

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la procedencia del daño por pérdida de
chance bajo la legislación ecuatoriana**

Juan Francisco Marín Bermeo

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Francisco Marín Bermeo

Código: 00213155

Cédula de identidad: 0107576126

Lugar y fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL DAÑO POR PÉRDIDA DE CHANCE BAJO LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA¹**

**ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF DAMAGES FOR LOSS OF CHANCE UNDER
ECUADORIAN LAW**

Juan Francisco Marín Bermeo²

jmarinbermeo@gmail.com

RESUMEN

La premisa de responsabilidad civil por daños es indemnizar a las víctimas ante la afectación a bienes jurídicos tutelados. El artículo 1572 del código civil clasifica a los daños patrimoniales en daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, existe un tercero daño material, que no se encuentra reconocido en nuestra legislación: la pérdida de chance. Lo que se indemniza aquí es la oportunidad perdida que tuvo una víctima por no poder participar en la obtención de aumentar su patrimonio o evitar la disminución de este. Debido a que no se encuentra previsto en el código civil, el objetivo de este trabajo es analizar la aplicabilidad de esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, se argumentó que el daño cierto es la “chance” perdida en sí misma, no el resultado final. Adicionalmente fue analizada la independencia de este daño frente a las dos figuras preexistentes.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, daño cierto e hipotético, pérdida de chance, interés legítimo, reparación integral.

ABSTRACT

The premise of civil liability for damages is to compensate the victims for the affectation of protected legal interest. Article 1572 of the Civil Code classifies pecuniary damages into consequential damages and loss of profits. However, there is a third material damage, which is not recognized in our legislation: the loss of chance. What is compensated here is the lost opportunity that a victim had for not being able to participate in obtaining the increase of his patrimony or to avoid the decrease of the same. Since it is not provided for in the civil code, the objective of this work is to analyze the applicability of this figure within the Ecuadorian legal system. Thus, it was argued that the certain damage is the "chance" lost, not the result. Additionally, the independence of this damage from the two pre-existing figures was analyzed.

KEYWORDS

Civil liability, certain and hypothetical damage, loss of chance, legitimate interest, compensatory damages.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. LA NATURALEZA DE LA PÉRDIDA DE CHANCE.- 5.2. EL DAÑO PATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.- 5.3. ¿CABE APLICAR LA PÉRDIDA DE CHANCE BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO?.- 6. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

La responsabilidad civil nace como una respuesta para la distribución de los infortunios. Esta rama del derecho se centra en los ilícitos que son compensables y que pueden ser remediados por una orden judicial. En palabras simples, esta rama del derecho trata de reparar daños entre los particulares. Con el motivo de reparar materialmente a las víctimas, el legislador previó dos tipos de daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante. No obstante, con el paso del tiempo, la jurisprudencia y la doctrina extranjera han reconocido una tercera forma de daño patrimonial: la pérdida de chance o pérdida de oportunidad. Este trabajo analizará, si es posible aplicar esta figura bajo nuestro ordenamiento civil.

Nuestro régimen de responsabilidad civil contempla, principalmente, cuatro requisitos para que se declare la responsabilidad civil. Primero, que la víctima haya sufrido un daño. Segundo, que haya existido un hecho antijurídico cometido por un tercero. Tercero, que en el hecho antijurídico del tercero haya mediado culpa o dolo. Y cuarto, que, entre el daño sufrido y el hecho antijurídico, exista un nexo causal. Acerca del daño como un requisito, es necesario que este sea cierto y no hipotético.

Como fue mencionado, el artículo 1572 del código civil, reconoce únicamente al daño emergente y al lucro cesante. Conviene analizar entonces si la pérdida de chance, que no se encuentra reconocida expresamente en nuestro código, es aplicable bajo nuestro régimen de daños. Para esto, el presente estudio se centrará en analizar la certeza del daño en esta indemnización.

Para empezar, Pedro Cazaux define a la pérdida de chance, dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual, como una situación en la cual:

[p]ara un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades³.

Ahora bien, con el objetivo de tener una idea ilustrativa de esta figura, se adoptará el ejemplo que presenta Fernando de Trazegnies sobre *Trasus* y su caballo de carrera. En este ejemplo, el caballo no logra llegar al hipódromo debido a un choque que sufrió en el auto que lo llevaba a su competencia. Así, el caballo, que era uno de los favoritos para ganar la certamen, no pudo participar su carrera⁴.

Al respecto, no se puede afirmar que nos encontramos ante daño emergente o un lucro cesante. Adicionalmente, tampoco es acertado sostener que *Trasus* merece ser indemnizado por el premio de primer lugar. Sin embargo, no cabe duda de que nos encontramos ante una afectación a un interés legítimo que tenía *Trasus*, en la medida de que se le ha privado participar en la carrera como consecuencia de un actuar ilícito. Es en estas situaciones en donde aparece la indemnización por pérdida de chance.

En este caso, el daño que sufrió *Trasus* es la posibilidad de que su caballo participe en la carrera, la cual tenía una alta probabilidad de ganar. Es decir, en este daño, el dueño no ha perdido, estrictamente el podio en la carrera. Pero, lo que sí perdió es la oportunidad de participar en el certamen, y dentro de ella, la probabilidad de que su equino resulte victorioso en tal evento deportivo.

En ese sentido, la presente obra pretende dar respuesta a la interrogante de si es indemnizable la pérdida de chance o pérdida de oportunidad dentro del régimen de responsabilidad civil. Para esto, será analizará la interrogante de si esta novedosa institución tiene una naturaleza cierta o hipotética. Adicionalmente, se responderá a la pregunta de si el daño emergente o lucro cesante son figuras taxativas. Vale decir también que este régimen ha sido aceptado jurisprudencialmente en países que poseen un código civil similar, como Francia, Colombia y Chile.

Como primer punto del trabajo, partiendo del enunciado de la responsabilidad civil, será abordado el concepto y fundamento de existencia de la pérdida de chance. Adicionalmente, se mencionará cuáles son los requisitos para su aplicabilidad.

³ Pedro Cazaux, “Daño Actual. Daño Futuro. Daño Eventual o Hipotético. Pérdida de Chance”, en *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto M. Morello*, (La Plata: Editora Platense S.R.L., 1981), 23-24.

⁴ Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual* (Fondo Editorial: Lima, 2001), 49.

Finalmente, se traerá a colación como las cortes extranjeras en sus sentencias han percibido a esta figura.^s

En el segundo punto, se realizará un análisis sobre el daño patrimonial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. A manera específica y por motivos de extensión del trabajo, se relacionará únicamente al requisito de la certeza del daño con la pérdida de chance. Así, será explicado de qué forma debe ser entendido el estándar de certeza de un daño. Además, se realizará una breve recapitulación de indemnizaciones patrimoniales existentes, es decir, del daño emergente y lucro cesante. A partir de este punto, se cuestionará si es posible introducir un tercer tipo de daño. Así, se responderá a la interrogante de si estas dos figuras son o no son taxativas, teniendo en consideración también el principio de que “todo daño debe ser resarcido”.

A manera de tercer y último punto, se responderá a la interrogante de si pérdida de chance es aplicable bajo la legislación ecuatoriana. Para esto, será considerado el cumplimiento del requisito de daño cierto, en la medida de que este presupuesto no puede ser entendido como una certeza de carácter absoluto. Finalmente, una vez explicado el cumplimiento de tal requisito, se explicará que, debido a sus características propias, la pérdida de chance debe ser reconocida como una figura indemnizatoria autónoma dentro del régimen civil, sin que se la deba clasificar dentro del daño emergente o lucro cesante.

2. Marco normativo y jurisprudencial

Dado que este trabajo tiene como propósito determinar si la indemnización por pérdida de chance puede ser aplicado bajo el régimen jurídico ecuatoriano, corresponde estudiar las normas que regulan la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico. Con tal propósito, los artículos principales a considerar son el 2214 y 2229 del Código Civil.

En primer lugar, el artículo 2214 prescribe que: “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito⁵”. Lo que se desprende de este artículo, es que el código civil reconoce una tipificación amplia, en donde se establece que, ante cualquier ilícito de naturaleza civil, existe una obligación compensatoria por quien ha inferido el daño.

⁵ “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito, artículo 2214, CC.

En segundo lugar, el artículo 2229 prescribe que “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta(...)”⁶. Así, se reconoce el deber general de indemnizar como consecuencia de la violación de un deber general o estándar de conducta, prescribiendo que el daño derivado de la malicia o negligencia debe ser reparado por quien ha cometido el ilícito⁷.

Por otro lado, los tipos de daños indemnizables que nacen tras la verificación de un delito o cuasidelito civil se encuentran previstas en el artículo 1572 del mismo código. De esta norma se desprende que el legislador únicamente ha previsto al daño emergente y al lucro cesante como medidas de reparación derivadas de un daño patrimonial. Sin embargo, como se demostrará en este trabajo, ambas figuras son ejemplificativas, mas no taxativas.

En lo que respecta al *softlaw*, los Principios Unidroit⁸ en el literal 2 de su artículo 7.4.3, indican que se tiene derecho a indemnización debido a la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. Así, este instrumento de *softlaw* reconoce la aplicabilidad de esta figura indemnizatoria.

Respecto al pronunciamiento de las cortes nacionales acerca de esta institución, la única jurisprudencia que existe al respecto ha tratado de forma superficial a la Pérdida de oportunidad, mencionando lo siguiente:

La pérdida de chance ha sido reconocida como daño indemnizable (...) cuando la gente, mediante su actuación ilícita, ha roto o interrumpido un proceso que podría haber conducido a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño. Si la posibilidad frustrada era bastante fundada -o sea, más posibilidad era una probabilidad- la frustración de ella debe ser indemnizada por el responsable (...) en tal caso, la indemnización es de la chance mismo, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era el objeto de aquella, ya que lo frustrado es la chance⁹.

Pese a la escasez sobre el tratamiento de la Pérdida de chance por parte de la jurisprudencia nacional, existen laudos provenientes de arbitrajes internacionales en donde se ha abordado el tema a profundidad. Por ejemplo, esta figura analizada en el

⁶ Artículo 2229, CC.

⁷ Artículo 2229, CC.

⁸ Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales* (Roma, 2018).

⁹ Recurso de casación n.º 1140-2011, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de septiembre de 2012.

laudo del 2 de mayo de 2022 por la Corte de la Haya dentro del caso República del Ecuador c. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company, adicionalmente¹⁰ en el laudo de 2019, emitido la Corte Permanente Arbitraje¹¹.

3. Estado del arte

Para Giraldo Gómez, el daño por pérdida de chance se encuentra reflejado en la pérdida de aquella posibilidad de haber obtenido una ganancia, o en su defecto, en la pérdida de la posibilidad de evitar un evento adverso¹². Así, Inostroza indica que la pérdida de oportunidad o de chance proviene de una posibilidad determinada en un tiempo y lugar, y que además debe ser real y exitosa¹³. Entonces, se habla de la probabilidad de que la ganancia se haya efectivamente percibido y la pérdida de tal posibilidad de conseguir ese resultado económico¹⁴.

Por un lado, Vogenauer comenta que el estándar para determinar la pérdida de chance se basa en un grado de certeza sobre la probabilidad de que haya sufrido un daño.¹⁵ Por otro, Corral Talciani expone que un lado de la doctrina sostiene que, en esta institución, no existe una certeza, sino una gran oportunidad de haber logrado un beneficio¹⁶.

En una línea eclética, Zanoni sostiene que dentro de esta teoría coexisten tanto un elemento de certeza del daño, así como la incertidumbre. De acuerdo con este último criterio, López Herrera opina que la característica de este daño es “*ser más que una posibilidad pero menos que una certeza*”¹⁷.

Para que esta probabilidad sea tomada en cuenta, Chaia y Prévôt, indican que dicho suceso favorable debería ser más allá de una simple esperanza, pese a que no exista

¹⁰ Corporación Chevron y Texaco Petróleo vs. Ecuador, Corte de la Haya, laudo del 02 de mayo de 2012. Cacumuladas, 386934 /HA ZA 11-402 y 408948 / HA ZA 11- 2813

¹¹ William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware Inc. c. Government of Canada, Caso n.o 1009-04, Corte Permanente de Arbitraje. Laudo de 10 de enero de 2019.

¹² Luis Felipe Giraldo Gomez, “The Dynamic Burden of Proof and the Use of Equity by Colombian Jurisprudence, to Consider the Damage Caused by Loss of Opportunity”, *Revista de Derecho Privado* 41 (2021), 223-256

¹³ Sonia Inostroza Adasme, “The Court Judgment Analysis (Rol 12169-2017) according to the Loss of Chance”, *Revista de Derecho Privado* 39 (2020), 415.

¹⁴ Enrico Gabrielli, *El contrato: incumplimiento y tutelas* (Santiago: Digitalia, 2020).

¹⁵ Vogenauer, *Stefan. Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd Edition) (Oxford, 2015), 887-889.

¹⁶ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 142-143.

¹⁷ Edgardo López Herrera, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Buenos Aires: LexisNexis, 2007).

seguridad de éxito. En otras palabras, es necesario que esta oportunidad no sea catalogada como vaga, genérica, hipotética o eventual¹⁸.

De acuerdo con Espinoza, los ejemplos que ilustran de mejor manera a los casos de pérdida de chance pueden ser: la disminución futura de ocasiones y progresos en carreras laborales, el perjuicio ilegítimo que alguien ocasiona un artista y que no le permite continuar con sus actividades y, el perjuicio que sufre el dueño de un caballo de carrera debido a una lesión provocada por un tercero antes de competir¹⁹.

4. Marco teórico

En el contexto de este análisis, se describirán tres líneas teóricas respecto a la pérdida de chance y su relación con los elementos de la responsabilidad civil. En esta sección, se expondrá de forma sumaria cada una de estas vertientes. Finalmente, se señalará cuál teoría será la adoptada para el desarrollo de este trabajo.

La primera línea corresponde a la doctrina tradicional. Quienes apoyan esta tesis sostienen que, para la aplicación de la pérdida de oportunidad, la víctima debió haber tenido una razonable o notable probabilidad de haber obtenido el resultado final, pero fue impedido de participar por esa “chance” de obtener ese resultado final²⁰.

Es decir, si bien lo que se indemniza es la oportunidad perdida en sí misma, se debe demostrar una posibilidad “bastante fundamentada de obtener una ganancia o evitar una pérdida”²¹ para reclamar el daño. Por lo mismo, esta postura desestima la posibilidad de indemnizar a una mera expectativa, requiriendo demostrar una ocasión favorable de conseguir determinado bien²². Esta es la línea que adoptó la Corte Nacional de Justicia en el único fallo que ha revisado esta institución.

La segunda línea de pensamiento corresponde a la doctrina minoritaria. En este postulado, no se requiere establecer un alto o razonable grado de probabilidad de haber obtenido el resultado final de no haber sucedido el hecho dañoso. Basándose en que la indemnización solo es realizada en proporción a la probabilidad de ocurrencia, se acepta que la probabilidad de haber obtenido un incremento en el patrimonio o evitado una

¹⁸Rubén Chaia y Juan Prevot, *Pérdida de chance de curación*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007), 45.

¹⁹ Juan Espinoza, “El daño por una pérdida de chance”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, ed. Aída Kemelmajer de Carlucci (Buenos Aires: Rubinzal-Calzuni Editores, 2011), 423-445.

²⁰ Almudema Ramus Mateus, “Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2020), 53-68.

²¹ Matilde Zavala de González, *Tratado de daños de las personas* (Buenos Aires: Astrea, 2018).

²² Corte de Casación, Salas Reunidas, 26 de enero de 2009, n. 1850, en *Danno e responsabilità*, Milán, 2009, 1033.

pérdida de este sea más baja que el estándar delimitado la primera línea de pensamiento²³.

En esta segunda línea, si el demandante tenía tan solo un quince por ciento de posibilidad de haber obtenido ese resultado final de no ser por el hecho dañoso, sería procedente reclamar una reparación considerando ese porcentaje. La crítica a este postulado nace justamente aquí. Si se toma como partida que este tipo de indemnización corresponde a la “frustración de la oportunidad de postular a la obtención del beneficio”²⁴, para reclamar este daño, es necesario contar de cierta forma con esa oportunidad en un grado razonable de obtener el resultado final. Es decir, siempre debe existir una relación entre la oportunidad perdida y lo que se quería obtener. En consecuencia, otorgar una indemnización bajo este concepto, cuando la “chance” es mínima, corre el riesgo de ser un daño hipotético.

La tercera teoría presenta a la pérdida de chance como una institución allegada a la causalidad más que a un daño cierto²⁵. A través de esta postura, se pretende explicar cuál es la probabilidad de incidencia en el daño que tuvo el demandado²⁶. Es decir, enfocado desde la causalidad, la pérdida de chance busca determinar “si por la conducta del agente realmente se generó ese eventual daño y si así fue poder imputarle tal daño al autor de ese hecho ilícito”²⁷. En relación con las primeras teorías, ambas concuerdan en que nos encontramos ante un escenario porcentual. Sin embargo, para esta tesis, el agente dañoso compensa en proporción a su contribución al nexo causal.

A partir de esto, nacen varias interrogantes acerca de cuál sería la teoría de con causalidad a aplicar, ya sea la teoría de la equivalencia de las condiciones (recogida en el artículo 2217 del código civil), la causalidad más próxima (artículo 2232), causa preponderante, causa eficiente o la causalidad adecuada²⁸. En ese sentido, cierta parte de la doctrina crítica esta visión, pues nos encontraríamos ante un nexo causal

²³ Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales*.

²⁴ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, (Santiago: 2013, Thompson Reuters), 123-154.

²⁵ Enrico Gabrielli, *El contrato: Incumplimiento y tutelas*, (Chile: Ediciones Olejnik, 2020).

²⁶ Luis Medina, “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual: La doctrina de la pérdida de las oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid* (2007).

²⁷ Diego Herrera Montañez, *El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad*, (Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Facultad de Jurisprudencia Maestría en Derecho Público Bogotá D.C., 2016), 78.

²⁸ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta universitaria, 1983) 238-249.

insuficiente para determinar la existencia de responsabilidad civil²⁹. Por cuestiones de extensión, el presente trabajo tiene como propósito, únicamente indagar acerca de las problemáticas derivadas entre la pérdida de chance y el requisito de certeza del daño, más no las dificultades que puedan surgir entre la causalidad y este daño.

Tras una investigación de las tres teorías, el trabajo concluye que la teoría más acertada es la primera expuesta. Es decir, este estudio tratará de demostrar que la pérdida de chance es un daño cierto por cuanto existe una afectación a un interés legítimo. Adicionalmente, el fallo emitido por la Corte Nacional de Justicia sobre este daño parece ser más allegado a esta primera teoría. Por lo tanto, será adoptada la línea de pensamiento que requiere una probabilidad razonable en este tipo de daño y así demostrar la compatibilidad de la figura con el ordenamiento jurídico,

5. Desarrollo

El presente trabajo tiene como objeto sostener los motivos por los cuales la indemnización por pérdida de chance es aplicable en bajo el régimen de responsabilidad civil ecuatoriano, esto, pese a que el código civil no reconoce esta figura de forma expresa.

Para sostener esta tesis, el trabajo será dividido en tres puntos. Primero, se abordará la naturaleza de la pérdida de chance, recopilando los elementos que configuran su existencia y los pronunciamientos de la jurisprudencia acerca de esta institución (5.1). En segundo lugar, se observará la institución del daño patrimonial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aterrizando de forma específica en la certeza del daño. Además se desestimaré la taxatividad del daño emergente y lucro cesante (5.2). Tercero, se responderá a la interrogante de si la pérdida de chance cumple con el requisito de certeza del daño. Adicionalmente, se analizará a que tipo de reparación económica al cual se aproxima más o si debe ser considerada como una figura autónoma. (5.3).

5.1. La naturaleza de la Pérdida de chance

Previo a analizar el daño patrimonial dentro del sistema jurídico ecuatoriano, dentro de este primer epígrafe se describirá de qué forma ha sido definida la pérdida de chance. Primero, se revisará cuáles son los fundamentos que dan lugar a su existencia de la mano de las definiciones que la doctrina le ha dado (5.1.1). Segundo, se estudiará cuáles

²⁹ F. buSnelli, Perdita di una "chance" e risarcimento del danno, en Foro Italiano, Roma, 1965, IV, 47, recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/23199300>.

han sido las opiniones de las diversas legisladores y cortes extranjeras e internacionales respecto a esta figura (5.1.2).

5.1.1. Fundamentos y concepto

Como fue mencionado al inicio del trabajo, existen cuatro requisitos indispensables para que se declare la responsabilidad civil. Estos requisitos son: la existencia de un daño, hecho antijurídico, nexo causal, y la existencia de culpa o dolo³⁰. Ahora, al relacionar la pérdida de chance con la responsabilidad civil, se puede subsumir la siguiente idea. Dentro de esta forma de indemnización existe un tercero, quien comete el hecho antijurídico y que, interfiere en el curso normal de los acontecimientos de la víctima, de tal forma que llega a frustrar las expectativas que tenía sobre cierto hecho³¹. Así, para esta doctrina, el detrimento es a la “chance” en sí misma, es decir a la oportunidad que fue frustrada y que podía traducirse en un beneficio probable y futuro³², por lo que, el daño no debe ser confundido con una lesión producto de un resultado final.

Como se desprende de su denominación, este tipo de daño alude a una probabilidad o expectativa de aumento en el patrimonio que ha sido frustrada.³³ En este sentido, dicha pérdida comprende cualquier utilidad económicamente valorable, al cual se encuentra incluido una ganancia probable³⁴.

El análisis económico del derecho juega un rol dentro del mundo de los infortunios. Primero, porque postula que el derecho de daños tiene una naturaleza recíproca, pues, la víctima debe ser resarcida en el mismo grado del cual ha sufrido un detrimento a su esfera personal. Segundo, porque busca una asignación eficiente de los recursos, es decir, encontrar una relación exacta entre costos y beneficios totales³⁵. Así, la pérdida de chance se encuentra acorde con el postulado del derecho de daños, pues endosa al responsable según la gravedad del perjuicio sufrido. En ese sentido, se recalca su naturaleza de daño, pues, el agravio sufrido por la víctima es esa falta de oportunidad de conseguir un resultado, que es en sí mismo una legítima expectativa protegida por el derecho.

³⁰ José Concepción Rodríguez, *Derecho de daños*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1999) p 119.

³¹ María Jesús Gallardo Castillo, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* (2015), 35-66.

³² *Id.*, 39.

³³ *Id.*, 35-66.

³⁴ Enrico Gabrielli, *El contrato: Incumplimiento y tutelas* (Chile: Ediciones Olejnik, 2020).

³⁵ Hugo Acciari y Andrea Castelleano, “Responsabilidad civil y eficiencia económica: el análisis económico del derecho de daños”, *IurisDictio* 1, Vol. 1, (2000), obtenido de: <https://doi.org/10.18272/iu.v1i1.476>

Existen ejemplos que pueden resultar ilustrativos para entender este fenómeno. Por ejemplo, la pérdida de la posibilidad de ganar una acción judicial. Un abogado que tenía pruebas y hechos que respaldaban con gran solidez y convicción su teoría del caso, pero dejó vencer un término o plazo para presentar la pretensión en favor de su cliente. Si bien no existía certeza absoluta de que el juez le hubiese otorgado la razón al solicitante, el demandante no pudo presentar todos sus fundamentos ni elementos probatorios que tenía de respaldo. El cliente entonces perdió la oportunidad de obtener su pretensión ante el juez.

Los casos en donde existe una pérdida de oportunidad de obtener futuros ascensos también encajan dentro de esta teoría. Por ejemplo, el caso de un joven carpintero el cuál resalta por su excelente trabajo y responsabilidad, y que, debido fallo eléctrico atribuible al Estado pierde sus dos manos. El joven carpintero era muy considerado por los dueños del taller en donde trabajaba. Asimismo, otro ejemplo de este tipo es el del militar que perdió sus piernas en una guerra y, en consecuencia, perdió la posibilidad de ser coronel o general. En este tipo de casos, la doctrina ha aceptado que en tales circunstancias se otorgue una indemnización dependiendo de las probabilidades que hubiese tenido la víctima para poder llegar en un futuro a esa posición³⁶.

Para determinar la procedencia o improcedencia de la pérdida de chance en una situación de hecho, es necesario analizar cuáles son los requisitos para su aplicación³⁷. Gómez Giraldo plantea cuatro requisitos que deben ser observados: (i) la aleatoriedad del resultado esperado; (ii) la existencia de una situación potencialmente apta para obtener un beneficio querido; (iii) la imposibilidad definitiva de obtener lo buscado; y por último (iv) un nexo causal entre la oportunidad que ha sido pérdida y la conducta del autor de este daño³⁸. Así, si tras realizar un test utilizando estos requisitos se cumplen con estos

³⁶ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, (Legis Editores, 2007), 39.

³⁷ Al respecto, Almudema Ramus Mateus plantea los siguientes requisitos para la procedencia de la pérdida de chance: “(i) un cierto nivel de incertidumbre respecto de la obtención de un resultado más beneficioso; (ii) un matiz de aleatoriedad en la producción del daño; y (iii) una notable probabilidad, sin alcanzar la certeza, de haber obtenido otro resultado. En primer lugar, la incertidumbre sobre la posibilidad de haber obtenido un resultado más beneficioso es uno de los elementos característicos de la noción de oportunidad. (...) En segundo lugar, este elemento de la incertidumbre, a su vez, está intrínsecamente relacionado con el matiz de aleatoriedad siempre presente en la producción del daño por pérdida de oportunidad. (...) En tercer lugar, es requisito indispensable para hablar de pérdida de oportunidad que exista una notable probabilidad de haber obtenido otro resultado”, “Algunas nociones básicas sobre el diagnóstico tardío”, *Revista Jurídica* 41 (2020), 58.

³⁸ Luis Felipe Giraldo Gómez, *El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana* (Temis: Bogotá, 2021).

cuatro supuestos, nos encontramos en una situación donde se ha originado una pérdida de oportunidad.

Al realizar una subsunción entre los requisitos anteriormente mencionados y el ejemplo de *Trasus* con su caballo, se puede concluir la existencia de una pérdida de chance. Esto debido a que: (i) no existía una total certeza de que el caballo hubiese ganado la carrera; (ii) que el caballo era uno de los favoritos para ganar la competencia; (iii) que debido a su lesión no pudo competir en la carrera y; (iv) que debido al choque automovilístico no pudo competir en la carrera, perdiendo la oportunidad de ganar la carrera.

Finalmente, antes de culminar con este sub-epígrafe, es necesario advertir sobre las dificultades que se presentan al momento de aplicar de forma errónea la doctrina de la pérdida de chance. Este error en la limitación de este daño puede conducir a consecuencias que desnaturalizan a la figura y dan lugar a una mala praxis. Por lo mismo, es imperioso hacer un análisis minucioso al momento de aplicar esta doctrina.

5.1.2. Jurisprudencia comparada

Debido a la escasa jurisprudencia nacional acerca de la pérdida de chance, conviene revisar los principales fallos extranjeros e internacionales para tener un acercamiento más cercano de cómo las cortes han fallado respecto a la pérdida de chance. Uno de los primeros casos en los cuales fue aplicado la pérdida de chance, fue a través la sentencia *Chaplin contra Hicks*. Debido a una comunicación tardía, la demandante no pudo participar en un concurso de belleza en el cual se otorgaba setenta mil libras esterlinas a la ganadora. Para otorgar su indemnización, el Tribunal de Apelaciones de Gales e Inglaterra calculó que la víctima tenía 25% posibilidades de ganar el concurso, y en consecuencia, otorgó a la señorita Chaplin cien libras esterlinas³⁹.

Siguiendo esta línea, la misma Corte de Apelaciones de Gales e Inglaterra, en el caso *Allied Maples Group Ltd. contra Simmons and Simmons*, estimó los daños basándose en un cálculo probabilístico, en el cual el demandante fue indemnizado considerando la probabilidad en la cual hubiese conseguido el beneficio en su favor⁴⁰. En ambos casos, se evidencia que el Tribunal hizo uso de un análisis probabilístico para otorgar una indemnización sobre una situación frustrada.

³⁹ *Chaplin contra Hicks*, Corte de Apelaciones de Gales e Inglaterra, sentencia del 16 de mayo de 1911.

⁴⁰ *Allied Maples Group Ltd. contra Simmons and Simmons*, Corte de Apelaciones de Gales e Inglaterra, 12 de mayo de 1995, No. 95/1585/C.

Adicionalmente, en el caso Perry contra Riley Solicitors, la Corte Suprema de Reino Unido utilizó esta figura. En su razonamiento, el tribunal estimó que, debido al mal patrocinio que tuvo el demandante con su anterior abogado en otro proceso, este no pudo ejercer su derecho a reclamar una indemnización y eso le generó una pérdida de chance a la víctima⁴¹.

La jurisprudencia italiana ha sostenido que la resarcibilidad de pérdida de oportunidad se encuentra fundamentada en la “situación subjetiva de potencialidad del perjuicio”, tal y como lo cita Enrico Gabrielli⁴² sobre una legítima expectativa de un derecho. Asimismo, Gabrielli trae a colación en su texto la pretensión resarcitoria en esta indemnización, la Corte de Casación ha sostenido que esta no puede fundamentarse en la violación de un derecho subjetivo pleno⁴³.

En lo que respecta a tribunales de arbitraje en casos internacionales, el Tribunal Internacional de Arbitraje, dentro un caso de contrato de suministro de equipos industriales y conocimiento técnico resolvió que el demandado ocasionó una pérdida de chance, debido a que no proporcionó toda información relevante a los productos vendidos, impidiendo que la demandante tenga la oportunidad de desarrollar y adaptar la producción industrial de dispositivos a las exigencias actuales del mercado⁴⁴.

Por último, uno de fallos jurisprudenciales más importantes en Norteamérica sobre esta doctrina es el del caso Hicks contra Estados Unidos. Como antecedente del caso, la esposa del demandante falleció debido a un diagnóstico erróneo del médico tratante. La discusión tornó en cuanto a la posibilidad de sobrevivencia de la esposa del Sr. Hicks, en el caso de que el médico hubiese dado un diagnóstico exacto. En sentencia, la Corte Suprema de Justicia estableció que, “[s]i había alguna posibilidad sustancial de supervivencia y el acusado la ha destruido, es responsable”⁴⁵. En consecuencia, el tribunal determinó que el demandado no debía mostrar con absoluta certeza que la paciente hubiese sobrevivido si el doctor hubiese dado un diagnóstico correcto.

La recopilación de estos fallos permite inferir que los tribunales extranjeros han otorgado compensaciones acogiendo a la pérdida de chance, reconociéndola como una

⁴¹ Perry contra Riley Solicitors, Corte Suprema del Reino Unido, sentencia del 13 de febrero de 2019.

⁴² Enrico Gabrielli, *El contrato: Incumplimiento y tutelas*.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Arbitration, Telecommunications and Electronic Commerce, No. 8264, ICC Arbitral Award, de marzo de 1997.

⁴⁵ Hicks contra Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, F.2d 626 (4th Cir. 1966) p. 632

figura resarcitoria patrimonial autónoma. Con relación al elemento de la certeza y la probabilidad del daño, lo que estas cortes han analizado al momento de otorgar reparaciones es la oportunidad de la que fue privada o frustrada la víctima debido a cierto hecho antijurídico de un tercero. Así, de los casos mencionados se deduce que, el demandante nunca fue compensado con la totalidad del resultado esperado al que se le privó la oportunidad de acceder.

5.2.El daño patrimonial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En este apartado se observarán al daño dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en específico, del requisito de la certeza del daño. (5.2.1). Luego, se realizará una breve descripción acerca de las dos figuras clásicas de forma de reparación del daño patrimonial, el daño emergente y el lucro cesante (5.2.2).

5.2.1. La certeza del daño

Como fue mencionado en el sub-epígrafe 5.1.1, el daño constituye uno de los cuatro requisitos de la responsabilidad civil. Este requisito puede tener diferentes implicaciones y, por tanto, adoptar diferentes formas de manifestarse en su materialidad. El Código Civil Ecuatoriano no ha definido de forma expresa al daño. Sin embargo, Tamayo Jaramillo otorga una definición básica e ilustrativa, conceptualizándola como el “menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”⁴⁶.

La finalidad del daño es la de propiciar una reparación integral que satisfaga a la víctima en la medida del perjuicio que sufrió. Para lograr esto, la doctrina ha optado por clasificar las diferentes formas en las que un daño se manifiesta. Así, un daño puede ser clasificado en razón de su previsibilidad, en razón de su causa, conforme su manifestación temporal, dependiendo de su ocurrencia y de acuerdo a su naturaleza.

Un daño imprevisible es aquel que no podía ser anticipado por el afectado ni siquiera habiendo empleado un estándar razonable de conducta. Por otro lado, la clasificación de causalidad establece que el daño directo es aquel que contiene una conexión natural entre y el daño sufrido por la víctima. La tercera clasificación supone la existencia de daños consumados e instantáneos, así como de producción sucesiva o continuado, y finalmente, daños ocultos o que se manifiestan una vez transcurrido el hecho generador⁴⁷. Los daños actuales y futuros responden a la clasificación de su

⁴⁶ Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil: de los perjuicios y su indemnización* (Temis: Bogotá, 1999), 5.

⁴⁷ Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, 7-10.

ocurrencia, en la cual, generalmente se utiliza a la fecha del litigio como un punto de referencia⁴⁸.

La naturaleza del daño responde a un detrimento patrimonial o extrapatrimonial⁴⁹. Dentro de la esfera patrimonial, nuestro artículo 1572 del código civil siguió la clasificación antigua del derecho romano ha distinguido entre el daño emergente y el lucro cesante, figuras que se analizarán más adelante. El primero es esa pérdida real y efectiva en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho ilícito⁵⁰. El segundo, puede ser definido como un detrimento que se manifiesta a través de una ganancia o utilidad frustrada. Finalmente, y respondiendo a un criterio anglosajón, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el daño por pérdida de chance, mismo que es objeto de estudio del presente trabajo. En todas estas clasificaciones del daño, existe un requisito común indispensable: debe existir una certeza en la ocurrencia del evento dañoso.

Por lo tanto, el requisito más importante para que un daño sea resarcible, es que este deba ser “cierto”. Para efectos de este trabajo y conforme será demostrado en los siguientes subcapítulos, un daño es cierto cuando “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante [SIC]”⁵¹. Adoptando esta definición, se desprende que la certeza del daño no puede ser interpretada como una certeza absoluta de ocurrencia, pues eso sería algo virtualmente imposible, y en consecuencia, ningún menoscabo en el patrimonio de las personas sería indemnizable.

Al recalcar que la certeza en la ocurrencia de un hecho jamás podrá ser de carácter absoluto, sería inoportuno exigir tal nivel de seguridad para otorgar una indemnización. Así, si se retoman algunos de los ejemplos traídos a colación, jamás se podrá tener certeza absoluta de que el caballo de *Trazus* ganaría su carrera, o que, existiese una seguridad total de que se le otorgaría el recurso planteado por el abogado.

Así, para que un daño sea indemnizado, este debe ser cierto, real y efectivo. Por consiguiente, no se debe indemnizar un daño hipotético o eventual. Ese es el nivel de

⁴⁸ Moisset de Espantés, “Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro”, *Revista general de legislación y jurisprudencia* (1975), 798.

⁴⁹ La clasificación extrapatrimonial del daño se encuentra reconocida en los artículos 2232 y 2233 de nuestro código, donde se los denomina daños morales. Como indica Barros, debido a la naturaleza no pecuniaria de este daño, el detrimento sufrido por la víctima en este daño, en principio no es objeto de una valoración económica. En tal sentido, el daño extrapatrimonial puede adoptar varias formas, por ejemplo, el *pretium doloris*, el daño corporal, el daño a la reputación y a la personalidad, el daño biológico y estético, y la pérdida de los placeres de la vida.

⁵⁰ René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 791.

⁵¹ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil Tomo IV*, 14-17.

convicción al cual el juzgador debe llegar para otorgar una indemnización, ya sea pecuniaria como extrapatrimonial.

Atendiendo a un criterio literal, la Real Academia Española ha calificado a la ‘certeza’ como el “conocimiento seguro y claro de algo”⁵². Para que el juez pueda alcanzar este nivel de seguridad y, en consecuencia, otorgar una indemnización, la víctima del daño debe demostrar a través de elementos probatorios como testimonios, peritajes, documentos e indicios, que dicha lesión al interés protegido del afectado ocurrió o iba a ocurrir. Únicamente de esta manera, el juzgador podrá concluir que el daño es cierto, pues existe evidencia de que ha existido un detrimento.

Por otro lado, se dice que un daño es hipotético o eventual cuando únicamente existía una contingencia o probabilidad remota de obtener un beneficio, en el supuesto de no haberse producido el hecho dañino. Así, juez no puede declarar responsabilidad civil si el daño aparece como hipotético o presunto. Justamente, la ausencia de certeza en este supuesto de hecho deja sin indemnización a quien lo alega.

La Corte Nacional de Justicia de Ecuador se ha referido acerca del daño hipotético, sosteniendo que este es un daño que incapaz ser reparado debido a que se trata de la privación de una simple expectativa predominada por un alea, incapaz de ser cierta⁵³. Al ser perjuicio eventual o hipotético parte de la premisa en la cual, de no haberse producido la acción y omisión, hubiera existido una posibilidad remota de la víctima para obtener un beneficio⁵⁴. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sostenido que: “debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable”⁵⁵.

Entonces, dentro de la esfera del mundo de los infortunios, la certeza debe ser entendida como algo que ocurrirá en el común de los acontecimientos, siguiendo el curso normal de las cosas. En ese sentido, dicho daño gozará de certeza en la medida de que existan motivos con probabilidad de acierto que indiquen que, de no haber ocurrido el hecho antijurídico, se hubiese evitado un perjuicio u obtenido un beneficio.⁵⁶ Así, el

⁵² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, acepción 1, recuperado de: <https://dle.rae.es/certeza#>

⁵³ Caso Guitiérrez c. Molinos Champios, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 29 de septiembre de 1993.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de negocios generales, 30 de mayo de 1956.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 4 de abril de 2001, expediente 5502.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación, 31 de marzo de 1998.

fenómeno de la certeza se encuentra determinado por una predicción razonable de que, en un futuro, se menoscabe un interés legítimo⁵⁷.

Este criterio toma fuerza en el supuesto de un daño futuro, pues al estar fundamentada en una probabilidad, la certidumbre jamás podrá ser calificada de absoluta. Esta línea ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana al desarrollar el concepto de “*harto probable*”. Determinando así, que un daño es cierto cuando dentro del común devenir se presentará, o es casi seguro que producirá un perjuicio, sin exigir de ello una ciencia exacta, pero tampoco cayendo en un hipotético basado en simples conjeturas o suposiciones⁵⁸.

Reforzando los criterios expuestos, la doctrina y los instrumentos de *soft law* se han referido al *reasonable degree of certainty* o también conocido como *sufficient certainty*. Esta línea postula que, para otorgar una indemnización de un daño que aún no se ha verificado su existencia, basta demostrar una probabilidad de que tal daño sucederá en un futuro⁵⁹. Como consecuencia de esto, no es admisible otorgar una reparación por un perjuicio que no se ha producido y que es bastante probable que no suceda.

En tal sentido, el elemento de la certeza no puede ser absoluto y, en consecuencia, se debe adoptar un estándar de una “certidumbre relativa” o “certidumbre suficiente”, utilizando como guía una apreciación fundamentada y razonable en cuanto a la probabilidad de ocurrencia del evento dañoso. Por último, como se ha venido sosteniendo, la limitación a la reparación de un daño se ve limitada a cuando este es hipotético o eventual.

5.2.2. El daño emergente y lucro cesante, ¿figuras taxativas?

En el presente subcapítulo, se hará una breve recapitulación acerca del daño emergente y lucro cesante como figuras de daño patrimonial reconocidas en el artículo 1572 del código civil. Además, se desarrollará por qué, a la luz del artículo 2229 del código civil, y del principio “*restitutio in integrum*”⁶⁰, estas dos figuras no pueden ser concebidas como las únicas para reparar el daño patrimonial.

El código civil ecuatoriano, en su artículo 1572 prescribe:

⁵⁷ Pablo Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 265.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación, 31 de marzo de 1998.

⁵⁹ Comentario al artículo 7.4.2, Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales* (2016), 318-319.

⁶⁰ Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, 16.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento⁶¹.

En primer lugar, el daño emergente puede ser definido como pérdida efectiva del patrimonio⁶². Es decir, este daño consiste en un real empobrecimiento de la víctima⁶³. En tal sentido, la Corte Nacional de Justicia se ha referido a esta figura como “[l]a pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido”⁶⁴.

En segundo lugar, el lucro cesante consiste en “[a]quello que ha sido o será dejado de ganar como consecuencia de un acto dañino”⁶⁵. Este daño presupone que, ante la ausencia del hecho ilícito, hubiese existido un curso normal de acontecimientos. Así, la Corte Nacional de Justicia ha descrito a este daño como “[l]a ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haber cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento”⁶⁶.

Si bien el artículo previamente citado reconoce al daño emergente y al lucro cesante como manifestaciones del daño patrimonial, la reparación integral por daños materiales no debe ser limitada a estas dos figuras. Como bien señala De Trazegnies, “[e]l daño no golpea a una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas”⁶⁷, así, las manifestaciones del daño pueden ser diversas y variadas. Actualmente existen normativas extranjeras, doctrina, jurisprudencia e instrumentos de *soft law* han ampliado la forma en la que las víctimas pueden ser resarcidas al momento en el que sufren un daño. Una de estas nuevas formas de indemnización es la pérdida de chance.

Al respecto, es indudable que como sociedad nos encontramos en constante cambio y evolución. Por esa misma razón, el derecho tiene que seguir evolucionando de la mano de la sociedad. En tal sentido, resulta pertinente reconocer más formas de daño

⁶¹ Artículo 1572, CC.

⁶² Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2013), 147.

⁶³ David Navarro Albiña, *De los contratos y de la responsabilidad Civil Extracontractual*, (Universidad de Atacama, 2007), 274

⁶⁴ Caso 119-2008, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 119-2008, 1 de octubre 2009.

⁶⁵ Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, 37.

⁶⁶ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia de 12 de marzo de 2014.

⁶⁷ Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, 35.

que solo las reconocidas al momento de entrada en vigencia de nuestro código civil. Estos que han sido reconocidos a través de la doctrina y la jurisprudencia.

En ese sentido, una de las máximas del sistema de responsabilidad civil sostiene que “quien ha inferido un daño a otra persona, está obligado a resarcir”⁶⁸. La finalidad de la reparación es la de corregir o enmendar un perjuicio, de modo que se deje a la víctima como hubiese estado en una situación anterior al daño⁶⁹. Tal principio es conocido como *restitutio in integrum* se encuentra en el artículo 2229 del código civil.

Siguiendo este principio compensatorio, el artículo 2214 del mismo código prescribe la obligación de indemnizar como consecuencia del cometimiento de un delito o cuasidelito. Finalmente, el numeral 3 del artículo 86 de la constitución reconoce que en todo proceso jurisdiccional, la reparación integral es un principio aplicable. De la lectura de estos preceptos normativos, no se desprende alguna prohibición ni restricción alguna acerca de la forma de indemnización por daños materiales. Adicionalmente, hay que considerar que la responsabilidad civil se encuentra dentro del derecho privado, y por tanto, esta rama del derecho se encuentra delimitada por la autonomía de la voluntad. Por lo mismo, si una daño patrimonial respeta los preceptos que el ordenamiento jurídico le prescribe, las personas están facultadas para reclamarlas.

En conclusión, se puede inferir que el régimen de responsabilidad civil tiene como finalidad la protección a las víctimas como consecuencia de un hecho antijurídico. El derecho, al ser una respuesta a las problemáticas de una sociedad, se encuentra inmerso en cambios. Adicionalmente, el propio código civil y la Constitución prevén un deber de indemnizar en un sentido amplio. Por estas razones, concebir daño emergente y al lucro cesante como figuras taxativas, sería de cierto modo, restringir la forma en la que las personas deban ser reparadas.

5.3.¿Cabe aplicar la pérdida de chance bajo el ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

En este apartado se observará que el daño por pérdida de chance es aplicable bajo el régimen de responsabilidad civil ecuatoriano. Primero, porque cómo se argumentará, esta institución cumple con el requerimiento de certeza del daño, y en ese sentido, es un

⁶⁸ José Busto Lago, *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998. Pág. 52.

⁶⁹ Bernadette Richards y Melissa de Zwart, *Tort Law Principles*, 2nd Edition (SidneyThomsom Reuters, 2017).

interés jurídico que debe ser protegido (5.3.1). Por último, se relacionará a la pérdida de chance con el lucro cesante y el daño emergente para concluir que esta institución es una figura autónoma, con características propias.

5.3.1. El cumplimiento del requisito de daño cierto

La pérdida de chance cumple con el requisito de certeza del daño y, en consecuencia, es un daño indemnizable. Para su aplicación, esta figura exige un estándar de probabilidad, es decir, que se demuestre que, de no producirse el hecho dañoso, existía una alta probabilidad de que el solicitante obtenga un incremento en su patrimonio o hubiese evitado un deterioro en el mismo. Dicha certeza no puede ser concebida como absoluta. Así, como se indicó previamente, el grado de certeza que debe demostrarse es de suficiencia o razonabilidad, ya que imponer un grado de certeza absoluta resultaría inadecuado. En consecuencia, los únicos daños no resarcibles son los hipotéticos o eventuales. Al proteger una legítima expectativa, la pérdida de chance es un daño cierto, por lo que no puede ser calificado de hipotético.

Para que una reparación patrimonial proceda, es necesario que se demuestre la existencia de un detrimento en la esfera de una persona como consecuencia de un hecho antijurídico. La pérdida de chance satisface completamente este requisito en la medida de que exige al solicitante demostrar que fue privado de actuar con la finalidad obtener un posible resultado⁷⁰. Justamente, esa interrupción ilícita provocada en el proyecto de la víctima se traduce en un desmedro patrimonial.

En la medida de que ha existido una posibilidad favorable de obtener un rédito, y que una el demandante fue impedido de participar con la finalidad de conseguir tal incremento patrimonial⁷¹, se demuestra de forma real que la víctima ha sufrido un daño. La lesión o perjuicio, en este caso, es justamente la privación de la oportunidad⁷². Es así como la certeza es manifiesta, pues, existía una probabilidad razonable de obtener ese aumento patrimonial o evitar una pérdida.

Como fue señalado en anteriores epígrafes, emplear un estándar de certeza absoluta en la ocurrencia de un daño, además de ser irreal, conllevaría una ineficacia en

⁷⁰ Dov Fox, “Reproductive negligence”, *Columbia Law Review* 117 (2006) 224-231, recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/44072333>

⁷¹ François Chabas, “La pérdida de una chance en el derecho francés de la responsabilidad civil”, *Revista del IARCE* 8 (2000), 65.

⁷² Alex Porat y Tort Stein, *Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2002), recuperado de: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198267973.001.0001>, ultimo acceso el 4 de noviembre de 2023.

la asignación de recursos. Además, incluso de haberse efectuado un daño, de forma absoluta dicho detrimento resultaría muchas veces complicado⁷³. Por ello, para una efectiva protección de los infortunios, hay que concebir a la certeza considerando a su figura antagónica, el “daño hipotético”. Es decir, la condición de la certeza de un daño debe ser otorgada en la medida en que el perjuicio este no sea conjetural o eventual⁷⁴. En tal sentido, la pérdida de la oportunidad de conseguir ganar algo es evidente y, por tanto, tal situación debe ser indemnizada⁷⁵.

Con una finalidad didáctica, se planteará un ejemplo que resaltará la naturaleza cierta del daño por pérdida de chance. Supongamos que una empresa celebra un contrato de servicio de telecomunicaciones con un Estado. El plazo del contrato era por dos años. Dentro del contrato, las partes estipularon una cláusula de renegociación. Esta cláusula entraría en acción, una vez terminado dicho de dos años del contrato inicial. Una vez finalizada la ejecución del contrato por las partes, la empresa le solicita al Estado que se realicen las negociaciones para el próximo contrato. Sin embargo, el Estado el estado no da ninguna respuesta a las peticiones de negociaciones.

En este caso, el Estado, al no reunirse con la empresa para renegociar el contrato, ocasionó un daño pérdida de chance. El daño cierto es que la Empresa no tuvo la posibilidad de negociar el contrato de servicio de telecomunicaciones por una segunda vez. Al haber terminado el contrato debido al cumplimiento recíproco de las obligaciones pactadas por las partes, era razonable esperar que ambas partes vuelvan a contratar. Para poder celebrar este segundo contrato, el Estado debió responder a los requerimientos de la Empresa. Sin embargo, dicha obligación de negociar jamás fue cumplida. Es decir, dicho incumplimiento contractual del Estado impidió que la posibilidad de celebrar el segundo contrato. En este caso, el daño es no haber realizado esas negociaciones.

Entonces, el daño por Pérdida de oportunidad sí posee el elemento de certeza, pues no se trata de una simple amenaza ni una mera expectativa que ha desaparecido. Por el contrario, el objeto de esta figura es la resarcir la frustración de un legítimo interés, por lo que se requiere demostrar de forma concreta una alta probabilidad de ocurrencia de

⁷³ Rebecca Stone, “Economic Analysis of Contract Law from the International point of view”, *Columbia Law Review* 115 (2016), 2027.

⁷⁴ Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 19-20.

⁷⁵ Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 32-33.

una situación, “en el sentido que se ha atentado contra una oportunidad existente en la esfera jurídica del agraviado”⁷⁶.

Los individuos tienen derecho a una reparación en la medida en la que nuestro ordenamiento jurídico protege los intereses privados legítimos que han sido menoscabados como consecuencia de un hecho antijurídico⁷⁷. Al momento en el que se perturba la oportunidad de obtener un beneficio o evitar una pérdida patrimonial, se constituye un daño a un beneficio lícito. Esto, pues acceder a tal oportunidad es legítimo en la medida de que no se encuentra prohibido por la ley⁷⁸. Por tanto, cuando esta facultad ha sido irrespetada nace el deber de indemnizar de este interés legítimo.

En conclusión, dentro de esta doctrina, el daño es cierto en la medida de que, de no haberse materializado el evento dañoso, la víctima hubiese conservado la oportunidad de haber obtenido una ganancia o evitar un detrimento en su patrimonio⁷⁹. Al ser la pérdida de chance la pérdida de una posibilidad que se tenía de lograr cierto resultado, este constituye la frustración de un interés legítimo, y por tanto, debe ser resarcido.

5.3.2. ¿Es la Pérdida de chance un daño emergente, lucro cesante o una figura autónoma?

A partir de que el código civil no prevé de forma expresa a la indemnización por pérdida de chance, nace la inquietud de si esta figura puede ser asimilada o incluida dentro de las dos figuras reconocidas como lo son el daño emergente o el lucro cesante o, por otro lado, nos encontramos frente a una figura autónoma. Este trabajo propone que la pérdida de chance es una institución autónoma.

A simple vista, parecería que la pérdida de chance podría ser asimilable a un lucro cesante, sin embargo, esta idea es errónea. Si consideramos que el lucro cesante es “un lucro frustrado o una ganancia dejada de obtener”⁸⁰, lo que busca resarcir es esa ausencia en el incremento del patrimonio que la víctima iba a percibir. Así, este concepto no puede ser asimilado con la pérdida de chance, pues el daño en esta última es la falta de

⁷⁶ Felipe Osterling & Alfonso Rebazza, *Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada perdida de la Chance o pérdida de la oportunidad*, 5 recuperado de: <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>

⁷⁷ “Interés legítimo” y el concepto de reparación en los derechos fundamentales 157

⁷⁸ Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, 110-112

⁷⁹ Felipe Osterling & Alfonso Rebazza, *Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada perdida de la Chance o pérdida de la oportunidad*, 5 recuperado de: <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>

⁸⁰ Luis Díez Picaso, *Derecho de Daños* (Civitas, 1999).

oportunidad para obtener un resultado. Es decir, en palabras de Orstelring Parodi y Rebaza González: “[e]l lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. La pérdida de la chance, en cambio, indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios”⁸¹.

Por otro lado, adoptando la definición de De Trazegnies, la reparación por daño emergente es la que intenta reponer una pérdida sufrida⁸². Es decir, este año se traduce en un empobrecimiento del patrimonio de la víctima. Sobre su relación entre la pérdida de chance y el daño emergente, nuevamente los autores Orsterling Parodi y Rebaza Gonzales opinan que

La pérdida de la chance, entonces, podría ser calificada como un daño emergente actual o presente; siendo daño emergente en la medida que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio. El carácter presente de este daño viene dado por la pérdida de la oportunidad generada, la cual se produjo con anterioridad a la expedición de la sentencia⁸³.

De todas maneras, con la finalidad de realizar un ejercicio académico, si es que se quiere asimilar a esta figura indemnizatoria con las que ya se encuentran reconocidas en el código civil, no es desacertado sostener que la pérdida de chance se asimila al daño emergente debido a que dicha oportunidad forma parte de la esfera patrimonial de la víctima. Por otro lado, esta institución también se asimila al lucro cesante en la medida de que para su cálculo, se debe atender al valor de los beneficios que fueron impedidos de obtenerse.

Pese a las similitudes expuestas, este trabajo sostiene que la pérdida de chance consiste en una institución autónoma, que es, por su naturaleza, diferente a las otras formas de daño patrimonial. En esta, el deber de indemnizar a la víctima nace de una privación por parte de un tercero de obtener un beneficio. Así, lo que se indemniza es una oportunidad concreta y favorable, no la pérdida de un resultado futuro.

6. Conclusión

El presente trabajo analizó la aplicabilidad de la figura indemnizatoria de la pérdida de chance o pérdida de oportunidad como daño resarcible bajo el régimen de

⁸¹ Felipe Orstelring Parodi y Alfonso Rebaza Gonzalez, *Indemnizando la probabilidad*, 10-11.

⁸² Fernando De Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, 31.

⁸³ Felipe Orstelring Parodi y Alfonso Rebaza Gonzalez, *Indemnizando la probabilidad*, 4.

responsabilidad civil ecuatoriano. Pese a que esta figura no se encuentra prevista dentro de nuestra legislación, fue analizado cómo esta figura sería compatible en nuestro sistema civil. Para ello, en primer lugar, se abordó el concepto y fundamento de esta institución, el cual es el resarcimiento patrimonial de una oportunidad que no pudo ser ejercida. Con motivo de entender este fenómeno, también fue abordado algunos fallos jurisprudenciales extranjeros que utilizan a esta teoría.

Luego, se desarrolló cuál es el fundamento del daño patrimonial en el sistema civil. Para esto, se realizó un estudio acerca de este elemento de la responsabilidad civil, poniendo énfasis en el requisito del daño cierto. Una valiosa reflexión de esta sección es que, la certeza del daño jamás podrá ser entendida como absoluta. Así, se observó que el estándar a emplear para resarcir un daño cierto debe ser el de uno suficiente o razonable en su ocurrencia. En consecuencia, los únicos daños no indemnizables son los que gozan de una naturaleza hipotética. Adicionalmente, se argumentó porqué, con base al principio de reparación integral y los artículos 2214 y 2219 del Código Civil, todo daño causado por un hecho ilícito debe ser reparado. En ese sentido, también fue analizado porque el daño emergente y lucro cesante, pese a estar reconocidas en el artículo 1572 del código, no constituyen la única forma de reparación material.

Finalmente, se demostró que la pérdida de chance cumple de manera satisfactoria con el requisito de ser un daño cierto y, adicionalmente, se evidenció que esta institución tiene una naturaleza autónoma e independiente de las otras figuras indemnizatorias preexistentes. Primero, porque en este daño, lo que certero es la oportunidad perdida de la víctima, más no el resultado final perseguido. Contrariamente, si se indemniza ese resultado final, el resultado sería reparar una lesión a un bien que nunca se tuvo ni tampoco existe una certeza razonable de que fuese a estar, algo que resultaría en improcedente.

Por lo tanto, se ha contestado de forma satisfactoria a la pregunta de investigación de si la indemnización por pérdida de chance es aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La respuesta es positiva, pues por todo lo expuesto, la pérdida de chance es una indemnización que cumple con el requisito de daño cierto que exige nuestro ordenamiento jurídico -y por lo tanto, no es un daño hipotético. Así mismo, nuestro ordenamiento permite la aplicación de esta figura no prevista en nuestro código, debido a que el daño emergente y el lucro cesante no son figuras taxativas. Incluso, esta figura ya ha sido tratada de forma breve en una ocasión por la Corte Nacional de Justicia.

La primera limitación reconocida en este trabajo fue no poder realizar un análisis de los otros requisitos impuestos en nuestro sistema para que se declare la responsabilidad civil. Estos elementos son el hecho antijurídico, el elemento subjetivo y el nexo causal. Sobre los dos primeros, se estima que no existiera problema alguno al relacionar la pérdida de chance con estos elementos. Sin embargo, existe una importante discusión acerca de la pérdida de chance y el nexo causal. Justamente, cierta rama de la doctrina sostiene que el debate sobre la indemnización de esta figura es un tema de causalidad. Por lo mismo, se sugiere abordar estos demás en investigaciones posteriores.

Otra limitación que apareció como consecuencia del estudio de esta figura fue la determinación de la probabilidad de esa chance perdida. Debido a la complejidad de la cuestión, dicho tema, por sí mismo, puede ser consistir en un estudio independiente. En ese sentido, tampoco existe unanimidad en establecer desde que porcentaje base de probabilidad por medio de la cual, la pérdida de chance debe ser resarcida. Finalmente, se evidenció que dentro de la jurisprudencia ecuatoriana existe únicamente una sentencia la cual trata de forma pasajera a esta institución.

La totalidad de lo mencionado sugiere la necesidad de establecer un sistema, así como una línea jurisprudencia sólida, que permita a las víctimas de un delito o cuasidelito civil, poder aplicar la figura de la pérdida de chance. Como fue descrito, existen varios supuestos de hecho en los cuales esta teoría tuviese lugar. Así, esta forma de indemnización ayudaría a consolidar una verdadera reparación integral ante la existencia de un daño material.