la oportunidad si quiere abandonarla, esto no entraña mayor misterio; el jugador de dados del casino puede elegir no arrojarlos, como una muchacha puede desistir de la decisión de casarse en el último momento, así como quien participa en un concurso de atletismo puede elegir no presentarse o no correr. Es importante entender que una vez que se renuncia a la oportunidad beneficiosa, ésta no volverá a presentarse.

III.- LA OPORTUNIDAD Y LA MERA EXPECTATIVA. TEORÍA DE FORMACIÓN DE LAS OPORTUNIDADES

Cuestión importante consiste en distinguir la chance de la mera expectativa. El proceso de formación de la oportunidad comienza a nivel psicológico, con el nacimiento de la voluntad encaminada a un beneficio deseado; hasta este punto, nos referimos a la existencia de una *mera expectativa*. Para que ocurra efectivamente la transición entre expectativa y oportunidad, se requiere de una suerte de conciliación entre la voluntad, que ha de estar encaminada a la realización de algo, con un hecho determinado, al que llamaremos *hecho condicionante*, puesto que de la existencia de tal hecho depende el nacimiento de la oportunidad y la muerte de la expectativa. El hecho condicionante podrá consistir tanto en la proximidad inminente del beneficio, como en un acontecimiento que desencadene una cadena determinada de sucesos que, con componente aleatorio, pueden significar la obtención del mismo; Luego, existen dos caminos para la formación de una oportunidad, el acontecimiento desencadenante, y la proximidad inminente de la mejora futura. Comparten ambos caminos la virtud de otorgar certidumbre al fenómeno; de ahí que se impropio hablar de “chances inciertas”.

Importa diferenciarla del *riesgo*, a saber, a aquella situación que da cuenta de la proximidad inminente de un peligro o de una pérdida; cuando se incluyen dentro de la definición típica de pérdida de la chance los elementos “obtener una ganancia” y “evitar una pérdida”, se están haciendo símiles los elementos riesgo y oportunidad, que como ya ha mencionado el profesor Ríos, son dos caras de una misma moneda.¹⁶ Tratan ambos conceptos de fenómenos de una misma especie, mas de naturalezas diferentes. El riesgo no se forma por concurrir una voluntad con un hecho condicionante, sino por la existencia de un bien jurídico determinado que se vea amenazado por un peligro inminente. De esta forma, son diferentes los requisitos del riesgo y de la chance; ha de probarse en caso de riesgo, que el actuar negligente, o culposo, del demandado ha dado origen a una cadena de hechos que culminan con un daño cierto, o que ha aumentado de tal forma las probabilidades de que el riesgo se convierta en daño, que el último se ha hecho inevitable. Es importante considerar, dentro de ésta particular especie de daño, la llamada regla del “todo o nada”,¹⁷ puesto que si bien se ha criticado duramente que

¹⁶ RÍOS y SILVA, cit. (n. 10), p. 40.

¹⁷ MUNITA, cit. (n. 1), p. 7.

tiende a desconocer el valor propio de la oportunidad,¹⁸ hemos de entender el fenómeno del riesgo como suerte de efecto dominó, en la cual un hecho culposo da lugar una cadena de sucesos particulares que terminan produciendo un daño, entendido de ésta forma, no es ridículo pretender la aplicación de esa regla, si el perjuicio no ha acaecido finalmente, o la el hecho culposo no ha sido de influencia suficiente como para conformar efectivamente el riesgo, no hay ningún daño que indemnizar; así mismo, si se prueba que el hecho culposo ha sido determinante en la cuestión, debe repararse la totalidad del daño, no una fracción de él. El caso que es, por excelencia, una cuestión de riesgo y no de chance, es el de la responsabilidad médica.

IV.- LA PÉRDIDA DE LA CHANCE Y SUS REQUISITOS

Pero ¿En qué consiste la pérdida de una chance? En un primer intento, definimos el fenómeno como la privación que sufre una persona de obtener un beneficio futuro o de evitar una pérdida, en cuanto a la definición anterior, es menester determinar en qué sentido se trata de una privación; para nuestros efectos, consiste la privación en todo actuar que haya perturbado la cadena de hechos que podrían conducir al beneficio futuro, cambiando así la naturaleza misma de la oportunidad. Antes hemos mencionado que la oportunidad tiene un valor en sí misma, y que éste valor es diverso del beneficio final, es en razón de esto que la pérdida de una chance no admite dudas respecto de su indemnización.¹⁹ Cabe preguntarnos sobre los requisitos que han de cumplirse para que proceda la indemnización, en primer lugar, la oportunidad debe encontrarse íntegramente formada, no admitiéndose la posibilidad de indemnizar meras expectativas; luego, debe probarse que el hecho del demandado ha privado efectivamente al demandante de la posibilidad de obtener el beneficio, esto es, ha perturbado la naturaleza de la situación, intervenido de tal forma la cadena de hechos en cuestión, que no es ya posible obtener la mejora de la que se trata, o si existe, se encuentra diezmada de tal forma que parece improbable.

V.- EL VALOR DE LA CHANCE EN ÁMBITOS PATRIMONIALES

En cuanto a la determinación del valor de la chance, al tratarse de asuntos patrimoniales, es de fácil determinación, bastará remitirnos a operaciones matemáticas de baja complejidad, a saber, Ley de Laplace, Teorema de Bayes, y las reglas generales de la probabilidad estadística.

La Ley de Laplace supone la división del número de casos favorables entre el total de casos posibles,²⁰ por lo tanto, se presenta como una herramienta idónea para determinar el valor de la chance en ámbitos patrimoniales, ya que nos permite calcular, de forma precisa, el valor del momento. Ciertos autores han criticado la aplicación de ésta operación, en razón de que “aunque la regla antes referida se presenta como

¹⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1990, N° 188, p. 151.

¹⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 18), p. 150.

²⁰ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 269.

científica, no es posible su aplicación en todas las hipótesis o supuestas de pérdida de la oportunidad...”,²¹ y planteando el siguiente ejemplo: “Pensemos en el caballo de carreras, cuando por un hecho ilícito no disputó una competencia determinada. Evidentemente, todos los caballos participantes e inscritos no tenían las mismas probabilidades de ganar la carrera, porque depende de circunstancias particulares y elementos que se deben analizar en concreto, como los resultados anteriores, el jockey que participaba, etc.”.²² La crítica anterior no nos parece pertinente, puesto que se basa en la consideración de elementos subjetivos, que bien tienen un fundamento que parece sensato, mas no son pertinentes a la hora de calcular el valor de la oportunidad misma. Pensemos en el ejemplo clásico del lanzamiento de un dado, la probabilidad de obtener el número 4 al lanzar el dado, es de un sexto, ya que el dado tiene 6 caras; lo anterior no significa que al lanzar seis veces un dado, vaya a obtener seis números diferentes, bien puede suceder que obtenga el mismo número en todos los lanzamientos, cada lanzamiento del dado constituye un mundo probabilístico distinto, que ninguna relación guarda con el lanzamiento siguiente, éste es motivo suficiente para descartar la consideración de abstracciones matemáticas basadas en la frecuencia de un hecho determinado, y otras subjetividades que le son propias a la llamada *probabilidad estadística*,²³ y decantarnos, en la mayoría de los casos, por la Ley de Laplace. No obstante lo anterior, pueden establecerse excepciones, el supuesto de que un caballo sea inmensamente superior a los demás, o que la habilidad de uno de los participantes del concurso se presente como aplastante, en otras palabras, casos donde exista una ventaja competitiva que es tan grande, que no cabra duda de las inmensas probabilidades que se tenían de ganar el premio de que se trata; pero aun existiendo dicha ventaja, existe componente aleatorio para ponerla en duda.

No ahondaremos en el Teorema de Bayes, o probabilidad bayesiana, puesto que si bien es de útil aplicación el ámbito de la responsabilidad médica, solo da cuenta de un razonamiento matemático lógico.

VI.- LA PÉRDIDA DE CHANCES. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ARGENTINA

El artículo 1738 del Código Civil y de Comercio de la Nación Argentina versa:

“Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.²⁴

Para analizar la norma anterior, debemos considerar también el artículo 1739, que establece los requisitos de la indemnización de la forma que sigue:

²¹ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 270.

²² Ídem.

²³ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), pp. 270-271.

²⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014.

“Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.²⁵

Lo primero que nos llama la atención es la mención expresa a la pérdida de una chance como daño resarcible, y luego, se fija un estatuto especial en cuanto a los requisitos para que proceda su indemnización, a saber, contingencia razonable y causalidad adecuada.

Sobre que su contingencia sea razonable, nos dice una autora, que de acuerdo al anteproyecto de dicho código, esto “es el equivalente a la probabilidad objetiva, que debe concurrir con la relación de causalidad”²⁶ y agrega que se trata de un doble requisito, “por un lado, la certeza de que si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o de evitar una pérdida futura; y, por el otro, la relación causal adecuada entre el hecho y la pérdida de chances”,²⁷ la misma autora sostiene que el segundo requisito exigido por el artículo 1739 resulta innecesario,²⁸ puesto que “la relación de causalidad es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, y no un requisito del daño resarcible, menos aún, de un rubro indemnizatorio en particular”.²⁹ Nosotros no estamos de acuerdo en éste último punto, puesto que atendida la especial naturaleza de la oportunidad, con todas sus características, el nexo causal adquiere particular importancia, puesto que para que exista efectivamente la pérdida de una chance, debe existir el hecho culposo que haya alterado la cadena de sucesos que conducirían a la obtención de la ganancia. Llama especialmente la atención la mención hecha al daño realizado al “proyecto de vida” de la persona, puesto que por sus características, se relaciona directamente con la pérdida de chances extra-patrimoniales.

VII.- LA CHANCE MATRIMONIAL

En Francia se refirieron a éste asunto los autores clásicos de la teoría de la pérdida de la oportunidad, el caso de un accidente mortal ocurrido a su novio termina con el proyecto de casamiento que se había trazado una muchacha;³⁰ en la actualidad, otros autores han planteado que se trata de una cuestión meramente histórica,³¹ y que sobre la naturaleza de éste daño, se ha llegado a consensuar que trata de un perjuicio “meramente moral o espiritual” (caso de la joven que producto de un accidente, ya no se considera apta para la “carrera del matrimonio, o la muerte de uno de los novios”).³² Nosotros no estamos de acuerdo en estos puntos, la pérdida de la chance matrimonial

²⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014.

²⁶ NALLAR, Florencia, *El Daño Resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2016 1º ed. P. 203.

²⁷ NALLAR, cit. (n. 23), pp. 203-204

²⁸ NALLAR, cit. (n. 23), p. 203.

²⁹ NALLAR, cit. (n. 23), p. 204.

³⁰ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC, cit. (n. 2), p. 310.

³¹ RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 69.

³² RÍOS Y SILVA, cit. (n. 10), p. 70.

es, en su naturaleza, diversa al perjuicio moral o espiritual que trae aparejada la muerte del futuro cónyuge, se trata indudablemente de un daño al proyecto de vida de la persona, y como bien ha reconocido la legislación argentina, el proyecto de vida tiene un cierto valor que no puede desconocerse. Otra crítica que no podemos dejar de realizar, es la presunción de que la persona se ha visto efectivamente afectada moralmente por la muerte de su novio, lo que eventualmente puede no ser de esa manera. Es importantísimo recordar que estos dos presupuestos de daño, a saber, daño moral y pérdida de la chance, exigen la comprobación de hechos que son diversos; mientras que en el primero ha de probarse el sufrimiento de los legitimados, cosa ligada al concepto de *pretium doloris*, el segundo exige que la oportunidad haya efectivamente existido, y que un hecho culposo haya privado de ésta a la víctima.

Cabe preguntarnos también, para el particular caso de la chance matrimonial, ¿Cuándo existe efectivamente ésta oportunidad? Para responder ésta pregunta, podemos sentarnos en las bases que establecimos en cuanto al proceso de formación de las oportunidades, a saber, debe determinarse cuál ha sido el hecho desencadenante; para el caso concreto, pueden los novios haber contraído esponsales, o haber firmado capitulaciones matrimoniales; así como el simple hecho de haber planeado el matrimonio, llevando a cabo todas las actuaciones pertinentes para su celebración. En todos los casos anteriores, la oportunidad se ha formado íntegramente. Luego, será menester que la muerte de uno de los novios acontezca una vez formada la oportunidad, y que éste no haya manifestado interés en cuanto a desistir de la celebración del acto. Todos estos presupuestos conforman el escenario suficiente como para que la pérdida de la chance matrimonial se constituya con un estatuto totalmente diverso al del mencionado daño moral, y el reconocimiento del proyecto de vida de la persona como un bien jurídico en el derecho comparado, da cuenta de que efectivamente no se trata de una cuestión que haya de perderse en los anales de historia, sino de una figura indemnizatoria que en la actualidad, más que nunca, puede salir a la luz; esto en razón de que ya no es solo la mujer la que puede reclamar que ha perdido la oportunidad de contraer matrimonio, sino también el hombre.

Quizá importa cierta salvedad al respecto, y es que, con todo, el campo de aplicación práctica del caso planteado en éste punto es ínfimo, casi inexistente.

VIII.- LA RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO. EL CASO PARTICULAR DEL ARTÍCULO 2125 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 2125 del Código de Bello establece: “Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”.

“Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda”.³³

³³ Código Civil, artículo 2125, 2019.

Pensemos en la siguiente situación: del abogado que negligentemente, no declara su aceptación o rechazo del encargo que le hace una persona ausente, quien le informa además que su acción se encuentra pronta a prescribir; transcurre el tiempo razonable y el silencio del abogado se entenderá como la aceptación del encargo, no obstante, el abogado no interpone a tiempo la demanda y deja prescribir la acción. ¿Podrá entonces el afectado reclamar que el abogado, por su actuar culposo, le ha privado de la oportunidad efectiva de tutelar sus derechos, o de obtener una mejora patrimonial? De ser el caso tal, podemos preguntarnos si puede procederse de acuerdo a la teoría de la pérdida de la oportunidad, sin obviar todas las particularidades del mandato. No parece ridícula la idea de reclamar la indemnización por pérdida de una chance, si consideramos que la misma se ha formado íntegramente con el silencio circunstancial del abogado, y se ha perdido por su negligencia, en tal caso, hablaríamos de la oportunidad de ejercer una determinada acción que tenga por objeto tutelar cierto derecho, y habría de determinarse el monto a indemnizar en razón de las posibilidades de éxito de dicha acción, para lo que podría observarse por ejemplo, los documentos que eventualmente hubiesen servido de medios probatorios, la cuantía del asunto en cuestión, y todo lo que para el caso fuere pertinente. El razonamiento a seguir se basa en que si no se duda de la responsabilidad del abogado, en cuanto éste ha aceptado expresamente un asunto, y lo atiende negligentemente, ¿Por qué ha de dudarse de dicha responsabilidad en el caso de que la aceptación haya sido por un silencio circunstancial? Desde nuestra perspectiva, la materia es aplicable al caso, sin desmedro de que pueda procederse de acuerdo a las normas de la responsabilidad contractual.

IX.- ALGUNAS CONCLUSIONES

1°. La pérdida de una chance es una figura de amplísimo campo de aplicación, y ha sido error de la doctrina pretender diezmar dicho campo, o restringirla a determinados casos.

2°. Chance y riesgo dan cuenta de dos figuras indemnizatorias diversas, que tienen presupuestos distintos en cuanto a su proceso de formación, características diferentes en cuanto a su existencia, y un régimen indemnizatorio eventualmente distinto.

3°. La chance matrimonial no es una figura histórica, sino que tiene todavía posibilidad de aplicación, sin respecto de que trate de un supuesto más que rebuscado.

4°. Las acciones deben ser congruentes con la existencia efectiva de un daño, nos referimos con esto a que es ridícula la idea de demandar daño moral si éste no ha existido (con respecto a la chance matrimonial), podría ser más pertinente que se indemnice la pérdida de la chance, que en este caso particular, goza de certeza.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Chileno.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1990, N° 188.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, 5° ed. T.1.

MUNITA MARAMBIO, Renzo, “La pérdida de una chance, notas desde una perspectiva comparada”, *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2013, n°28, pp. 395-441. En: https://www.academia.edu/43690480/La_p%C3%A9rdida_de_una_chance_Notas_desde_una_perspectiva_comparada.

NALLAR, Florencia, *El Daño Resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2016 1° ed.

RÍOS ERAZO, Ignacio; SILVA GOÑI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, 1° ed.