

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La pérdida de chance en la justicia ecuatoriana:  
consideraciones y lineamientos para su reparación**

**Daniela Alexandra Castillo Veloz**

**Jurisprudencia**

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

Quito, 18 de abril de 2024

## © 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: Daniela Castillo Veloz

Código: 00212685

Cédula de identidad: 0924347230

Lugar y Fecha: 18 de abril de 2024

## 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 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## UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

**LA PÉRDIDA DE CHANCE EN LA JUSTICIA ECUATORIANA: CONSIDERACIONES Y  
LINEAMIENTOS PARA SU REPARACIÓN<sup>1</sup>**

**THE LOSS OF CHANCE IN THE ECUADORIAN JUSTICE SYSTEM: CONSIDERATIONS AND  
GUIDELINES FOR ITS REPARATION**

Daniela Alexandra Castillo Veloz<sup>2</sup>  
danielacastillo2710@gmail.com

**RESUMEN**

La ‘pérdida de chance’ consiste en un daño patrimonial que priva a la víctima de una oportunidad real y cierta de lograr una ganancia o evitar un perjuicio. Por esta razón, el presente estudio analizó el objeto de la reparación en los supuestos de una pérdida de chance, enfatizando en la importancia del resarcimiento al sujeto agraviado. Además, observó el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil a la luz de este tipo de perjuicio. Concluyendo que el elemento del daño y el nexo de causalidad son los criterios que causan mayor dificultad al momento de indemnizar esta figura. A pesar de su limitada aplicación en el sistema jurídico nacional, esta investigación demostró que la pérdida de chance merece ser reparada en Ecuador. Finalmente, se identificó que el margen de probabilidad que ostentaba la víctima de alcanzar el resultado final debe ser considerado al momento de cuantificar el daño.

**PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad civil, pérdida de chance, probabilidad, daño, reparación.

**ABSTRACT**

*The 'loss of a chance' consists of a pecuniary damage that deprives the victim of a real and certain opportunity to make a profit or avoid a loss. For this reason, the present study analyzed the object of reparation in cases of loss of a chance, emphasizing the importance of compensation to the injured party. In addition, it observed the fulfillment of the requirements of civil liability in light of this type of damage. Concluding that the element of damage and the causal link are the criteria that cause the greatest difficulty at the time of compensating this figure. Despite its limited application in the national legal system, this research showed that the loss of chance deserves to be compensated in Ecuador. Finally, it was identified that the margin of probability that the victim had of achieving the final result must be considered when quantifying the damage.*

**KEY WORDS**

*Civil liability, loss of a chance, probability, harm, remedy.*

---

<sup>1</sup> 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 Adriana Orellana Ubidia.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. DESARROLLO.- 6. CRITERIOS NECESARIOS PARA INDEMNIZAR LA PÉRDIDA DE CHANCE.- 7.-EL OBJETO DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.- 8. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA LUZ DE LA PÉRDIDA DE CHANCE- 9. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.- 10. RECOMENDACIONES- 11. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

La responsabilidad civil surge como un mecanismo de reparación frente a conductas que provocan un perjuicio a terceros. En este sentido, se la puede definir, como el deber que recae sobre un sujeto determinado de responder por las consecuencias perjudiciales de una acción u omisión que se le atribuye como propia<sup>3</sup>. Así, el derecho de daños nace como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, cuya finalidad es dejar a la víctima en el estado en el que se encontraba antes del comportamiento antijurídico provocado por el agente dañoso<sup>4</sup>.

Dentro de este marco, surge una figura cuyo objetivo es la reparación de aquellos casos donde un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico despoja a la víctima de la posibilidad de lograr una ventaja o evitar un perjuicio. Este tipo de daño ha sido reconocido por la doctrina como ‘pérdida de chance’ o ‘pérdida de oportunidad’.

No obstante, a pesar de su aceptación teórica, su aplicación y reconocimiento en la práctica es casi nula. Pues, ciertos juzgadores, de forma errónea, la conciben como un daño incierto e hipotético, y como consecuencia, esta figura no es resarcida en la mayoría de los casos.

Por este motivo, el presente trabajo pretende realizar un acercamiento hacia aquellos criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han tomado en consideración para la correcta aplicación e indemnización de este perjuicio dentro de los distintos sistemas jurídicos. Para tal efecto, se ha planteado la siguiente pregunta, ¿Qué

---

<sup>3</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 13.

<sup>4</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 255.

elementos deben observar los jueces y árbitros para indemnizar la pérdida de chance en el Ecuador?

Por consiguiente, el desarrollo de este trabajo constará de cinco puntos. Como primer punto, se hará una revisión de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Como segundo punto, se analizará el objeto de la reparación dentro de los casos de pérdida de chance, pues, como se expondrá a continuación, el mismo debe centrarse en la oportunidad arrebatada, mas no en el resultado que se esperaba obtener.

Como tercer punto, se analizarán las características que vuelven al daño susceptible de ser indemnizado. Esto se debe a que comúnmente se trata a esta figura como incierta e hipotética por tratar de reparar meras conjeturas. Sin embargo, se demostrará que, en los perjuicios derivados por una pérdida de chance, la frustración de la posibilidad de lograr una ventaja o evitar una lesión es efectivamente el perjuicio real y cierto que se busca resarcir.

Como cuarto punto, se examinará el vínculo de causalidad entre la oportunidad arrebatada y el hecho antijurídico provocado por el agente dañoso. Pues, sin la verificación de una relación causal entre estos dos supuestos, no se podrá atribuir responsabilidad por la oportunidad destruida a la conducta ilícita del presunto responsable.

Como quinto punto, se observará la incidencia que tiene el resultado final para el cálculo de la indemnización correspondiente por una pérdida de oportunidad. Esto debido a que el grado de probabilidades que poseía la víctima de alcanzar el beneficio o evitar la lesión, son la base para otorgar una reparación que sea proporcional al detrimento efectivamente soportado. Así mismo, se observará que las reglas de la sana crítica y principios de equidad son criterios que guiarán a los jueces y árbitros al momento de valorar y cuantificar la reparación del daño según el caso en concreto.

Finalmente, el método empleado en la presente investigación fue cualitativo, y a su vez comparativo, pues, en primer lugar, comprende un análisis respecto de los elementos desarrollados por la doctrina alrededor de la pérdida de chance. En segundo lugar, se realiza una comparación casuística sobre los distintos criterios que utilizaron los tribunales de Chile y España para valorar y cuantificar este perjuicio.

De esta manera, se logrará determinar la necesidad de reconocer esta figura bajo el régimen jurídico ecuatoriano, así como la importancia de su reconocimiento y aplicación dentro del sistema de justicia nacional.

## 2. Estado del arte

A continuación, se presenta una revisión exhaustiva respecto de la doctrina que de forma previa han analizado la figura de la ‘pérdida de chance’ o ‘pérdida de oportunidad’. Esta figura debe ser entendida como el daño susceptible de ser reparado, siempre que se haya provocado un menoscabo en el patrimonio del afectado. Para ello, se estudiará la literatura extranjera puesto que, si bien esta figura es reconocida como parte del derecho de daños a nivel comparado, en el Ecuador aún no ha sido objeto de un análisis exhaustivo por la academia.

Autores como Yzquierdo Tolsada y Crespo Mora, sostienen que ‘la pérdida de chance’ es un tipo de perjuicio que busca reparar aquellos casos en los que un tercero, mediante su actuación u omisión, arrebató a la víctima la oportunidad de obtener una ganancia, o de evitar una pérdida; siempre y cuando ésta se haya encontrado en una posición fáctica o jurídica idónea de obtener una ventaja<sup>5</sup>. En la misma línea, Giraldo Gómez, afirma que ese impedimento de alcanzar un resultado final es aquello que faculta a la víctima a demandar la reparación del daño ocasionado<sup>6</sup>.

Por su parte, Gallardo, sostiene que para que la pérdida de chance logre efectivamente ser objeto de resarcimiento, el perjuicio provocado deberá recaer en la oportunidad misma y no en su objeto, que vendría a ser aquel resultado que se esperaba conseguir<sup>7</sup>. De igual manera, López Mesa, argumenta que la chance en sí misma posee un valor intrínseco que merece ser indemnizado, independientemente del resultado final que es incierto<sup>8</sup>.

Debido a esto, es importante enfatizar en que la oportunidad arrebatada debe ser real y efectiva, pues, la falta de certidumbre en la posibilidad de alcanzar un beneficio convierte a la chance en hipotética y, por lo tanto, no resarcible<sup>9</sup>. Esto demuestra que no

---

<sup>5</sup> Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 7ª ed. (Madrid: Dykinson, S.L., 2021), 194; María Carmen Crespo Mora, “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho español”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 12 (2009): 119, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838870003>.

<sup>6</sup> 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”, *Revista de Derecho Privado* 41 (2021): 231, doi: 10.18601/01234366.n41.08, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7205>.

<sup>7</sup> María Jesús Gallardo Castillo, “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* 45-46 (2015): 36, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444228>.

<sup>8</sup> Marcelo López Mesa, *Derecho de daños. Manual. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, (Montevideo: BdeFLtda, 2019), 66.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 67

se busca en ningún momento compensar un potencial resultado final, puesto que no se puede afirmar con certeza que el mismo se habría alcanzado. Sin embargo, lo cierto es que hubo un impedimento de participar en la obtención de esa ventaja, y es justamente esto lo que deberá ser valorado al momento de compensar el daño.

Por último, la doctrina sostiene que para que la víctima se encuentre facultada para solicitar el resarcimiento por el detrimento sufrido, se deben verificar los siguientes elementos: i) la existencia real y cierta de una oportunidad; ii) un alto grado de probabilidad de lograr una ganancia o evitar una lesión; iii) la presencia de un resultado incierto al momento de la producción del hecho antijurídico; iv) la frustración de obtener ese resultado favorable, producto de un hecho dañoso; y v) que el perjuicio haya sido provocado por un sujeto distinto de la propia víctima<sup>10</sup>.

Ahora bien, respecto de la valoración de la pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha señalado que, una vez verificados los criterios anteriores, se procederá a la respectiva indemnización, donde se deberá estimar su valor según el mayor o menor grado de probabilidad de que esta oportunidad llegue a convertirse en cierta<sup>11</sup>.

### **3. Marco teórico**

Esta sección tiene como objetivo presentar algunas de las diversas posturas que han sido adoptadas respecto de los fundamentos y criterios requeridos para que los jueces y árbitros indemnicen un perjuicio derivado de una pérdida de oportunidad.

La reparación de un menoscabo causado por la frustración de una 'chance' ha sido objeto de discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. Esto se debe a las múltiples posturas alrededor de la valoración y cuantificación de este perjuicio. En consecuencia, se examinarán dos enfoques, distintos entre sí, con el propósito de adoptar el más adecuado para esta investigación en particular.

Por una parte, autores como Cazeaux y Trigo Represas, sostienen que cuando existe una posibilidad lo suficientemente fundada de obtener una ganancia o de evitar un menoscabo, esta última es susceptible de ser reparada. En otras palabras, la pérdida de chance, para ser indemnizada, deberá consistir más que en una simple posibilidad, en una

---

<sup>10</sup> López Mesa, *Derecho de daños. Manual. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, 63-64.

<sup>11</sup> Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 179.

probabilidad real y suficiente que los jueces y árbitros deberán evaluar según las circunstancias específicas del caso en concreto<sup>12</sup>.

En la misma línea, López Mesa argumenta que la pérdida de chance consiste en la extinción de un evento favorable en aquellos supuestos donde la oportunidad se manifiesta como suficientemente cierta o probable de ocurrencia<sup>13</sup>. De esta manera, si un sujeto determinado se encuentra frente a una probabilidad incierta o con bajas posibilidades de obtener el resultado esperado, la chance frustrada no será digna de ser reparada<sup>14</sup>.

Por otra parte, un sector minoritario defiende que no es necesario evaluar el grado de posibilidad que tenía la víctima de llegar al resultado final para resarcir el daño efectivamente soportado. En otras palabras, esta postura sostiene que el análisis del mayor o menor nivel de probabilidad en que se fundamentaba la oportunidad que poseía un individuo es irrelevante para que proceda un deber de reparación<sup>15</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que este último enfoque no pretende resarcir simples expectativas carentes de sustento alguno. Por lo tanto, en todos los casos deberá demostrarse que existe una posibilidad real y cierta de alcanzar la ventaja anhelada, así sea que la misma se fundamente sobre bajas probabilidades de llegar al resultado esperado<sup>16</sup>.

Como último punto, esta visión sostiene que a pesar de que únicamente se requiere de la existencia de una oportunidad para que el daño sea reparable, el porcentaje de probabilidad de llegar al resultado final sí deberá ser considerado por los tribunales al momento de evaluar el monto total del daño<sup>17</sup>.

En este sentido, el presente trabajo se acoge a la posición mayoritaria en la doctrina, la cual considera el porcentaje de probabilidad de ocurrencia del evento que la víctima esperaba alcanzar, tanto para verificar la existencia del daño, como para calcular su respectiva indemnización. Esto debido a que las probabilidades juegan un rol esencial

---

<sup>12</sup> Pedro Cazeaux y Felipe Trigo Represas, *Compendio de derecho de las obligaciones I*, 2<sup>a</sup> ed. (La Plata: Librería Editora Platense S.R.L, 1998), 149.

<sup>13</sup> López Mesa, *Derecho de Daños. Manual. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, 63.

<sup>14</sup> Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada c. Serviu Región. Corte Suprema de Chile, Sala Tercera, 12 de enero de 2023, [https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina\\_detalle\\_sentencia?k=NkJqcVZ2OCszTEdZcUp2SXRLcHptdz09](https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=NkJqcVZ2OCszTEdZcUp2SXRLcHptdz09).

<sup>15</sup> Crespo Mora, “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho español”, 121.

<sup>16</sup> 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”, 231.

<sup>17</sup> Crespo Mora, “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho español”, 121.

en la asignación de una indemnización que sea proporcional al daño efectivamente sufrido.

#### 4. Marco normativo

Esta sección tiene como finalidad presentar normativa y jurisprudencia relevante respecto de la regulación y aplicación de la pérdida de chance a nivel nacional e internacional. Para ello, se hará referencia a normas aplicables dentro del derecho internacional público, así como aquellas disposiciones sobre responsabilidad civil en la legislación ecuatoriana. Adicionalmente, se analizarán ciertos casos emblemáticos dentro del derecho comparado que han abordado esta figura desde sus diversas vertientes.

En el ámbito internacional, los Principios *Unidroit* en el artículo 7.4.3 literal 2, reconocen el deber de reparación por una pérdida de chance, estimando su valor en función de la probabilidad de su ocurrencia<sup>18</sup>. Este cuerpo normativo enfatiza que, de no demostrarse el daño con suficiente grado certeza, queda a discreción del tribunal el monto a ser indemnizado según los elementos probatorios presentados por las partes<sup>19</sup>.

Ahora bien, como la legislación ecuatoriana no regula de manera expresa esta figura, se hará énfasis en dos normas fundamentales dentro de la responsabilidad civil extracontractual. Por un lado, el artículo 2214 del Código Civil prescribe el deber de indemnizar a quien ha sufrido un daño por parte de un agente dañoso<sup>20</sup>. En la misma línea, el artículo 2229 del mismo cuerpo normativo, determina la obligación de resarcir cualquier perjuicio atribuible a un individuo particular<sup>21</sup>. Esto debido a que ambas disposiciones tienen como finalidad ordenar la reparación integral del individuo que sufrió el menoscabo.

Además, se revisará el artículo 1572 del Código Civil, el cual prescribe la obligación de reparar el perjuicio resultante de un daño patrimonial<sup>22</sup>. Así, la importancia de este precepto radica en que, como se expondrá más adelante, para que surja el deber de indemnización por una pérdida de oportunidad, es fundamental que se incluya esta figura dentro del presente artículo.

---

<sup>18</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales* (Roma, 2018), Artículo 7.4.3 literal 2.

<sup>19</sup> Vogenauer, Stefan. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd Edition) (Oxford, 2015), 887-889.

<sup>20</sup> Artículo 2214, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. de 9 de febrero de 2024.

<sup>21</sup> Art. 2229, CC.

<sup>22</sup> Artículo 1572, CC.

Por otro lado, desde una perspectiva del derecho comparado, se realizará un breve análisis del caso Rol N. 9481-2016 de la Corte Suprema de Chile, en el contexto de responsabilidad civil médica; y del fallo Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada c. Serviu Región de Valparaíso, el cual hace referencia a una pérdida de chance dentro del ámbito de contratación pública. Esto debido a que ambos casos proporcionan una clara ilustración sobre cómo se ha abordado esta figura en países donde este tipo de daño ha sido previamente analizado y aplicado en múltiples ocasiones.

Por último, es importante destacar que, hasta el momento, los tribunales ecuatorianos no han reconocido esta figura dentro de sus fallos. La única ocasión relevante en que mediante una sentencia se ordenó a una entidad jurídica la reparación del perjuicio provocado por una pérdida de chance, fue posteriormente anulada por una acción extraordinaria de protección<sup>23</sup>. En consecuencia, el análisis a nivel comparado resulta trascendental para que los jueces y árbitros nacionales consideren la inclusión de esta figura dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

## **5. Criterios necesarios para indemnizar la pérdida de chance**

La pérdida de oportunidad es una figura cuya importancia dentro del derecho de daños justifica la existencia de una reparación, siempre que la víctima demuestre que se le ha generado un perjuicio en virtud del actuar antijurídico de un tercero. Durante este apartado, se realizará un recuento de cada uno de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, al tenor de un análisis de la jurisprudencia nacional.

El concepto de ‘chance’ hace referencia a un bien jurídico que posee un valor en sí mismo. Pues, toda vez que un individuo se encuentra ante la posibilidad de obtener una ventaja, esta ingresa en el patrimonio del sujeto como un activo que puede generarle beneficios a futuro. Por consiguiente, en el momento en que un tercero atenta contra esta aptitud, surge de manera inmediata el deber de enmendar el detrimento provocado<sup>24</sup>.

Ahora bien, para indemnizar un daño por una pérdida de oportunidad, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos que configuran la responsabilidad civil. De esta manera, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que para que surja este deber de reparación, debe demostrarse: un hecho que sea contrario al ordenamiento

---

<sup>23</sup> Causa No. 1140-2011, Corte Nacional de Justicia, Sala de Casación, 21 de septiembre de 2012.

<sup>24</sup> Felipe Osterling y Alfonso Rebaza, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, (2015): 8, <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>.

jurídico; un daño; un elemento de culpabilidad; y un nexo causal entre el hecho antijurídico y el perjuicio provocado<sup>25</sup>. Una vez verificadas estas premisas, la pérdida de chance será objeto de resarcimiento. A continuación, se realizará un análisis de cada uno de estos elementos.

En primer lugar, en cuanto al requisito del daño, los jueces nacionales han determinado que para que sea considerado susceptible de reparación, es necesario que concurren los siguientes presupuestos: a) que el menoscabo sea cierto mas no hipotético; b) que lesione un derecho subjetivo o interés legítimo; c) sea directo; d) que haya sido consecuencia inmediata del actuar antijurídico de un tercero; y e) que no se encuentre reparado<sup>26</sup>. Ahora bien, para efectos de este trabajo, se abordará la interpretación que las cortes nacionales han establecido en cuanto la certeza del daño, así como la relación que implica que este sea el resultado de la acción u omisión de un tercero.

En este contexto, un perjuicio se considera directo cuando es consecuencia inmediata del hecho ilícito que lo provoca<sup>27</sup>. Por otro lado, un daño debe calificarse como cierto siempre que el detrimento generado recaiga sobre un bien o interés que se encuentre tutelado por el ordenamiento jurídico<sup>28</sup>, y su afectación se logre probar de manera efectiva<sup>29</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al requisito que exige la existencia de un hecho antijurídico, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que este supone cualquier acto que sea contrario a la ley<sup>30</sup>. Sin embargo, la doctrina ha reconocido que este criterio no debe limitarse únicamente a una conducta calificada como ilícita. Mas bien, este concepto abarca cualquier tipo de comportamiento que contravenga un deber establecido por la ley, o que transgreda el principio general de no causar daño a otro sin justificación alguna<sup>31</sup>.

En tercer lugar, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que para que proceda una indemnización por daños y perjuicios, es fundamental la presencia del

---

<sup>25</sup> Juicio No.11333-2017-03427, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 17 de abril de 2019; Causa No. 79-2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 19 de marzo de 2003.

<sup>26</sup> Juicio No. 17309-2012-0609, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 5 de diciembre de 2017.

<sup>27</sup> Juicio No. 17309-2012-0609.

<sup>28</sup> Juicio No. 17230-2019-13289, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 24 de octubre de 2023.

<sup>29</sup> Juicio No. 349-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 8 de octubre de 2010.

<sup>30</sup> Causa No. 79-2003.

<sup>31</sup> Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 118.

elemento de culpabilidad. Esto debido a que el hecho ilícito debe ser atribuible jurídicamente al comportamiento de un sujeto determinado<sup>32</sup>.

En este contexto, la legislación nacional hace referencia a la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, donde se requiere un acto voluntario que resulte en un perjuicio para que nazca el deber de reparación. Esta conducta puede ser dolosa, cuando existe intención de causar un daño, o culposa, cuando el sujeto de haber actuado con mayor precaución habría evitado el detrimento<sup>33</sup>.

Por último, para que efectivamente se logre demostrar que la actuación de un individuo provocó un detrimento, y en consecuencia surja el deber de reparación, es necesario verificar la existencia de un nexo causal. Esto se debe a que la conducta antijurídica no puede ser reprochada si no se demuestra una conexión entre el hecho dañoso y la conducta ilícita imputable al sujeto<sup>34</sup>.

El presente trabajo se centrará en examinar con mayor detenimiento el concepto y las características del daño resarcible, y la relación de causalidad establecida entre el perjuicio causado y la conducta ilícita. Esto debido a que son las interrogantes que presentan mayores desafíos al momento de resarcir este tipo de daño. Ahora bien, con el propósito de facilitar la comprensión del lector, primero, se estudiará el objeto de la reparación en los supuestos de una pérdida de oportunidad. Una vez verificado este punto, se procederá a evaluar el cumplimiento de estos dos requisitos de la responsabilidad civil, a la luz de este perjuicio.

## **6. El objeto de la indemnización en los supuestos de pérdida de chance**

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, la pérdida de chance alude al perjuicio causado por la privación de una posibilidad real de obtener una ventaja o de evitar un menoscabo. Por este motivo, una vez demostrada la lesión, y el nexo de causalidad entre la acción u omisión del responsable, y la chance arrebatada, los jueces y árbitros deberán indemnizar a la víctima por el daño efectivamente soportado.

Así, la doctrina concluye que, una vez demostrado el menoscabo producido en el patrimonio de la víctima, la reparación deberá centrarse únicamente en la oportunidad frustrada. De esta manera, no se busca compensar un resultado final, el cual es incierto.

---

<sup>32</sup> Juicio No: 17711-2016-0945, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 20 de julio de 2017.

<sup>33</sup> Juicio No: 17711-2016-0945.

<sup>34</sup> Juicio No: 17711-2016-0945.

Más bien, se pretende resarcir la aspiración que se tenía de acceder a esa ventaja<sup>35</sup>. En otras palabras, una oportunidad será objeto de reparación siempre que represente para la víctima una posibilidad suficiente de mejorar su condición, ya sea porque pudo alcanzar un beneficio, o eliminar un riesgo existente<sup>36</sup>.

Además, es importante señalar que el monto de la indemnización no puede seguir la misma lógica que si el resultado final se hubiese alcanzado. Esto se debe a la imposibilidad de determinar con certeza si la ventaja esperada realmente se habría obtenido. Por lo tanto, se busca reparar a la víctima por la oportunidad truncada, aunque en un porcentaje reducido, mas no por la ganancia o pérdida que era objeto de esta<sup>37</sup>.

Este fue precisamente el criterio adoptado por la Corte Suprema de Chile dentro de un caso por responsabilidad médica, el cual culminó con la muerte del paciente. En el fallo, se determinó que el Tribunal de Apelaciones incurrió en un claro error de derecho al no conceder una reparación por pérdida de chance a los demandantes. Esto se debe a que se determinó que no se podía vincular la muerte del paciente con la falla en el servicio proporcionado por la entidad de salud, ignorando que el objeto de la reparación era ‘la pérdida de oportunidad’ del paciente a recuperarse de su enfermedad<sup>38</sup>.

Es así como, en el recurso de Casación, la Corte argumentó que el análisis proporcionado por el Tribunal de Apelaciones es incorrecto, ya que se demostró la existencia de un daño materializado en la posibilidad que le fue despojada al paciente de acceder a un tratamiento adecuado para su caso en particular. Pues, de no haberse eliminado dicha oportunidad, aquél habría tenido una ‘chance’ de mejorar su condición<sup>39</sup>.

En consecuencia, el tribunal decidió indemnizar a los familiares del fallecido por la frustración de la oportunidad que sufrió este último de poder optar por un tratamiento apropiado para asistir su condición. Sin embargo, se debía otorgar la compensación en un monto reducido, puesto que, si bien no se puede atribuir responsabilidad a la Entidad por la muerte del paciente, si le es imputable la privación sobre la posibilidad de mejorarse<sup>40</sup>.

De esta manera, se puede concluir que el análisis proporcionado por la Corte Suprema de Chile es correcto. Pues, como se examinó previamente, el objeto de la

---

<sup>35</sup> Ignacio J. Ríos y Rodrigo P Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 268.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 267.

<sup>37</sup> Rol No. 9481-2016, Corte Suprema de Chile, 22 de septiembre de 2016.

<sup>38</sup> Rol No. 9481-2016.

<sup>39</sup> Rol No. 9481-2016.

<sup>40</sup> Rol No. 9481-2016.

reparación en los supuestos de una pérdida de chance no es la ganancia dejada de percibir, sino la oportunidad frustrada de lograr el beneficio esperado.

Adicionalmente, este caso demostró que el daño no puede calcularse de la misma forma como si el resultado final se hubiese logrado. Esto se debe a que la chance se fundamenta en probabilidades, por lo que su cuantificación deberá sustentarse en estas, dependiendo del caso en concreto.

Por último, en el ámbito del derecho nacional, dentro del Recurso Extraordinario de Casación, seguido por la compañía Prophar S.A, contra Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, se llegó a esta misma conclusión. El tribunal determinó que Prophar S.A habría sufrido un perjuicio por una pérdida de oportunidad, derivado de conductas desleales por parte de Merck<sup>41</sup>.

Ahora bien, es necesario resaltar que esta sentencia fue anulada sobre la base de una violación a los derechos constitucionales a Prophar S.A., mediante la interposición de una acción extraordinaria de protección. Sin embargo, por fines académicos, el análisis de este caso en particular es fundamental para la presente investigación. Esto se debe a que representa la única instancia en que los tribunales nacionales emplearon este concepto dentro de sus fallos.

### **6.1.La finalidad de la reparación en los supuestos de una pérdida de oportunidad**

Después de examinar el bien jurídico que busca proteger la pérdida de chance, este apartado tiene como objetivo exponer la razón detrás del sistema de reparación integral, específicamente en los casos donde se ha generado un perjuicio de este tipo. Por lo tanto, se revisará la importancia de indemnizar la oportunidad despojada para garantizar una indemnización que se ajuste al daño efectivamente sufrido.

El principio de reparación integral establece que todo detrimento debe ser resarcido en su totalidad. Esta premisa parte de uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad civil, comúnmente reconocido en la doctrina como *alterum non laedere* o el deber general de no dañar. En consecuencia, la violación a este principio otorga a la víctima el derecho a reclamar la indemnización correspondiente por el daño efectivamente soportado<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Causa No. 1140-2011.

<sup>42</sup> Diego M. Papayannis, “La práctica del alterum non laedere”, *Isonomía* 41 (2014): 21, <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n41/n41a3.pdf>.

De esta manera, la reparación integral busca dejar a la víctima en el estado en el que se habría encontrado de no ser por el menoscabo efectivamente sufrido<sup>43</sup>. Pues, el actuar antijurídico por parte del agente dañoso atentó contra la integridad del sujeto agraviado, quien no tenía motivo alguno de tolerar este infortunio. Por lo tanto, dado que la chance posee un valor intrínseco, con independencia del resultado final<sup>44</sup>, la pérdida de dicha ‘chance’ debe ser reparada en virtud del principio de reparación integral.

Por último, si bien la legislación ecuatoriana no regula la figura de la pérdida de oportunidad, si reconoce dentro de su normativa el deber de reparación al que tiene derecho la víctima por cualquier daño que se le haya causado<sup>45</sup>. En consecuencia, la pérdida de chance deberá ser resarcida en todos los casos que logre acreditarse su existencia, bajo los parámetros que serán examinados en la siguiente sección.

## **7. Análisis de los requisitos de la responsabilidad civil a la luz de la pérdida de chance**

Como se señaló previamente, dentro de este apartado, se realizará un análisis exhaustivo sobre los requisitos necesarios para considerar a este perjuicio susceptible de reparación. Para ello, se examinará el elemento del daño, y la importancia de probar que la frustración de la ‘chance’ consiste en un perjuicio cierto, real y efectivo.

Luego, se observará la necesidad de una relación de causalidad entre la posibilidad arrebatada y la acción u omisión del presunto responsable. Esto, con el propósito de reparar aquellos supuestos donde la víctima se ve despojada de las posibilidades de alcanzar una ventaja por un comportamiento antijurídico atribuible al agente dañoso.

### **7.1. Primer requisito: la existencia de un daño cierto, real y efectivo**

En el acápite anterior, se destacó la importancia del daño como requisito indispensable para que se configure la responsabilidad civil. Sin la presencia de este elemento, es irrelevante indagar en otros conceptos para otorgar una indemnización frente a un supuesto de pérdida de oportunidad. Por consiguiente, se llevará a cabo un breve análisis sobre la certeza del daño, excluyendo aquellos supuestos puramente hipotéticos o conjeturales. Esto, con el propósito de determinar si esta figura amerita ser reparada.

---

<sup>43</sup> Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 255.

<sup>44</sup> Lopez Mesa, *Derecho de Daños. Manual. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, 66.

<sup>45</sup> El deber de reparación por los perjuicios efectivamente sufridos se desprende de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

La jurisprudencia ecuatoriana se ha encargado de señalar que la certeza en el daño es un factor esencial al momento de determinar la existencia de responsabilidad civil. De esta manera, cualquier supuesto eventual o hipotético que encuentre su fundamento en simples presunciones o abstracciones, no es digno de ser reparado. Por lo tanto, la víctima tiene el deber de demostrar el perjuicio real y cierto que ha tenido que soportar para que pueda ser resarcida<sup>46</sup>.

Ahora bien, es conveniente identificar qué presupuestos distinguen un daño cierto de uno meramente hipotético. Para López Mesa, al hablar de la certeza de un perjuicio, se debe probar la materialización efectiva del mismo o, al menos, la existencia de una alta probabilidad de que este acontezca. Es decir, para que el daño pueda ser objeto de reparación, es necesario que sea claro y evidente<sup>47</sup>. En la misma línea, Tamayo Jaramillo afirma que, si un juzgador concluye que de no ser por el actuar antijurídico del tercero, la víctima se encontraría en una situación más favorable que aquella que resultó de la acción dañina, el perjuicio deberá calificarse como real y cierto<sup>48</sup>.

Sin embargo, es preciso advertir que esta certeza no tiene que ser absoluta, más bien, se exige que la misma sea razonable. Es decir, si existe suficiente convicción sobre la probabilidad de lograr un resultado, su detrimento deberá ser indemnizado<sup>49</sup>. En el siguiente punto, se analizará la certeza del daño, pero desde una perspectiva en los supuestos de una pérdida de chance.

#### **7.1.1. La certidumbre del daño radica en la oportunidad arrebatada**

El problema al que usualmente se enfrentan los jueces y árbitros al momento de reparar un perjuicio provocado por una pérdida de chance es justamente identificar dónde se ubica la certeza en el daño. Generalmente los tribunales suelen pensar que esta figura pretende resarcir probabilidades y supuestos que carecen de fundamento alguno. Por esta razón, es indispensable demostrar que la pérdida de oportunidad implica un daño real y cierto como cualquier otro. Esto debido a que el elemento de certidumbre radica en la oportunidad arrebatada dentro del patrimonio del afectado.

Osterling y Rebaza sostienen que, para probar un supuesto por una pérdida de chance, es imprescindible la existencia de una probabilidad real y cierta que pueda verse

---

<sup>46</sup> Comité Delfina Torres Vda. de Concha c. Petroecuador y otros, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002.

<sup>47</sup> López Mesa, *Derecho de Daños. Manual. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, 44.

<sup>48</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, 2<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Legis Editores S.A., 2007), 342.

<sup>49</sup> Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 179.

perjudicada. En este caso, esa posibilidad se manifiesta a través de la oportunidad que se incorpora en el patrimonio del sujeto agraviado, con independencia del resultado final que se pretende alcanzar<sup>50</sup>.

Sobre la misma línea, Bustamante Alsina afirma que, aunque se podría argumentar que este daño es incierto e hipotético, puesto que no se puede saber si efectivamente el sujeto obtendrá una ganancia o evitará un perjuicio, no hay duda alguna de que la oportunidad de lograr dicha ventaja ha sido frustrada por la acción u omisión de un tercero<sup>51</sup>.

Con el propósito de ilustrar este supuesto, se identifican los casos donde un procurador judicial, de forma negligente, deja pasar por alto los plazos legales para la interposición de un recurso. Esto claramente acarrea un perjuicio al cliente quien contaba con una posibilidad real y verdadera de conseguir un resultado favorable, o que al menos, su pretensión sea conocida por un tribunal<sup>52</sup>.

Ahora bien, el daño radica en la oportunidad despojada al no interponer la acción en el momento procesal oportuno; mas no en la decisión del tribunal de conceder o no la pretensión. Esto dado que, en este último caso se estaría considerando un supuesto hipotético que no puede determinarse con certeza si ocurrirá<sup>53</sup>.

En este sentido, es fundamental precisar que, al ser el resultado final incierto, puesto que no es posible determinar de forma concreta que, de no ser por el actuar negligente del abogado, el cliente habría logrado que su pretensión sea acogida, aquello que si se puede demostrar es que este último se encontraba frente a una posibilidad sólida de obtener un resultado. Sin embargo, el abogado arrebató dicha oportunidad, impidiendo su materialización<sup>54</sup>.

Por otra parte, en el caso Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada c. Serviu Región de Valparaíso, la Corte Suprema de Chile determinó que la demandante sufrió un perjuicio real por una pérdida de chance dentro de un proceso de licitación. En este caso, la actora logró demostrar que la contraparte frustró sus posibilidades de obtener la adjudicación de un contrato de construcción de una obra pública, al retirarse de las negociaciones de manera abrupta. Así, el tribunal concluyó que se debía indemnizar a la demandante,

---

<sup>50</sup> Osterling y Rebaza, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 5.

<sup>51</sup> Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 179.

<sup>52</sup> Crespo Mora, “Algunos aspectos problemáticos de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho español”, 121-122.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 121-122.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 122.

puesto que contaba con una oportunidad razonable de ser seleccionada como la empresa adjudicataria del proyecto<sup>55</sup>.

En virtud de lo expuesto anteriormente, los jueces y árbitros, al momento de otorgar una reparación por una pérdida de chance, deberán fundamentar esta última en la posibilidad real que disponía la víctima de alcanzar el resultado final. Siendo, este último, el perjuicio cierto que se persigue reparar.

## **7.2. Segundo requisito: la existencia de un nexo causal**

Como se examinó anteriormente, para que se configure la responsabilidad civil por una pérdida de chance, es necesario demostrar que la víctima contaba con una oportunidad real y cierta de lograr un beneficio o evitar una lesión. Ahora bien, para que este perjuicio logre ser reparado, no basta con probar la existencia del daño. Además, debe verificarse una relación de causalidad entre la posibilidad truncada y la acción u omisión ilícita provocada por un tercero.

La jurisprudencia ecuatoriana ha manifestado en múltiples ocasiones la importancia del elemento de causalidad para que surja la obligación de reparación en los supuestos de responsabilidad civil. Esto se debe a que dicho componente logra vincular la conducta antijurídica del demandado con el daño padecido por el sujeto agraviado<sup>56</sup>. Por lo tanto, de no poderse verificar el cumplimiento de este requisito, se debe descartar cualquier indicio de responsabilidad civil, puesto que no se puede atribuir la conducta ilícita al presunto responsable.

Por otra parte, este requisito de causalidad se desprende del artículo 2229 del Código Civil ecuatoriano. Esta norma prescribe que ‘por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta’<sup>57</sup>. En otras palabras, ningún individuo deberá responder sino únicamente por aquellos perjuicios que haya efectivamente provocado<sup>58</sup>.

De esta manera, se puede concluir que la causalidad cumple un rol esencial en el derecho de daños, ya que constituye el fundamento para atribuir responsabilidad a quien ha lesionado un derecho o interés legítimo de otro. Además, actúa como un límite al momento de imputar el comportamiento ilícito a un sujeto determinado. Así, garantiza

---

<sup>55</sup> Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada c. Serviu Región.

<sup>56</sup> Juicio No. 2492-2014, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 10 de febrero de 2022, párr. 109.

<sup>57</sup> Art. 2229, CC.

<sup>58</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno. Tomo I* (Santiago: Ediar Editores Ltda., 1983), 239.

que el presunto culpable sea responsable únicamente de reparar el perjuicio generado una vez que se haya verificado su conexión causal con el hecho antijurídico, descartando cualquier posibilidad de compensación por los daños que no puedan imputarse a este último<sup>59</sup>.

### **7.2.1. La relación de causalidad entre la oportunidad arrebatada y la acción u omisión del agente dañoso**

Una vez demostrada la importancia del nexo causal en los supuestos de responsabilidad civil, es menester identificar esta figura, de forma concreta, en los casos de una pérdida de chance. Para ello, se analizará la necesidad de un vínculo de causalidad entre la oportunidad frustrada y la conducta ilícita del agente dañoso.

Para que pueda atribuirse efectivamente el perjuicio ocasionado al presunto responsable, la relación de causalidad debe necesariamente verificarse con la oportunidad arrebatada, sin tener que tomar en consideración el potencial resultado final que se esperaba alcanzar<sup>60</sup>. Por lo tanto, este vínculo debe ser real y serio, ya que se debe demostrar de manera clara e inequívoca que el agente dañoso privó de esa oportunidad a la víctima<sup>61</sup>.

En el caso, Alarcón c. Hospital de Santa Cruz, la Corte Suprema de Chile sostuvo que el nexo causal no debe vincularse con la muerte del paciente, sino con la destrucción de la oportunidad de brindarle un diagnóstico y tratamiento adecuados para su situación. Por este motivo, se concluyó que la deficiencia en el servicio proporcionado es lo que está causalmente relacionado con la pérdida de la posibilidad que tenía el paciente de sobrevivir. Esto se debe a que, de no haber mediado el comportamiento negligente de la entidad de salud, el paciente habría tenido la opción de detectar la enfermedad, y tratarse adecuadamente<sup>62</sup>.

A manera de resumen, en esta sección se logró demostrar que el nexo causal debe ser claro e inequívoco, y que debe verificarse entre el hecho antijurídico y la

---

<sup>59</sup> Lilian C. San Martín y Jorge Larrocau, “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Privado* 40 (2020): 332, doi: 10.18601/01234366.n40.12, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6928>.

<sup>60</sup> Felipe Oyarzún Vargas, “Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. análisis y reflexiones del caso español”, *RJUAM* 43 (2021): 124, doi: 10.15366/rjuam2021.43.005, [https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/rjuam2021\\_43\\_005](https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/rjuam2021_43_005).

<sup>61</sup> Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, *Anuario iberoamericano de derecho notarial* 4-5 (2015-2016): 244, [https://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=13807670&name=DLFE-222974.pdf](https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=DLFE-222974.pdf).

<sup>62</sup> Alarcón c. Hospital de Santa Cruz, Corte Suprema de Chile, 26 de febrero de 2024, [https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador\\_Jurisprudencial\\_de\\_la\\_Corte\\_Suprema](https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador_Jurisprudencial_de_la_Corte_Suprema).

oportunidad frustrada. Por esta razón, los jueces deberán observar si verídicamente el comportamiento ilícito del demandado fue aquello que destruyó las posibilidades de la víctima de lograr una ventaja, de lo contrario, no existiría una ‘chance’ que reparar.

## **8. Valoración de la ‘chance’**

Una vez analizado el elemento del daño, y el vínculo de causalidad para verificar la existencia de un perjuicio por una pérdida de oportunidad, a continuación, se mencionarán ciertos criterios que han sido considerados por la doctrina y jurisprudencia comparada para valorar y cuantificar este daño.

Como en todos los supuestos de responsabilidad civil, son los jueces y árbitros quienes deben fijar el monto a indemnizar con base en las pruebas aportadas por las partes al proceso. En este sentido, el primer criterio que debe ser considerado al momento de valorar la oportunidad frustrada, es el margen de probabilidad que la víctima ostentaba para llegar al resultado final. Pues, este análisis servirá para calcular una reparación que sea proporcional al perjuicio generado.

Bustamante Alsina sostiene que el valor de la pérdida de una posibilidad se fundamenta en el grado de probabilidad de convertirse en cierta<sup>63</sup>. En la misma línea, Tamayo Jaramillo argumenta que la indemnización en estos casos se debe conceder de forma proporcional a las probabilidades que le fueron despojadas al sujeto de obtener la ventaja esperada<sup>64</sup>. De esta forma se concluye que, el resultado final deberá ser tomado en consideración, no como objeto de indemnización en los supuestos de una pérdida de oportunidad, sino más bien para el cálculo final de lo que equivale la posibilidad frustrada<sup>65</sup>.

En el caso STS 2254/2021, el Tribunal Supremo español determinó que, para poder indemnizar el daño ocasionado a un individuo por la pérdida de oportunidad de activar los mecanismos procesales con los que contaba en el momento oportuno, deberá existir una razonable certeza de que la demandante efectivamente llegaría a obtener la ventaja esperada. En este contexto, la parte actora debe probar que existía una probabilidad lo suficientemente cierta de que la pretensión frustrada por el

---

<sup>63</sup> Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 179.

<sup>64</sup> Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, 287.

<sup>65</sup> Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 268.

comportamiento negligente del abogado hubiese sido acogida por el tribunal de haberse presentado la acción a tiempo<sup>66</sup>.

Por otro lado, a pesar de que, en la mayoría de los casos, los criterios probabilísticos proporcionan una estimación adecuada para el cálculo de la reparación por el perjuicio provocado, en contadas ocasiones, los tribunales deberán además adoptar las reglas de la sana crítica y principios de equidad<sup>67</sup>. Esto debido a que, dependiendo del caso en concreto, un cálculo matemático podría considerarse inadecuado o desproporcional para otorgar una apropiada compensación a quien sufrió el perjuicio.

Por lo tanto, en todos los casos en que los jueces o árbitros consideren que las reglas matemáticas son insuficientes para otorgar una reparación equitativa y proporcional según la extensión y magnitud del perjuicio soportado<sup>68</sup>, deberán emplear su leal saber y entender al momento de analizar las circunstancias del caso en concreto.

Esta es la postura que ha sido adoptada por los Principios Unidroit. Pues, en su artículo 7.4.3 establecen que, en todos los casos en que no sea posible determinar la indemnización por medio de cálculos probabilísticos, el tribunal tiene la facultad discrecional de fijar el monto a ser resarcido<sup>69</sup>.

Por esta razón, se concluye que una correcta indemnización se logra uniendo los criterios matemáticos con el leal saber y entender de los jueces y árbitros conforme la examinación de cada caso en concreto.

## **9. Recomendaciones**

En concordancia con lo expuesto a lo largo de este trabajo, es fundamental incluir dentro de la legislación ecuatoriana la figura de la pérdida de oportunidad. Como se revisó anteriormente, el Código Civil consagra el deber de reparación a quien ha inferido un daño a otro. Pues, siempre que se le atribuya responsabilidad a un sujeto determinado, este deberá compensar a la víctima que tuvo que soportar el daño<sup>70</sup>.

Ahora, el artículo 1572 del mismo cuerpo normativo, limita la indemnización de perjuicios al daño emergente y lucro cesante. Por lo tanto, se recomienda reformar este

---

<sup>66</sup> STS 2254 /2021, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de junio de 2021, <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action>.

<sup>67</sup> Ríos y Silva, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, 268-273.

<sup>68</sup> Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, 347.

<sup>69</sup> Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales, Art. 7.4.3 literal 2.

<sup>70</sup> Arts. 2214 y 2229. CC.

artículo para facilitar la actividad de los jueces y árbitros frente a un caso que contemple un deber de reparación por una posibilidad truncada.

A partir de estas observaciones, se sugiere que el texto se redacte de la siguiente manera:

Art. 1572.- 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 cumplimiento<sup>71</sup>. [El perjuicio resultante por la pérdida de una posibilidad considerablemente cierta, deberá ser compensada en proporción a la probabilidad de su ocurrencia].

Esta propuesta sería el punto de partida para el reconocimiento y aplicación de esta figura dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Sin embargo, la discusión no termina aquí, por lo que la academia sería un escenario ideal para difundir las distintas aristas de esta figura dentro del derecho de daños.

## **10. Conclusiones**

El presente trabajo tuvo como objetivo examinar la figura de la pérdida de una chance, desde una perspectiva del derecho comparado, como un tipo de daño digno de ser reparado en aquellos supuestos en los que se haya destruido una posibilidad lo suficientemente probable de alcanzar un resultado. Esto, con el propósito de que los jueces y árbitros tomen en consideración la necesidad de aplicación de esta figura dentro del ámbito nacional.

Como punto de partida, se observó cómo esta figura ha sido aplicada por la doctrina, y jurisprudencia comparada, desde sus distintas vertientes, específicamente, al momento de otorgar una reparación a la víctima que sufrió el perjuicio. De esta manera, los criterios empleados por el derecho comparado fueron trascendentales para el desarrollo de este trabajo, debido a la falta de regulación de esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Posteriormente, se realizó un recuento de los requisitos que configuran la responsabilidad civil extracontractual en el Ecuador, pues, son el fundamento para que nazca el deber de reparación en todos los casos en que logre demostrarse el perjuicio generado. Para ello, se revisaron varios fallos jurisprudenciales donde se exploró cada uno de estos presupuestos desde una perspectiva dentro del ámbito nacional.

---

<sup>71</sup> Art. 1572. CC.

Luego, se estudió el objeto de la indemnización en los casos de pérdida de chance. Esto con la finalidad de probar que la figura estudiada no pretende indemnizar un potencial resultado final, el cual no se puede determinar con absoluta certeza que ocurrirá. Por el contrario, aquello que es objeto de reparación es la posibilidad real y cierta de la probabilidad que ostentaba el sujeto agraviado de lograr un beneficio o evitar un perjuicio.

Ahora bien, cabe señalar que el deber de reparación en los supuestos de una pérdida de chance se basa en la violación al principio general conocido en la doctrina como *alterum non laedere* o el deber general de no dañar. Este es la base para un adecuado análisis de la reparación integral, que busca dejar a la víctima en el estado en el que se encontraba antes de sufrir el perjuicio generado por una conducta antijurídica imputable a un sujeto determinado.

Una vez comprendido el objeto de la reparación, y la importancia de compensar al sujeto agraviado por el infortunio efectivamente sufrido, se procedió a analizar la certeza del daño y la relación de causalidad entre la oportunidad arrebatada y la conducta ilícita de un tercero. Esto debido a que son los criterios que causan mayor inconveniente al momento de evaluar el perjuicio derivado de una pérdida de chance.

Así, en primer lugar, se concluyó que la certeza del daño radica en la oportunidad frustrada mas no en el resultado final que la víctima esperaba alcanzar. En segundo lugar, que el vínculo de causalidad debe necesariamente verificarse entre la posibilidad truncada y el hecho antijurídico, pues de esta manera se puede atribuir responsabilidad al presunto responsable.

Por último, se dedicó una sección al estudio de la valoración en los supuestos de pérdida de chance, y los criterios que han sido adoptados en el derecho comparado para la cuantificación del perjuicio. De esta manera, se comprobó que el margen de probabilidad que ostentaba el sujeto agraviado de llegar al resultado final debe considerarse para el cálculo de la chance arrebatada.

Por otro lado, también se indicó que en algunas ocasiones estos métodos son insuficientes para otorgar una adecuada indemnización, por lo que, los jueces y árbitros deberán emplear su leal saber y entender para reparar el perjuicio soportado según el caso en concreto.

Ahora bien, la presente investigación reconoce algunas limitaciones que se lograron identificar durante la redacción del texto. En primer lugar, la falta de aplicación y reconocimiento de la pérdida de chance en el Ecuador hizo que el tratamiento en la

doctrina y jurisprudencia comparada sean fundamentales para determinar los criterios que deben considerarse al momento de indemnizar esta figura.

Como segunda limitación, se observa que la presente investigación no profundizó en un mecanismo de cuantificación del daño específico, pues, como se mencionó en el trabajo, la valoración de los perjuicios es un trabajo que deberán realizar los jueces o árbitros dependiendo del caso en concreto.

Por ello, para la primera limitante, se invita al lector a profundizar en otros tratamientos que le ha otorgado la doctrina y jurisprudencia comparada a la figura de la pérdida de oportunidad. Esto es, examinar otras variantes y puntos de vista sobre una adecuada valoración e indemnización de este menoscabo. Por otro lado, para el segundo límite, se propone indagar en la reparación del daño, específicamente en relación con su cuantificación.

Para finalizar, este trabajo buscó aportar respecto del tratamiento de la pérdida de chance en el sistema jurídico ecuatoriano. Así, se sugiere la inclusión de esta figura dentro del Código Civil. Esto con el propósito de que sirva como punto de partida para que los jueces y árbitros ecuatorianos reparen aquellos supuestos en que se logra probar la destrucción de una oportunidad.