

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

Facultad de Derecho

Carrera de Ciencias Jurídicas

**El Mito de la Certeza del Daño como Requisito de la Responsabilidad Civil: el Caso
de la Pérdida de Oportunidad**

Autor: Brisney David Molina Coello

Tutor: Juan Fernando Montalvo Perero

**Trabajo de Titulación Presentado como Requisito para la Obtención del Título de
Abogado**

Quito, febrero de 2020

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de deshonestidad académica, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Brisney David Molina Coello

DEDICATORIA

Para Segundo Coello, el abogado que tuvo que trabajar la tierra.

“En cada amanecer nace una aurora,

En cada aurora nace un nuevo día,

En cada día brilla la luz de la esperanza”

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por la fuerza,

A mis padres Oscar y Marianela, por el apoyo,

A mis mentores Fabián, Diego, Javier y Oswaldo, por la enseñanza,

A mi tutor, Juan, por ayudarme en esta labor,

A mis amigos, por ser calma en la tormenta,

Muchas gracias.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis de los postulados clásicos de la responsabilidad civil, para desmentir su aplicación. En primer lugar, se trata el requisito de certeza del daño y la imputación objetiva como sustento de la relación de causalidad, dentro de la responsabilidad civil. Luego, se determinan las razones por las que su aplicación no es adecuada, pues no están pensados para escenarios de incertidumbre causal. En consecuencia, se presenta a la Responsabilidad Proporcional como una solución que abarca también los referidos escenarios. Esta consiste en la imputación proporcional del agente dañoso respecto de su participación en el daño. Finalmente, se trata el escenario de la Pérdida de Oportunidad como una comprobación de la Responsabilidad Proporcional a modo de sustento adecuado de la causalidad.

Palabras clave: responsabilidad civil, certeza del daño, imputación objetiva, responsabilidad proporcional, pérdida de oportunidad.

ABSTRACT

This paper analyses the classic postulates of civil responsibility in order to deny its application. First, it deals with the damage certainty requirement, and the objective imputation as causation's support, within civil liability. Then, it gives the reasons why its application is not suitable because they are not intended to solve situations of uncertain causation. Consequently, it presents the proportional responsibility statement as a solution that also covers the uncertain causation problem. This consists of the partial liability of the harmful agent, attending to its participation in the damage. Finally, it treats the scenario of Loss of Opportunity as a proof of Proportional Responsibility as the adequate causation theory.

Keywords: *civil liability, damage certainty, objective imputation, proportional responsibility, loss of opportunity.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA FICCIÓN DEL DAÑO CIERTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	3
1.1. Requisitos para la Existencia de Responsabilidad Civil Extracontractual	3
1.2. La Certeza del Daño en la Responsabilidad Civil	8
1.3. La Ruptura de la Ficción de la Certeza del Daño desde el Nexo de Causalidad ..	11
2. LA SOLUCIÓN A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL DESDE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL.....	14
2.1. La Relación entre la Imputación Objetiva y la Certeza del Daño en Escenarios de Incertidumbre Causal.....	14
2.2. La Adjudicación de Responsabilidad desde la Responsabilidad Proporcional	18
2.3. Comprobación de la Existencia de la Responsabilidad Proporcional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano	23
3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD A PARTIR DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL	27
3.1. El Postulado Clásico de la Pérdida de Oportunidad	27
3.2. Problemas Prácticos de la Pérdida de Oportunidad como Daño Cierto	31
3.3. La Ficción de la Chance en la Responsabilidad Proporcional y su Aplicación en el Ecuador.....	33
CONCLUSIONES.....	35
LISTA DE REFERENCIAS.....	37

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual se basa en dogmas que se siguen pues aparentemente corresponden con el sentido común. Se dice que un daño debe ser cierto para que se pueda indemnizar. Por otro lado, se acepta que existen daños hipotéticos que no deben ser indemnizados. Finalmente, se afirma que el nexo de causalidad se analiza desde la condición relevante para que ocurra el daño. Todas estas ficciones tienen como finalidad que el régimen de reparación de daños pueda ser utilizado en la práctica. Sin embargo, lo complican sobremedida. Ello debido a que su aplicación no corresponde con una de las realidades más evidentes del diario vivir: la incertidumbre.

El sistema de reparación de daños está pensado desde escenarios de certeza absoluta, en los que cada uno de los requisitos de la responsabilidad pueden ser inferidos directamente de los hechos. Sin embargo, aquello sucede en escasos escenarios. Generalmente, las cuestiones de responsabilidad extracontractual implican un grado de perplejidad. No se pueden conocer todas las variables que deben verificarse para que un daño suceda o no. En medio de este caos, el sistema clásico de responsabilidad civil tiene respuestas limitadas que pueden llevar a defender errores como verdades absolutas. Por ejemplo, se ha llegado a aceptar que se indemnicen escenarios inciertos como si fuesen ciertos, a través de la teoría de la Pérdida de Oportunidad. Ello para mantener un sistema que ha probado ser ineficiente y evitar cambios en la dogmática del pensamiento jurídico.

Este trabajo tiene como finalidad analizar los sustentos clásicos de la responsabilidad civil extracontractual y contrastarlos unos con otros. Ello para determinar si su aplicación es adecuada o si, al contrario, existen otros postulados que permiten un acercamiento de la teoría del Derecho de Daños y la realidad que busca proteger.

En primer lugar, se tratará la ficción del daño cierto como uno de los requisitos para la adjudicación de responsabilidad civil, y su contraste con el resto de las ficciones que forman parte del concepto jurídico del daño [1]. En segundo lugar, se analizará la relación de causalidad, justificada desde el criterio de imputación objetiva, y su relación con la certeza

del daño. Con base en aquello, se analizará la posibilidad que la Responsabilidad Proporcional sea un sustento más adecuado del nexo de causalidad [2]. Finalmente, se tratará la teoría de la Pérdida de Oportunidad desde su sustento clásico y se analizará su posible aplicación en el régimen ecuatoriano, también desde la Responsabilidad Proporcional [3].

En una realidad que requiere de cambios diarios en la dogmática de la aplicación del Derecho, la falta de desarrollo de los conceptos en los que se basa el sistema implica que las disposiciones normativas y la realidad se alejen irremediablemente. Todo régimen simplificado es más útil y todo cuestionamiento a lo clásico permite reforzarlo u olvidarlo, para así conseguir que la normativa vaya a la par con el entorno.

1. LA FICCIÓN DEL DAÑO CIERTO PARA LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En este capítulo se tratará la teoría clásica de la responsabilidad civil extracontractual, desde los requisitos para su adjudicación [1.1]. Especialmente, se analizará el estándar que debe cumplirse para que un daño sea cierto [1.2]. Finalmente, se explicará la certeza del daño como una ficción inadecuada, pues se refiere a problemas de la relación de causalidad [1.3].

1.1. Requisitos para la Existencia de Responsabilidad Civil Extracontractual

Los cuatro requisitos concurrentes para que exista responsabilidad civil extracontractual son: (i) hecho ilícito, (ii) culpa, (iii) daño y (iv) nexo causal (Rodríguez, 1999, pp. 119 y ss). Así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en sentencia de 19 de marzo de 2003, en la que dijo:

Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurren los siguientes elementos: a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral; y, d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.

En primer lugar, el hecho ilícito generalmente se refiere al actuar del agente dañoso (Ponce Martínez, 2015, p.82). Sin embargo, también puede asociarse a la omisión de un acto que pudo evitar el daño (Alessandri, 1943, pp. 197 a 199). También, la calificación del hecho ilícito se clasifica dependiendo de cómo fue generado. Existe hecho ilícito cuando se viola una norma jurídica y cuando se causa un daño. Cuando nace por un daño, el hecho se vuelve ilícito ante el quebrantando el deber de no dañar a otros. Ello en virtud del artículo 2229 del Código Civil, que expresamente prescribe que toda persona que haya irrogado daño a otra está obligada a repararlo. Así, el hecho ilícito requiere dos comprobaciones para ser tal: (i) la existencia de un acto u omisión; y, (ii) que se viole una norma jurídica como su consecuencia (Bustamante, 1983, p.87) o que se incumpla el deber de no dañar al otro o *neminem laedere* (Velásquez Posada, 2009, p.50).

En segundo lugar, la culpa califica el actuar del agente dañoso (Código Civil, Art. 2229). La postura clásica sobre la culpa afirma que sin ésta no existe responsabilidad y la ubica como un requisito superior a los demás. Ello debido a que “la culpa en sentido amplio es el fundamento mismo de la responsabilidad y requisito *sine qua non* de toda responsabilidad civil” (Velásquez Posada, 2009, p.4). Este requisito se define: (i) de forma genérica como una falta, que se divide en negligencia, impericia y dolo; y, (ii) de forma específica, como negligencia propiamente dicha (Tamayo Jaramillo, 2007a, p.192). La definición genérica de culpa contiene a la específica en una relación de género y especie, por lo que se desarrollará únicamente la primera.

Existen tres tipos de faltas: la impericia, la negligencia y el dolo. La impericia es la falta de algún conocimiento específico pero requerido en la actuación del agente dañoso (Justiniano, 2005, p.242). La negligencia, por su parte, tiene distintos grados. Estos son culpa: lata, leve y levísima (Velásquez Posada, 2009, p.53). Sin embargo, ésta no acepta graduación en el régimen extracontractual (Alessandri, 1943, p. 172). Por lo tanto, la negligencia media o leve es la regla general para imputar este tipo de responsabilidad (Mazeaud y Tunc, 1961, p.85). Esta se define en el inciso tercero del artículo 29 del Código Civil como la falta de “(...) aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...)”. Finalmente, “(...) el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro” (Código Civil, Art. 29, *in fine*).

De este modo, actúa con negligencia quien deja un libro en el patio durante el aguacero. Por otro lado, actúa con impericia el técnico que realiza las reparaciones de un auto sobre el que no conoce lo suficiente. Finalmente, actúa con dolo quien ataca a su enemigo movido por el odio que le tiene.

Como se dijo, el elemento subjetivo es imprescindible para la adjudicación de responsabilidad¹ pues, por regla general, este es su factor de imputación. Lo que significa que la responsabilidad sobre un hecho dañoso es atribuible a quien lo causó, en tanto en cuanto se pruebe que actuó de manera culposa (Alessandri, 1943, p.109). En palabras de Alejandro Ponce Martínez: “[e]l daño no genera responsabilidad civil sino a condición de que sea imputable a dolo o culpa”. (2015, p. 91)

¹ Claro está, los escenarios en los que existe responsabilidad objetiva están excluidos de este análisis al ser supuestos excepcionales.

En tercer lugar, el daño es el detrimento de la esfera patrimonial o personal de quien sufrió las consecuencias del hecho ilícito (Tamayo Jaramillo, 2007b, p.327). Es definido por Zannoni como:

(...) [un] menoscabo a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de la persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien jurídico procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso. (1982, p.29)

Asimismo, Zannoni afirma que para que exista un daño indemnizable deben cumplirse tres requisitos (1982):

- (i) En primer lugar, la lesión debe haber afectado un interés propio de la víctima. Este interés puede ser patrimonial, como la ganancia frustrada; o, extrapatrimonial, como en los casos de detrimento a la honra y reputación.
- (ii) En segundo lugar, el daño debe subsistir al momento del resarcimiento. Esto quiere decir que el daño no haya sido indemnizado por el responsable, mas no significa que el daño no puede reclamarse si la persona ya no lo sufre al momento de iniciar su reclamo (Bustamante, 1983, p.170).
- (iii) Finalmente, el daño debe ser cierto, lo cual implica que sea real. Este requisito se tratará de forma separada [Infra § 1.2], para así entrar al análisis de ficción de la certeza del daño y los casos de incertidumbre causal [Infra § 1.3].

Por último, el nexo causal es la relación que existe entre el daño y el hecho ilícito. Su existencia es necesaria puesto que, en palabras de Velásquez Posada:

El sentido común se niega a admitir que la existencia de un daño sea soportada por quien no ha influido en la realización del mismo. Entonces, se necesita una relación causa-efecto entre el acto [u omisión] humano[s] y el daño que se produce, es decir, la causación del daño por el agente dañino es necesaria para que se configure la responsabilidad civil, además del daño y la culpa. (2009, p.461)

La causalidad ha sido justificada por multiplicidad de teorías. Se explicarán las teorías de: (i) la equivalencia de las condiciones, (ii) la causalidad adecuada y (iii) la imputación objetiva.

En primer lugar, la equivalencia de las condiciones, *but for test* o *condicio sine qua non* (Corral Talciani, 2003, p.184) afirma que existe nexo causal únicamente si el daño es consecuencia del hecho ilícito. Para determinar la referida relación se debe responder una pregunta: sin el acto u omisión culposos, de todas formas, ¿hubiese ocurrido el daño? Si la respuesta es positiva, no existirá nexo causal; o, si la respuesta es negativa, la causalidad entre ambos estaría comprobada. Esta tesis ha sido criticada pues trae escenarios en los que se puede imputar la totalidad del daño a cada uno de los hechos que concurrieron para su ocurrencia, pues da la misma calidad a todos ellos sin prever que unos u otros son jurídicamente más o menos relevantes para adjudicar responsabilidad (Velásquez Posada, 2009, p.463). Es decir, bajo esta tesis todos los hechos que concurrieron para que el daño se verifique tienen la misma aptitud para adjudicar responsabilidad total, sin diferenciar unos de los otros.

En segundo lugar, la causalidad adecuada, que se desarrolló para combatir el problema que acarrea la equivalencia de prestaciones, afirma que no todos los hechos que concurren para que un daño se produzca deben causar responsabilidad. Para esta teoría, solo se pueden “considerar como causas de un perjuicio los acontecimientos que normalmente deben producirlo: se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita” (Velásquez Posada, 2009, p.464). De este modo, prevé que hay relación causal entre el hecho que generalmente causa el daño alegado, sin tomar en cuenta los otros hechos concurrentes.

Finalmente, para la teoría de la imputación objetiva, cuyo nombre se refiere a la forma de determinar la causalidad mediante un estándar objetivo y, en ningún sentido puede ser confundida con la responsabilidad objetiva, lo importante no es quién causó el daño sino a quién puede imputársele. La imputación del daño se da en los casos en los que el hecho dañoso y sus consecuencias son previsibles y dominables por el agente dañoso. Es decir, hay nexo de causalidad si de alguna manera el agente dañoso pudo anticipar y evitar la ocurrencia del hecho dañoso (Corral Talciani, 2003, p. 186). Esta teoría desplazó a la casualidad adecuada en el análisis del nexo de causalidad (Medina Alcoz, 2009, p. 250). Así lo afirmó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en resolución número 124/2017, de 24 de febrero de 2017, en la que dijo:

La actual corriente jurisprudencial sobre causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de

la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina «*causa causae, causae causa*» (quien es causa de la causa, es causa del mal causado).

El nexo causal se rompe, entre otros escenarios, por la concurrencia de un eximente de responsabilidad dentro de la circunstancia que generó el daño (Mosset Iturraspe, 1998, p.9). Los eximentes de responsabilidad son cuatro: (i) caso fortuito, (ii) fuerza mayor, (iii) hecho de un tercero y (iv) culpa exclusiva de la víctima (Alessandri, 1943, p. 599).

El caso fortuito y la fuerza mayor tienen el mismo tratamiento dentro del régimen ecuatoriano. El artículo 30 del Código Civil define estos eximentes de la siguiente forma: “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. Sin embargo, ambas figuras tienen diferencias conceptuales, a pesar de tener los mismos efectos (Velásquez Posada, 2009, p.467). La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en sentencia de 22 de febrero de 2007, a las 11h20, dijo al respecto:

la expresión fuerza mayor indican una fuerza irresistible, mientras que el caso fortuito señala un acontecimiento imprevisible. [Sin embargo] [...] los efectos jurídicos de fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del deudor.

Por otro lado, en el hecho de un tercero el ilícito no fue provocado por la persona a la que se busca imputar responsabilidad, sino que fue realizado por una tercera persona. Por lo tanto, en este escenario, no se puede establecer una relación directa entre el supuesto agente dañoso y el daño. En consecuencia, no existe nexo de causalidad (Velásquez Posada, 2009, p.471).

Finalmente, si el hecho que causó daño sucedió como consecuencia del actuar de la víctima, el nexo causal quedará disuelto (Velásquez Posada, 2009, p.429), ya que la víctima y el victimario convergen en la misma persona. Sin embargo, si el actuar de la víctima la expuso al daño, pero no lo causó, no existe ruptura del nexo causal. En este escenario, el agente dañoso tiene derecho a exigir una reducción en el *quantum* indemnizatorio (Código Civil, Art. 2230). Esta distinción en los efectos de la culpa de la víctima ha llevado a que el eximente sea llamado “hecho de la víctima”, y la excepción para aminorar la indemnización “culpa de la víctima” (Patiño, 2011, p.391). De todas formas, a pesar de la nomenclatura que

se utilice, lo importante es el efecto: la ruptura del nexo causal si la víctima causó todo el daño.

Cuando una circunstancia recoge los cuatro elementos descritos, existe responsabilidad civil extracontractual (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Caso IMPONAC S.A. c. INTERNEK LTD*). *Contrario sensu*, con la sola falta de alguno de sus elementos, esta no puede ser adjudicada. Aún si, como cuando una casa se cae por un tornado, el elemento del daño es el único que existe.

1.2. La Certeza del Daño en la Responsabilidad Civil

La teoría clásica del Derecho de Daños mantiene que debe existir un daño cierto para que exista responsabilidad civil (Velásquez Posada, 2009, p.233). Este requisito implica que el daño que se busca imputar sea real [Supra § 1.1], es decir, que haya sucedido (Zannoni, 1982). Así las cosas, se entiende que la certeza es un requisito esencial para que exista un daño indemnizable. Por ejemplo, así lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 9 de septiembre de 2010, que dice: “[l]a premisa básica consiste en la reparación del daño causado, solo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica”. (Expediente 17042-3103-001-2005-00103-01)

Ahora bien, este requisito cuya aplicación parece simple e intuitiva, pues su regla es que todo daño real se indemniza, tiene postulados a su alrededor que se han desarrollado considerablemente, lo cual complica su estudio. Se tratarán: (i) el daño hipotético como antinomia al daño cierto; (ii) la certeza requerida para que un daño se indemnice judicialmente; y, (iii) la relación entre el daño cierto y el daño actual y futuro.

En primer lugar, la definición de certeza del daño se construye desde su antinomia: el daño conjetural, hipotético o eventual. Ello en virtud que todo daño que no sea cierto será considerado como hipotético y, en consecuencia, no indemnizable (Zannoni, 1982, p.24).

El daño hipotético se entiende como aquél “cuya *existencia* [depende] de la realización de otros acontecimientos *extraños* al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio” (Brebbia, 2001, p.53). Es decir, es el daño que no puede demostrarse, cuya inferencia no tiene relación con el hecho dañoso o que necesita de escenarios que no sucedieron para presentarse como daño. Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 25 de febrero de 2005, dijo que el daño patrimonial que solicitaron los padres por el fallecimiento de su hijo infante es un daño eventual. Ello debido

a que se basó en la conjetura que los padres necesitarían la ayuda del niño al llegar a su vejez, lo cual no se puede determinar (*Caso Segundo Florentino Parada y otros c. Transportes Rápido Tolima S.A.*).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, citando a Alessandri Rodríguez, afirmó en sentencia de 29 de septiembre de 1993 que: “[l]a privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aún por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto” (*Caso Gutiérrez c. Molinos Champion S.A.*). Por lo mismo, el estándar para que un daño sea cierto es que no dependa de hipótesis diferentes al hecho dañoso para ser comprobado. De este modo, la definición de certeza del daño se complementa con la del daño hipotético. Ello debido a que "en buenas cuentas, exigir que el daño sea efectivo, cierto y no hipotético es pedir al demandante que acredite que realmente ha sufrido un daño" (Domínguez Águila, 1990, p.148).

En segundo lugar, a partir de la definición del daño cierto e hipotético nace una nueva interrogante: ¿Cuándo debe entenderse que un daño es real? Como se dijo, la definición de certeza del daño parte de la premisa que este es enteramente comprobable y es consecuencia directa en el hecho dañoso [Supra § 1.1]. Sin embargo, lo cierto es que todos los actos, omisiones y sus resultados en la vida dependen de un número indefinido de variables, de las cuales se tiene poco conocimiento en el presente y que condicionan un futuro también incierto. En medio de este caos, en la realidad un daño difícilmente dependerá del acto que “lo ocasiona”, bajo un estándar jurídico. Es decir, generalmente un daño no es absolutamente cierto.

En este sentido, “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” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 4 de abril de 2001, expediente 5502). Esta consideración se arma por la apreciación que el juez tenga del caso. Consiste en que el juez considere que es razonable afirmar que el acto que se busca imputar al agente causaría el daño. Por ejemplo, en el mismo escenario en el que dos padres perdieron a un hijo, pero estos se encuentran en su vejez y este último es parte de la población económicamente activa, es razonable pensar que los padres necesitarán económicamente de su hijo. A diferencia de la muerte de un hijo infante, en este caso habrá

un daño cierto. Ello debido a que, a pesar de que en realidad no hay una comprobación fáctica de que el hijo ayudaría a sus padres, es razonable pensar que lo hubiese hecho.

Finalmente, lo anterior necesita una última precisión. El daño que se califica como cierto no siempre ha sucedido inmediatamente después del hecho dañoso. Existen casos, como el ejemplo dado en el párrafo anterior, en el que el daño se verificará en el futuro. Así, los daños también se clasifican en actuales y futuros. La Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 9 de septiembre de 2010 se refirió a estos como:

(...) *Contrario sensu*, el daño actual, o sea aquel cuya realidad perceptible es ‘constatado con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil y fundada y razonable previsión, son reparables por ciertos. (Expediente 17042-3103-001-2005-00103-01)

En otras palabras, un daño es actual si se conoce su ocurrencia al momento en el que se verificó hecho ilícito; y, es futuro, si a pesar de no haber ocurrido, lo más probable es que suceda. Ambos daños son ciertos bajo el análisis de la certeza desde la razonabilidad.

De este modo, si bien “en el derecho civil, la regla general es que se condena a la indemnización únicamente cuando existe certeza de que la acción culpable del agente le causó un daño a la víctima” (Tapia, 2011, p. 645), lo que se entiende por cierto debe contrastarse con ciertos matices. Es por ello que el requisito de certeza se complementa con la definición del daño hipotético, actual y futuro; y, con un criterio de razonabilidad para calificarlo. Esta complementariedad entre las referidas figuras se comprueba en las palabras de Enrique Gil Botero, que afirma:

El carácter de cierto del daño, permite constatar que éste sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre del mismo cuando aparezca con evidencia que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o posible. (2001, p. 31)
(énfasis añadido)

En suma, la certeza del daño, entendida junto con todos los postulados que le complementan, permite concluir que debe existir una relación directa entre el daño y el hecho ilícito. Asimismo, busca que el daño sea comprobado o al menos que se entienda que

razonablemente puede suceder. Finalmente, este requisito permite afirmar que no todo daño se indemniza, sino únicamente aquellos que no sean hipotéticos. A pesar de lo anterior, todo el sustento que la certeza del daño tiene para su aplicación práctica, en realidad la dificulta. Aquello permite cuestionar si la certeza en realidad es o no un requisito para que un daño permita la responsabilidad civil [Infra § 1.3].

1.3. La Ruptura de la Ficción de la Certeza del Daño desde el Nexos de Causalidad

La ficción de la certeza del daño complica la adjudicación práctica de la responsabilidad civil. (i) Su definición se presenta como una simplificación aparente del sistema, pero que a fin de cuentas complica el concepto del daño. (ii) Asimismo, la certeza del daño se confunde con la relación de causalidad adecuada, por lo que deja de referirse al daño en sí mismo. (iii) Finalmente, lo que es o no un daño cierto se analiza sin algún tipo de estándar, más allá de la apreciación personal del juzgador, por lo que genera falencias evidentes en el sistema de reparación de daños.

En primer lugar, la certeza como requisito para que un daño sea indemnizable es también parte del concepto mismo del daño, desde el uso general de las palabras. Como se dijo, un daño cierto es aquel que es real, es decir, el que ha sucedido [Supra § 1.2]. Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española define al daño en términos generales como “perjuicio, lesión” (RAE *online*). Es evidente que todo perjuicio o lesión, para ser tal, debe ser real o haber sucedido. En este sentido, el supuesto requisito de certeza del daño no es más que una consecuencia lógica del uso del lenguaje: todo daño debe ser real. De este modo, la ficción del daño cierto no es necesaria, pues afirma que el daño, para ser daño, debe existir. Es decir, el daño, para ser daño, debe ser daño. El requisito de la certeza del daño, desde su definición más básica, no se justifica. Su contenido ya forma parte de la definición misma del daño, sin que la diferenciación de su certeza sea necesaria.

Claro está, la certeza no se limita a calificar la realidad del daño, sino que ha desarrollado otras ficciones respecto de su apreciación: el daño conjetural y la certeza relativa del daño [Supra § 1.2]. Sin embargo, la existencia del requisito de la certeza del daño tampoco está justificada en los referidos escenarios. El concepto de daño hipotético y el estándar de certeza relativa, que en principio se pensaron desde el requisito del daño, en realidad se refieren a fenómenos que estudian el nexos causal, otro requisito de la responsabilidad civil. Dichas ficciones no justifican la existencia del daño por sí mismo, sino desde su relación con el

hecho ilícito. En otras palabras, califican el daño dependiendo de su nexos con el acto u omisión que lo causa.

El daño hipotético se basa en meras suposiciones que no tienen una relación directa con el hecho dañoso [Supra § 1.2]. Es decir, es aquel que se conforma como daño solo si se traen a colación hechos que no tienen relación con el hecho ilícito al que se busca imputar el daño.

Para ilustrar lo anterior es necesario regresar al caso que se usó como ejemplo en la sección anterior, en el que la Corte Suprema de Colombia determinó que el daño patrimonial que alegaron los padres, ante la muerte de su hijo infante, era hipotético. Los padres alegaron que su hijo ya no podría ayudarles económicamente en su vejez, por lo que existió un perjuicio. A esto, la Corte resolvió que el daño alegado se basaba en tres conjeturas: (i) que el infante llegaría a su edad económicamente activa, (ii) que sus padres envejecerían y (iii) que estos llegarían a requerir su ayuda económica. Puesto que estas suposiciones son imposibles de comprobar, la Corte falló que el daño alegado era en realidad hipotético (Caso *Segundo Florentino Parada y otros c. Transportes Rápido Tolima S.A.*).

Ahora bien, ¿el daño hipotético en realidad se refiere a un daño? En el caso *in comento* la realidad es que el hijo de los demandantes murió. Sin embargo, no es menos real que estos ya nunca podrán contar con su ayuda económica para la vejez. Ambas situaciones son reales y son daños que se verifican en la esfera personal de los demandantes. Esto porque la palabra daño, en su uso general, significa perjuicio o lesión y, como es evidente, en ambos escenarios existe una lesión. De este modo, lo que se ha entendido como daño hipotético en realidad no se refiere al daño como elemento de la responsabilidad. Su supuesto de aplicación se fundamenta en que no existe una relación entre el hecho, en este caso la muerte del infante, y el daño, también en el caso el perjuicio económico en la vejez de los padres, pues este último depende de otros hechos que son ajenas al hecho dañoso. En otras palabras, no hay una relación de causalidad entre el hecho y el daño. Por lo tanto, el daño hipotético es una ficción que se refiere a la relación de causalidad.

Por otro lado, la certeza relativa del daño también se refiere a la causalidad. Ello debido a que se presenta como una solución ante una realidad indiscutible: ningún daño es enteramente cierto. Todos dependen de un número indefinido de variables para su ocurrencia. Lo que sucede es que se llamará relativamente cierto a un daño, cuando es razonable pensar que este se verificará. Es decir, en los casos en los que se puede afirmar que hay una relación entre un daño y el hecho que lo causa.

Nuevamente, el ejemplo usado en la sección anterior es ilustrativo. En el caso en el que los padres hubiesen demandado un perjuicio económico, ante la muerte de su hijo en edad económicamente activa, el daño sería relativamente cierto. Ello debido a que es razonable pensar que el hijo ayudaría económicamente a sus padres en ese escenario. Este razonamiento no se basa en que el daño sea cierto, pues nuevamente lo cierto es que el hijo ya no podrá ayudar a sus padres. Su fundamento es la relación que existe entre su muerte y la ayuda que sus padres pudieron recibir. Por lo mismo, es un problema de causalidad.

Las complicaciones expuestas ya han sido identificadas respecto de la teoría del daño cierto, sin afirmar que su uso es inadecuado. Por ejemplo, Domínguez Águila dice al respecto:

Si la certeza se refiere al daño mismo, su determinación se confunde, no en pocas situaciones, con el elemento de causalidad, porque si se aprecia la existencia de una efectiva alteración en una situación jurídica, la duda puede existir en cuanto a saber si esa alteración es efectivamente el resultado del hecho imputado al autor y, de este modo, se afirmará a veces que el daño no es cierto, aunque en realidad lo que ocurre es que es demasiado remoto. (1990, p.148)

El análisis realizado trae una consecuencia que no puede ser obviada: la certeza del daño no es la mejor aproximación para realizar la conexión entre la lesión sufrida y el hecho dañoso, ni tampoco las teorías que se han desarrollado a su alrededor. Ello debido a que la definición de daño cierto forma parte de la noción general de daño, por lo que no es necesaria para calificarlo. Asimismo, los escenarios de daño hipotético y de certeza relativa son supuestos de análisis del nexo causal. Por lo mismo, se requiere una reducción en el sistema. La discusión alrededor de la certeza del daño debería encasillarse en la del nexo causal, para de este modo realizar una calificación simple del único requisito intuitivo de la responsabilidad civil: el daño.

2. LA SOLUCIÓN A LA INCERTIDUMBRE CAUSAL DESDE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

En este capítulo se analizará la causalidad adecuada y su relación con la certeza del daño como concepto jurídico [2.1]. Ello con la finalidad de concretar el análisis realizado respecto de la certeza del daño y su eliminación en el régimen de responsabilidad. Asimismo, se hablará de las falencias de la causalidad adecuada y su reemplazo por la Responsabilidad Proporcional en el Derecho de Daños [2.2]. Finalmente, se comprobará la existencia de la Responsabilidad Proporcional en el Derecho ecuatoriano [2.3].

2.1. La Relación entre la Imputación Objetiva y la Certeza del Daño en Escenarios de Incertidumbre Causal

La teoría clásica del Derecho de Daños, que profesa la necesidad de un daño cierto, también justifica la relación causal con una lógica equivalente. Ésta consiste en que los daños deben tener algún tipo de relación lógica y directa con el acto que los causó (Velásquez Posada, 2009, p.461). De este modo, así como se afirma a rajatabla que el daño debe ser cierto, lo mismo sucede con la relación de causalidad. Como en una línea de tren, las teorías clásicas buscan llevar la causalidad del punto “A”, que es el acto, al punto “B”, que es el daño cierto. Unas más razonablemente que otras, pero todas obviando los espacios que existen entre ambos puntos. Es decir, sin solucionar el problema de la incertidumbre causal.

Con base en lo anterior, (i) se tratará la teoría de la imputación objetiva, la cual reemplazó a la de la causalidad adecuada y a la equivalencia de las condiciones, dentro del estudio de la relación causal [Supra § 1.1]. (ii) Ello con la finalidad de demostrar su conexión con el requisito de certeza del daño. (iii) Finalmente, se contrastará la imputación objetiva en escenarios de incertidumbre causal, para demostrar que su aplicación tampoco es adecuada.

La teoría de la imputación objetiva sostiene que una persona es responsable dependiendo de su posibilidad de prever el daño o de su control sobre el curso de los hechos que lo causaron [Supra § 1.1]. En este sentido, parte de la premisa de la existencia de dos causas: una física y otra jurídica. Un daño puede tener variedad de causas físicas, que son los hechos que lo

ocasionan. Sin embargo, para esta teoría, solo podrá haber una causa jurídica, la cual permite la imputación; y, por lo mismo, solo puede haber una causa física lo suficientemente relevante como para que se impute responsabilidad (Medina Alcoz, 2018, p.23). A diferencia de la equivalencia de condiciones, que permite imputar responsabilidad por cualquier hecho sin el cual el daño no habría sucedido, “lo único que importa a la teoría de la imputación objetiva es seleccionar una *condicio* jurídicamente relevante” (Medina Alcoz, 2018, p.26), para adjudicar responsabilidad.

Por ejemplo: una persona se rompe la pierna al ser atropellada en la calle, la ambulancia que le atiende tiene una demora importante y, finalmente, el doctor opera la lesión con una impericia indiscutible. Bajo la teoría de la equivalencia de condiciones, podría darse el caso que, al conductor del auto, al de la ambulancia y al doctor, se les encuentre responsables por todo el daño, pues sin alguno de sus actos y omisión, el daño no se habría producido. Por otro lado, bajo la teoría de imputación objetiva existirían tres causas físicas del daño, una por cada hecho de los implicados. Sin embargo, la causa jurídica será únicamente aquella relevante para que el daño ocurra. En este sentido, si el daño es que la pierna de la víctima nunca tendrá la misma funcionalidad, la causa jurídica de aquello sería la impericia del doctor. De este modo, será el doctor quien responda por todo el daño.

La imputación objetiva funciona únicamente si se junta con la certeza como requisito del daño indemnizable, dentro de la responsabilidad civil. Ello en virtud que, así como en la figura del daño con certeza relativa, la teoría de la imputación presume la existencia indiscutible de las causas físicas del daño, para pasar al análisis de su reproche (Medina Alcoz, 2007, pp. 250-253). En caso de que las causas físicas no puedan comprobarse, difícilmente podría hablarse de una causa jurídica. Es por ello que, así como en la certeza del daño el análisis se limita a determinar si un daño es cierto o conjetural [Supra § 1.3], la imputación objetiva se basa en la estricta realidad causal (Medina Alcoz, 2007, p.255). De este modo, el sistema clásico de responsabilidad prevé la ficción del daño cierto para afirmar que un daño es o no es y, la de la imputación objetiva para afirmar que hay o no hay causalidad, ante un daño cierto.

Ahora bien, en un sistema que solo admite que la relación causal sea o no sea, la imputación objetiva se complementó con una ficción procesal: el estándar de probabilidad preponderante. Este consiste en una presunción que dicta que, si la prueba sobre la causalidad sobrepasa cierto umbral de probabilidad de que un hecho haya sucedido, se entenderá que

existe causalidad completa y, por lo tanto, el agente dañoso será responsable por todo el daño. Al contrario, si la probabilidad es menor que el referido umbral, no existirá causalidad ni responsabilidad (Gascón Avellán, 2012, p.78). De este modo:

la utilización del estándar de prueba del 50% o más en el *common law*, o el umbral del 80% del derecho europeo, es un recurso que sirve a los jueces al momento de valorar las pruebas para considerar como cierto o probado un supuesto de hecho". (Giraldo, 2018, p.69)

Así, el daño cierto (entendido como un problema de causalidad) [Supra § 1.3] y la imputación objetiva se complementan en el análisis de la causalidad, para llegar a conclusiones que son erradas respecto de la realidad. Bajo este sistema, un daño se repara completamente o no se repara, y la causalidad existe o no existe, negando la incertidumbre. En palabras de Luis Medina Alcoz:

La marginación de la *quaestio facti* (causa física) y su radical separación de la *quaestio iuris* (causa jurídica) explican por qué la dogmática jurídica ha ayudado tradicionalmente poco a la resolución del que constituye, probablemente, uno de los problemas más relevantes del Derecho de Daños: la incertidumbre. (2018, 26) (el subrayado no forma parte del original)

Con base en lo anterior, el sistema clásico de responsabilidad civil permite la existencia de falsos positivos y negativos, que vienen dados como consecuencia de la apreciación de la causalidad mediante absolutos. Los falsos positivos son escenarios en los que una persona responde por el daño sin ser responsable o, en los que una persona que participó de forma parcial en la causación del daño lo indemniza completamente. Por otro lado, los falsos negativos son escenarios en los que una persona no responde a pesar de ser responsable o, en los que una persona que participó parcialmente en el acaecimiento del daño no lo indemniza (Medina Alcoz, 2018)

Por ejemplo, el Consejo de Estado de Colombia incurrió en un supuesto de falso positivo, en la sentencia de 26 de abril de 1999, que se dictó dentro del expediente número 10755. Ésta resolvió el reclamo que realizó la familia de un paciente médico que había muerto, como consecuencia del tratamiento que recibió de su doctor. La parte actora argumentó que el daño sufrido por el enfermo fue que ya no podría curarse y sobrevivir. A esto, el fallo condenó al Demandado a resarcir todos los perjuicios sufridos por los demandantes por la

muerte del paciente. De este modo, el Consejo de Estado asumió como absoluta la relación de causalidad entre el daño y el hecho; y, también la posibilidad de curarse como un daño cierto. Esto a pesar de que el acto del doctor no es el único que formó parte de la relación de causalidad, sino que es claro que la enfermedad previa del paciente jugó un rol importante en su muerte; y, que el hecho de no haberse curado podría no tener una relación directa e indiscutible con el acto del médico que fue no informar al paciente de los riesgos de la cirugía. En este sentido, se tomó como absolutamente indemnizable una situación que depende de más variables que un nexo de causalidad completamente recto entre los puntos “A” (el acto) y “B” (el daño).

También existe un ejemplo de falso positivo en la legislación ecuatoriana. Este es el caso Eva Cedeño viuda de Alava contra Constructora Santos, que se resolvió mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de enero de 1983. En este caso, la Constructora no había puesto una malla de seguridad para los escombros alrededor de un proyecto de construcción que estaba realizando. Un día, un martillo cayó a un lado del edificio, golpeando a una mujer que caminaba por la acera. La mujer murió. Su madre demandó a la constructora alegando que existió un perjuicio económico: un lucro cesante que consistía en todo el dinero que su hija hubiera podido producir en su vida laboral. A esto, la Corte consideró que existía un daño cierto y una causalidad absoluta entre la muerte y el hecho que la víctima habría ganado dinero por toda su vida productiva. De este modo, indemnizó con el equivalente al salario básico de la época, multiplicado por el tiempo que le faltaba a la víctima para jubilarse.

En este caso, se trató con causalidad absoluta a un escenario que depende de factores distintos al hecho dañoso y, lo mismo sucedió con el daño. Es claro que en un país como el Ecuador, que tiene un índice de desempleo alto, no se puede afirmar que una persona habría estado empleada toda su vida. Asimismo, tampoco se puede afirmar que ganaría al menos el salario básico, con los índices de subempleo que tiene el país. De este modo, se mostró como directa y relevante una causa física que no tiene al daño completo como su consecuencia. Es decir, existió un falso positivo.

En palabras del ya citado maestro Luis Medina Alcoz, los falsos positivos y negativos se dan pues:

El sistema tradicional traslada todo el peso de toda la incertidumbre a una de las partes [...]. Desarrolla un sistema binario (la causalidad *es o no es*) a partir del umbral

de probabilidad (intermedio, suave o riguroso) [...]. [Finalmente,] Conduce a declarar que el daño deriva bien del hecho ilícito, lo que implica afirmar la responsabilidad total, bien de cualesquiera otras circunstancias, conocidas o desconocidas, con la consiguiente exoneración total (Medina Alcoz, 2018, p.49).

De este modo, la certeza del daño tiene una relación directa con la imputación objetiva como teoría causal. Asimismo, la imputación objetiva se basa en un sistema que solo permite afirmarla o negarla. En este sentido, su aplicación en escenarios en los que existe algún tipo de incertidumbre permite que existan falsos positivos y negativos. En este sentido, el fundamento de la causalidad no es adecuado. Ello en virtud que solo da soluciones de si o no al número indeterminado de variables que pueden presentarse en la vida diaria, donde no más de una tiene un componente de incertidumbre.

2.2. La Adjudicación de Responsabilidad desde la Responsabilidad Proporcional

La Responsabilidad Proporcional se presenta como una solución a la incertidumbre causal, frente a un sistema que solo acepta absolutos². Esta consiste en una forma de imputación de la causalidad que no necesita de la relación directa entre “A” y “B”, sino que permite que exista responsabilidad aún en los puntos medios entre ambos. Para ello, se fundamenta en un criterio de proporcionalidad. Este, en resumidas cuentas, se basa en la participación que tuvo el agente dañoso en la ocurrencia del daño. En este sentido, se refiere a un análisis del porcentaje que representó el acto del agente dañoso en el resultado. En consecuencia, el agente dañoso reparará en proporción a su participación en el daño (Medina Alcoz, 2018).

La aplicación del régimen de Responsabilidad Proporcional por sobre la imputación jurídica y la ficción de la certeza del daño está justificada. (i) Ello debido a que resuelve los escenarios de incertidumbre, en los que la aplicación de la teoría clásica trae errores evidentes. (ii) Asimismo, permite una distribución equitativa del daño entre los involucrados, por lo que su consecuencia es que las personas tomen las precauciones necesarias para evitar causarlo. (iii) Finalmente, es un régimen que recoge también los escenarios en los que hay certeza respecto del daño y su relación causal, por lo que no se contraponen a la teoría clásica, sino que la amplía y reestructura.

² En la doctrina comparada, este tema se ha discutido ampliamente en el Reino de España. El doctrinario que más lo ha tratado es Luis Medina Alcoz, en sus obras: *La teoría de la pérdida de oportunidad* y *La Responsabilidad Proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Asimismo, sentencias del Tribunal Supremo Español, tales como la 1096-2018, han aceptado esta forma de imputación causal en casos concretos.

En primer lugar, la Responsabilidad Proporcional resuelve los escenarios en los que existe incertidumbre causal. Esta

rechaza la lógica binaria (es o no es) y, con ello, la aplicación del umbral de certidumbre [...]. [t]oma en consideración que el daño pudo derivar del hecho ilícito, sin despreciar la posibilidad que sea consecuencia de otros factores (Medina Alcoz, 2018, p.49) (el subrayado no forma parte del original).

La Responsabilidad Proporcional acepta la incertidumbre. De este modo, tiene un acercamiento más próximo a la realidad y su indiscutible complejidad, a diferencia de la teoría clásica, que se basa en absolutos que podrían no compaginar con ella. Por ejemplo, en el caso del paciente que recibió el pago total por su enfermedad, ante la falta de consentimiento informado [Supra § 2.1], la Responsabilidad Proporcional habría permitido que se pruebe el porcentaje de participación del doctor en el daño. En consecuencia, la indemnización del 100%, que no correspondía completamente al médico, pudo ser de 60%, 70%, 80% o incluso 90%, dependiendo de cómo se haya presentado el caso.

En segundo lugar, “la responsabilidad proporcional responde a una lógica de dispersión o distribución de errores” (Medina Alcoz, 2018, p.63), que permite que no sea solo una u otra parte la que asuma el daño, en caso de incertidumbre. Esto en contradicción a la teoría de la imputación objetiva, que en todos los casos distribuye el riesgo al agente dañoso, si es responsable; o, a la víctima, si no se declara la responsabilidad [Supra § 2.1]. Por lo tanto, la proporcionalidad se presenta como una solución equitativa, que permite una distribución más adecuada de los infortunios.

Por ejemplo, en el caso de la mujer que murió por un martillo que cayó de una construcción [Supra § 2.1], el infortunio se hubiera distribuido de manera más equitativa si no se hubiera asumido que la víctima tendría un ingreso mínimo aparentemente cierto. Ello debido a que dicho ingreso depende de un número indeterminado de variables. Lo más equitativo en ese caso habría sido determinar la probabilidad de que la víctima consiga al menos el salario básico durante su etapa productiva, e indemnizar con base en aquello. Es decir, determinar el porcentaje de la participación de la caída del martillo en el daño patrimonial que implica ya no recibir alguna remuneración en el futuro.

Lo anterior tiene una consecuencia determinante de la finalidad del Derecho de Daños. Este existe para indemnizar daños que una persona ha irrogado a otra. Sin embargo, tiene también

un componente disuasivo que busca que la gente evite causar daños, para que así su aplicación sea marginal. La teoría de la imputación objetiva puede no cumplir la referida finalidad. Ello con base en el análisis económico del Derecho, que dicta que ante la afirmación absoluta de que la causalidad es o no es se generaría un desincentivo para que las personas tomen las medidas necesarias para evitar causar daños; o, en el otro extremo, se crearían escenarios en los que algunas personas tomen medidas excesivas para evitar los daños, volviéndose una matriz ineficiente.

En palabras de Luis Medina Alcoz:

Si la causalidad *es*, pero no se demuestra, el operador no internalizará las consecuencias negativas de su comportamiento ineficiente, por lo que estará incentivado a adoptar menos cautelas que las necesarias, con el consiguiente incremento del coste social (aumentarán previsiblemente los daños derivados de accidentes); y si la causalidad *no es*, pero se tiene por cierta, incurrirá en responsabilidad, por lo que estará incentivado a adoptar más cautelas de las necesarias, con el consecuente incremento del coste social (aumento previsible de los gastos en evitación de accidentes). (2018, p.77)

Por ejemplo, si un productor de medicamentos llega a determinar que su medicina tiene una participación del 5% en la generación de una enfermedad degenerativa, que se contrae por su mezcla con otras medicinas, seguramente verá como ineficiente corregir los efectos de dicha medicación o, incluso, sacarla del mercado. Ello debido a que, si se busca imputar su responsabilidad bajo la teoría de imputación objetiva, no existirá una relación causal entre el acto y el daño. Por lo mismo, no habrá incentivo para dejar de causar el daño. Es por ello que como se explicará en la sección siguiente, las reglas del Derecho de Competencia, que harían responsable a la farmacéutica, son una comprobación de que la Responsabilidad Proporcional se encuentra tipificada en el Ordenamiento Jurídico [Infra § 2.3].

En el otro extremo, si a un médico se le hace responsable de todos los efectos que traiga un tratamiento en el que no ha habido consentimiento informado del paciente [Supra § 2.1], a pesar de que algunos de ellos son atribuibles a la enfermedad en sí misma, necesariamente empezará a tomar mayores precauciones que las que su profesión le exige. Por ejemplo, demorará intervenciones o se negará a tratar a pacientes que no tengan la posibilidad de dar su completo consentimiento al momento en el que necesitan atención, volviendo su servicio ineficiente.

Lo anterior no sucede con la Responsabilidad Proporcional. Esta permite que la finalidad disuasiva del Derecho de Daños tenga una aplicación real. Ello debido a que acepta la existencia de la incertidumbre causal y tiene como postulado que la participación en el daño también se indemniza. De este modo, la farmacéutica que conoce que tiene el 5% de responsabilidad sobre el nacimiento de una enfermedad corregirá sus actos, pues conoce que puede ser condenada a reparar su parte del daño. Por otro lado, el doctor que debe procurar que exista consentimiento informado no volverá ineficiente su atención, pues conoce que su responsabilidad respecto del resultado final no es completa y, por lo tanto, tampoco su deber indemnizatorio. Esta posibilidad de previsión permite que la matriz económica de la prevención de daños sea eficiente. Ello debido a que todos los potenciales agentes dañosos adoptarían el nivel óptimo de cuidado (Posner, 1998), por lo que aumentaría la precaución para evitar que se causen daños.

Nuevamente Luis Medina Alcoz sintetiza lo expuesto de la siguiente manera:

“cabe concluir que la responsabilidad proporcional responde a la identidad de valor de las partes implicadas incluso con más precisión que la responsabilidad (o exoneración) plena basada en el umbral de la probabilidad preponderante; (i) reparte equitativamente los errores entre las partes; (ii) evita injusticias conmutativas que el sistema binario es incapaz de remediar simultáneamente al equidistribuir el coste de la incertidumbre causal entre la víctima y el posible agente dañoso; y (iii), posiblemente, sería la opción que una y otro elegirían si hubieran de optar *ex ante* a partir de una situación simétrica de igualdad por un sistema de imputación causal”. (2018, p.72)

En tercer y último lugar, la Responsabilidad Proporcional no se contrapone al sistema de imputación objetiva del daño. En la legislación comparada, esta ha sido aceptada como un régimen excepcional, que se aplica ante la incertidumbre causal y que convive con paralelamente con la imputación objetiva. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en sentencia 249/2012 de 16 de enero de 2012 dijo:

“existe una evidente incertidumbre causal (...), en base a lo cual, y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar el daño”.

Lo anterior se fundamenta en el hecho que la Responsabilidad Proporcional se desarrolló para solucionar un tema en el que la imputación objetiva no presenta soluciones convincentes: la incertidumbre causal. Por lo mismo, como afirma el maestro Medina Alcoz, no la niega, sino que la complementa, para permitir ampliar el régimen de indemnización de daños (2018).

A pesar de que la consideración anterior parece razonable, el régimen de Responsabilidad Proporcional no necesita de la imputación objetiva. Ello debido a que, en los casos en los que la imputación causal sea 0% no habrá responsabilidad y, cuando sea 100%, la responsabilidad será completa. Estos escenarios son los únicos que compaginan con la causalidad absoluta que es o no es. Todo margen de imputación causal entre ambos estándares tiene algún grado de incertidumbre y debe tratarse como tal. Es por ello que, a este punto, el análisis del profesor Medina Alcoz no parece adecuado en su conclusión pues afirma que ambos sistemas de imputación existen paralelamente (2018). Ello a pesar de que uno de ellos todavía se basa en absolutos; y, funda estos absolutos en ficciones que permiten que la incertidumbre, aunque en ciertos casos mínima, no sea aceptada.

La afirmación que la Responsabilidad Proporcional subsiste paralelamente con la imputación objetiva recae nuevamente en una aplicación poco clara de la causalidad en la que, sin ningún tipo de estándar, se aplicaría la teoría clásica cuando haya apariencia de certidumbre o de inexistencia de causalidad; y, solo en otros casos en los que parezca que hay incertidumbre, se aplicaría la Responsabilidad Proporcional. En este sentido, esta postura resuelve únicamente unos escenarios de incertidumbre causal, pero sigue tratando otros como si esta no existiese.

Por ejemplo, una persona tiene el 0.1% de probabilidad de ganar mil millones de dólares y perdió esa oportunidad. Bajo la tesis que afirma que la Responsabilidad Proporcional es un régimen paralelo a la imputación objetiva, este caso no permitiría el uso de la proporcionalidad causal, a pesar de que existe un margen de incertidumbre. Ello debido a que el 0,1% de posibilidades muy cercano al 0% de completa certeza. Esto a pesar de que el daño cuantificado en dinero sería, en el caso presentado, de nada más y nada menos que un millón de dólares y debería indemnizarse bajo la tesis de la Responsabilidad Proporcional³.

³ Como acote a un tema importante pero ajeno al análisis: Afirmar que todo daño debe ser indemnizado no tiene como consecuencia directa que se abarrote del sistema judicial con demandas, a pesar de que esa parecería ser una consideración válida al momento de aplicar la política legislativa de un Estado. A pesar de que bajo la

En casos en los que existió una probabilidad, el hecho que esta se haya perdido es la participación del agente dañoso en el daño y, el incierto de si esta probabilidad se materializaría, es riesgo asumido por la víctima (Medina Alcoz, 2018).

De este modo, la simplificación del régimen de causalidad implica que la Responsabilidad Proporcional sea la justificación del requisito de nexo de causalidad para imputar responsabilidad. Esto implica aceptar que aquella debe ser la única forma de imputación causal, para evitar las contradicciones que se presentan si se le acepta como una regla excepcional y paralela a la imputación objetiva. Más aún que, bajo la Responsabilidad Proporcional hay escenarios en los que existen absolutos, sin que estos absorban a los de incertidumbre.

En conclusión, la Responsabilidad Proporcional resuelve los problemas que presenta la incertidumbre causal en la imputación de responsabilidad. Ello debido a que acepta la indemnización del daño dependiendo de la participación del agente dañoso. En este sentido, permite la eliminación de los falsos positivos y negativos que aquejan a la teoría de la imputación objetiva. Asimismo, causa que los agentes tomen las precauciones necesarias para evitar causar daños, por lo que permite cumplir la finalidad disuasiva del Derecho de Daños de manera más eficiente. Finalmente, su aplicación no contradice a la teoría de la imputación objetiva. La jurisprudencia comparada ha tratado la Responsabilidad Proporcional como una regla paralela a la imputación objetiva. Sin embargo, la apreciación que parece más adecuada es que la Responsabilidad Proporcional se debería utilizar como única explicación de la causalidad. Ello debido a que su amplitud abraza también los postulados de la imputación objetiva, únicamente en dos escenarios: (i) cuando existe un 0%; y, (ii) cuando existe un 100% de participación en el daño.

2.3. Comprobación de la Existencia de la Responsabilidad Proporcional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

Todas las ficciones construidas alrededor del concepto de daño [Supra § 1], de la relación de causalidad [Supra § 2.1], e incluso los requisitos para que exista responsabilidad civil,

Responsabilidad Proporcional todos los daños se indemnicen, eso no quiere decir que su reparación vaya a demandarse judicialmente. Un daño que económicamente no representa un beneficio suficiente para que la víctima inicie una acción judicial no formará parte de las causas que deben sustanciar los jueces. Al respecto, Luis Medina Alcoz afirma: ““No hay estudios empíricos que vinculen la aplicación de la Responsabilidad Proporcional con un incremento de la litigiosidad. Hay un interesante análisis de este tipo que asocia la creciente conflictividad en el ámbito sanitario, no con la regla de la Responsabilidad Proporcional, sino con la ausencia de criterios claros en torno a su fundamento y alcance en la jurisprudencia española” (2018, p. 83)

tienen su asidero en dos artículos del Título XXXIII, dentro del Libro IV del Código Civil, que se refiere a los delitos y cuasidelitos. El artículo 2214, que expresamente manda que: “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”; y, el artículo 2229, que prescribe: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta” El sistema clásico de responsabilidad se armó con base en las referidas normas, mediante inferencias que van más allá del texto de la ley, pero que buscan dotarla de sentido. Así, se probará la existencia de la Responsabilidad Proporcional con base en las mismas disposiciones.

En primer lugar, la existencia de un daño está prevista en los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. De estas disposiciones se infiere la necesidad de que el daño sea cierto. Ello a pesar de que la certeza del daño se confunde con los postulados de la causalidad y, como se dijo, su desarrollo no es adecuado [Supra § 1.3]. En este sentido, si de esta norma se infiere la ficción de la certeza del daño, más aún se puede hablar de la tipificación del requisito del daño, que no necesita algún tipo de inferencia del texto de la ley. La responsabilidad necesita un daño para ser adjudicada. El daño debe ser una merma o perjuicio que se verifique de manera lógica y con uso del sentido común, sin la existencia de requisitos ulteriores para su calificación. Por lo tanto, tan daño es el que sufren los padres por los gastos que generó la muerte de un hijo, como el que se verifica pues este hijo nunca podrá ayudar económicamente a sus padres en la vejez [Supra § 1.3].

En segundo lugar, la relación de causalidad es un requisito fundamental para la existencia de responsabilidad. El artículo 2214 del Código Civil expresamente prevé este requisito en cuanto dice: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro”, es decir, siempre que exista una relación entre el acto y el daño, el agente “está obligado a la indemnización”. De este modo, la causalidad está tipificada como requisito de la responsabilidad civil. Ahora bien, la forma en la que se explica esta relación entre el daño y el hecho depende de las múltiples doctrinas que se han utilizado a lo largo del tiempo para justificarla: iniciando en la *condicio sine qua non*, la causalidad próxima, la adecuada y la imputación objetiva. Todas estas teorías se infirieron de la norma, y lo mismo sucede con la Responsabilidad Proporcional. Esta es una explicación más de lo que debe entenderse como relación de causalidad, la cual tiene más practicidad que sus antecesoras y, se puede aceptar con la misma facilidad con la que la aplicación del Derecho de Daños ha mudado de las posturas anteriores, por la que en ese momento parecía más acercada a la realidad.

Únicamente con base en lo anterior, ya existe una comprobación suficiente de que se puede explicar la relación de causalidad desde la Responsabilidad Proporcional, con base en las disposiciones del Código Civil; y, por lo tanto, esta sería aplicable en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano. Sin embargo, esta afirmación también encuentra sustento en otros escenarios de aplicación del Ordenamiento Jurídico, que aceptan a la incertidumbre como parte de las consideraciones que deben hacerse al momento de hablar de responsabilidad y, anticipan el uso de la Responsabilidad Proporcional como su solución. Estos escenarios son: (i) la solidaridad; (ii) la culpa de la víctima; y, (iii) la responsabilidad en el Derecho de Competencia.

En primer lugar, la solidaridad en la responsabilidad civil extracontractual está prevista en el artículo 2217 del Código Civil. Este prescribe: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”. La solidaridad tiene dos efectos: el primero es que la víctima puede reclamar la totalidad del daño a cualquiera de los deudores solidarios; el segundo es que el deudor solidario que paga por el daño se subroga en la posición de la víctima para cobrar al resto de agentes dañosos su participación en el daño. En este segundo efecto se aprecia que el legislador aplica la Responsabilidad Proporcional pues, al momento en el que el deudor requiera al resto de agentes dañosos para que le restituyan lo pagado, estos deberán determinar cuál fue su participación en el daño, para así realizar el pago. Si no se puede determinar su participación, la ley presume que participaron en partes iguales. En otras palabras, responden proporcionalmente a su participación en el daño, que es la regla primigenia en la Responsabilidad Proporcional.

Lo anterior es ratificado por Luis Medina Alcoz, que dice:

“La solidaridad es un modo de afrontar el riesgo de impago de las obligaciones resultantes de la regla de la responsabilidad proporcional. Si el legislador optase por afrontar la incertidumbre a través del sistema binario tradicional, rechazaría toda responsabilidad o afirmaría la de un solo sujeto, por lo que no tendría siquiera necesidad de elegir entre la mancomunidad y la solidaridad”. (2018, p,111).

En segundo lugar, la Responsabilidad Proporcional está prevista para los casos en los que existe concurrencia de causas. Es decir, cuando más de un acto sirvió a que el daño se verifique. Para aquello, el legislador pone el ejemplo más común de este tipo de escenarios: la culpa de la víctima. El artículo 2230 del Código Civil manda que: “La apreciación del

daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En otras palabras, afirma que si el daño sucede por dos hechos: uno atribuible al agente dañoso y otro a la víctima, cada uno de ellos asumirá proporcionalmente su participación en el daño. Es por esto que, en caso de que se busque imputar la totalidad del daño al agente dañoso, este puede excepcionarse alegando que un acto de la víctima también sirvió para que el daño suceda, por lo que es responsable proporcionalmente de su participación en el mismo. Cabe señalar que la culpa de la víctima es el ejemplo más didáctico con el que el legislador impone esta regla. Sin embargo, no existe razón dentro del ordenamiento para entender que esta se aplica únicamente en ese escenario, y no en todos aquellos en los que existe concurrencia de causas. Es decir, en los escenarios en los que hay incertidumbre causal.

Finalmente, normas que han sido promulgadas en los últimos años también guardan relación con la Responsabilidad Proporcional y la aceptan. Un claro ejemplo de aquello son las reglas sobre el Derecho de Competencia, tipificadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Por ejemplo, su artículo 80 expresamente prevé que uno de los criterios para determinar las sanciones a los operadores en el mercado, por una violación al Derecho de Competencia, es: “la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables”. Es decir, la norma prevé que existen escenarios en los que cada uno de los operadores responderá proporcionalmente a su presencia en el mercado, aceptando la Responsabilidad Proporcional como forma de imputación causal.

Por lo expuesto, la Responsabilidad Proporcional es compatible con el ordenamiento ecuatoriano; y, se infiere de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Asimismo, la es la regla en otros escenarios que demuestran su aplicación. Las disposiciones de la solidaridad y culpa de la víctima dentro del Código Civil prevén la imputación causal en proporción a la participación del agente dañoso en el daño. Lo mismo sucede con las reglas para determinar la sanción por violación a una norma de Derecho de Competencia. De este modo, el régimen ecuatoriano acepta la Responsabilidad Proporcional, por lo que esta debería ser la regla de imputación causal para que se adjudique responsabilidad civil.

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD A PARTIR DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

En este capítulo se aterrizará el análisis realizado sobre la aplicación de la Responsabilidad Proporcional al escenario que guarda más relación con el mito de la certeza del daño y la solución a la incertidumbre causal: la Pérdida de Oportunidad. De este modo, se definirá la Pérdida de Oportunidad y se desarrollará su fundamento desde la certeza del daño [3.1]. Posteriormente, se enunciarán las falencias que presenta dicho sustento [3.2]. Finalmente, se presentará a la Pérdida de Oportunidad como una ficción innecesaria, que está recogida por el régimen de Responsabilidad Proporcional, aplicable al régimen ecuatoriano [3.3].

3.1. El Postulado Clásico de la Pérdida de Oportunidad

Existen escenarios en los que una persona ve mermada la posibilidad de un suceso futuro que le habría sido favorable, como consecuencia del actuar de otra. Tal es el caso de la Pérdida de Oportunidad o de Chance (Tapia, 2011, p. 645). Esta puede ser de dos tipos: que algo beneficioso suceda o que algo malo no suceda (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 5 de abril de 2017 en expediente 42.803). Con base en esta, el agente dañoso está obligado a reparar la oportunidad que se perdió por su actuar. Ello debido a que ésta dejó de existir, como consecuencia del acto que le es imputable (Giraldo, 2018, p.15).

Lo anterior se ilustra con un ejemplo: Hay un vaquero en las llanuras que tiene como una de sus metas que uno de sus equinos llegue a correr la carrera más importante del hipódromo de su ciudad. Para lograrlo, prepara durante meses a su caballo “Rayo”, quien luego de haber sido atendido y monitoreado por veterinarios se encuentra listo para el reto. Así, el último sábado del año, cuando se corre el gran premio, el vaquero sube a “Rayo” a su camión y se dirige al hipódromo. Antes de llegar, un residente de la ciudad colisiona al camión con su auto. Como consecuencia del accidente, la pierna del caballo se rompe, por lo que ya no puede correr. Ante ello, a pesar de que el resultado de la carrera, si el caballo hubiera participado, es incierto; no parece justo (Tapia, 2011) que los esfuerzos realizados por el vaquero se resuman únicamente a los daños aparentes: su camión y el caballo; y, no se

reconozca que existió la posibilidad que ganase la carrera.⁴ Con base en esta realidad se desarrolló la teoría de la Pérdida de Oportunidad.

El sustento clásico de la Pérdida de Oportunidad se centra en el estudio del daño (Giraldo, 2018), que a su vez es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual (Zannoni, 1982, p.1). Así, se ha entendido que la merma de una oportunidad implica un daño en sí misma y, por lo tanto, debe ser resarcida (Larroumet, 1999, p.85). Esta conclusión viene dada desde: (i) un ajuste al requisito de certeza del daño; (ii) la reafirmación de la causalidad por imputación objetiva; y, (iii) el desarrollo de un estándar para su aplicación.

En primer lugar, bajo la postura clásica del Derecho de Daños, para que un daño se indemnice debe ser cierto o real (Velásquez Posada, 2009, p.233). Es decir, no puede basarse en meras conjeturas ni escenarios hipotéticos (Zannoni, 1982, p.24) [Supra § 1.2]. En este sentido, el daño por Pérdida de Oportunidad debe cumplir también este requisito (Giraldo, 2018).

La certeza en la figura de la Pérdida de Oportunidad presenta más de un problema. La oportunidad se basa en la posibilidad que algo suceda o no. En este sentido, en principio, es incierta en sí misma. Ello debido a que, de existir algún tipo de seguridad que el resultado final sucedería, dejaría de ser una oportunidad. Con base en aquello, su sustento como daño cierto parece ser un contrasentido. Ante este acercamiento al tema, y de manera acertada, Luis Giraldo Gómez afirma que para analizar el fundamento de la Pérdida de Oportunidad: “Es preciso preguntarse *si es posible considerar[la] (...) como un daño cierto, a pesar de estar fundad[a] sobre unas expectativas que no se sabe si llegarán a materializarse*” (2018, pp. 61 y 62).

La tesis que usa la postura clásica para resolver la interrogante planteada es afirmar que la oportunidad perdida es el daño en sí misma. A motivos de la reparación por Pérdida de Oportunidad se debe entender que lo real es que antes del acaecimiento del hecho dañoso existía la posibilidad de que algo ocurra; y, luego de verificado el daño, ésta dejó de existir. Es decir, la oportunidad es real y existe. Por lo tanto, ante un escenario en el que ésta se pulveriza, se debe entender que hubo una merma a la esfera patrimonial de la víctima, por ser un daño con certeza suficiente (Mayo, 1998, p.207). Así las cosas, la indemnización

⁴ Este mismo ejemplo es dado generalmente para entender el fundamento fáctico de la Pérdida de Oportunidad. Mauricio Tapia Rodríguez lo trata como: “el transportista que lesiona al caballo antes de la carrera” en su trabajo: “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”. Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Viña del Mar, 2011. Santiago de Chile: Thompson Reuters, pp. 645-674.

procede en casos de Pérdida de Oportunidad pues, como con el caballo “Rayo”, “(...) a pesar que no se sabe si el caballo ganaría la carrera (...), lo cierto es que esa chance existía y, si se pierde, existe un perjuicio que no es hipotético” (Giraldo, 2018, p.62).

En concordancia con lo anterior, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia número 967 de 23 de octubre de 2008, afirmó que:

“También es cierto que la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Hay certidumbre del perjuicio que supone la oportunidad misma perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor certidumbre de probabilidad de éxito de la expectativa”.

Ahora bien, a pesar de que conceptualmente todas las oportunidades estarían dotadas de certeza suficiente como para ser indemnizadas, pues son un daño en sí mismas, la tesis clásica modula el contenido de la certeza para aplicarla a la Pérdida de Oportunidad. Ello para evitar que se indemnicen daños hipotéticos. En este sentido, para que se entienda que existió una oportunidad perdida, así como en el daño cierto, esta no debe estar basada en expectativas generales ni meras conjeturas. Al respecto también se pronunció el Tribunal Supremo de España, en sentencia número 177/2016 de 25 de mayo de 2016. En ésta dijo que: “[l]a doctrina de la Pérdida de Oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética”.

Por ejemplo, en el escenario en el que “Rayo” nunca estuvo destinado a ser corredor, sino que se usó para recorrer los cultivos de su dueño, afirmar que su pata rota implicó perder la oportunidad de correr en el hipódromo cae en el campo de las expectativas generales (que un caballo corra y no que ese caballo corra); y, por lo tanto, es una conjetura que no permitiría indemnización alguna. Así mismo, si un paciente con una enfermedad terminal, que no tiene casos de recuperación desde su descubrimiento, afirma haber perdido la oportunidad de recuperarse completamente como consecuencia de la negligencia de su médico, sería un escenario de una oportunidad que no cumple el estándar de certeza, por basarse en supuestos que nunca pudieron suceder, aún sin la ocurrencia del hecho dañoso.

Por otro lado, una precisión que es importante al analizar a la oportunidad como un daño cierto es que conceptualmente no toma en cuenta el resultado final, que es incierto, sino únicamente a la oportunidad (Giraldo, 2018, p.42). Ello debido a que, “[c]omo la pérdida de una chance implica siempre la existencia de un álea, pues la posibilidad de lograrse, por el

damnificado, el beneficio que esperaba obtener era ya de por sí algo fortuito o azaroso” (Trigo, 2008, p. 28). Asimismo, “[c]uando se habla de eventos fortuitos, se hace generalmente referencia a situaciones que dependen del azar” (Giraldo, 2018, p. 82). Por lo tanto, el daño que es cierto en los escenarios de Pérdida de Oportunidad es que ésta se mermó en sí misma, sin atender al resultado que se pudo evitar o que pudo ser beneficioso.

Lo anterior implica que conceptualmente el daño por Pérdida de Oportunidad no se indemniza con atención al resultado final que se pudo evitar, o que pudo suceder a favor de la víctima. Nuevamente, lo que se debe tener en cuenta para reparar es la oportunidad en sí misma. En palabras de Larroumet: “únicamente la pérdida de oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca debe dar lugar a la reparación y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo” (1999, p.85).

Por lo tanto, la postura clásica del Derecho de Daños justifica el daño por Pérdida de Oportunidad desde el requisito de certeza del daño. Ésta asume que la oportunidad de que algo suceda o de que algo se pueda evitar son daños en sí mismos. En consecuencia, al dejar de existir la oportunidad dentro de la esfera de la víctima, ésta debe ser indemnizada pues existe un daño cierto.

En segundo lugar, la teoría de la Pérdida de Oportunidad reafirma la imputación objetiva como fundamento del nexo de causalidad. Es decir, acepta que debe existir una relación causal directa entre la oportunidad como daño cierto y el hecho dañoso (Giraldo, 2018, p.77). Así, la persona que tenía control o podía evitar el curso causal, será responsable por la oportunidad perdida [Supra § 1.1]. Por lo tanto, la teoría de la Pérdida de Oportunidad acepta la relación de causalidad adecuada entre el acto y la oportunidad. El resultado final que pudo beneficiar a la víctima no forma parte de los postulados de la causalidad, sino que se califica desde el daño.

Finalmente, todo lo expuesto permite generar un estándar para la aplicación de la Pérdida de Oportunidad. Este es: (i) que no exista certeza respecto del resultado esperado; (ii) que exista una oportunidad; y, (iii) que haya certeza de la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 5 de abril de 2017, en expediente

25.706)⁵. Cuando se cumplan estos requisitos, habrá la posibilidad de indemnizar un daño por Pérdida de Oportunidad, dentro de la postura clásica del Derecho de Daños.

3.2. Problemas Prácticos de la Pérdida de Oportunidad como Daño Cierto

El sustento de la Pérdida de Oportunidad desde la postura clásica del Derecho de Daños, al igual que la certeza del daño y la imputación objetiva como fundamento de la causalidad, tiene errores dentro de sus postulados. A fin de cuentas, la oportunidad perdida es una ficción que se creó para reparar un escenario no previsto por el sistema clásico de la reparación de daños, procurando realizar el menor número de cambios a sus postulados. De este modo, (i) se habla de un daño cierto que en todos los escenarios es aleatorio, por lo que el postulado de la certeza de la oportunidad es contradictorio. (ii) Asimismo, se afirma que lo único importante es la oportunidad y no el resultado, cuando una depende de la otra. (iii) Finalmente, se utiliza sin sustento un sistema de imputación causal que no resuelve la incertidumbre que genera la Pérdida de Oportunidad, sino que solo se sostiene mientras la ficción del daño cierto se mantenga incólume.

En primer lugar, el postulado de la certeza del daño por Pérdida de Oportunidad es contradictorio. La oportunidad se indemniza por ser cierta en su existencia [Supra § 3.1], a pesar de que esta siempre depende del azar, por lo que también es incierta. El postulado de la certeza del daño en la oportunidad perdida tiene una contradicción en su contenido. Afirma que un incierto (la oportunidad) debe ser cierto para poder indemnizarse, por lo que cae en una comprobación lógicamente imposible. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Más aún, no existe un estándar para determinar cuándo una oportunidad es cierta o eventual. En palabras de Moisset de Espanés y Márquez:

“Si bien hay acuerdo en considerar como imprescindible que la chance se presente como suficientemente probable, no se ha establecido cánones fijos a fin de determinar cuándo dicha oportunidad tendrá una probabilidad suficiente o cuándo se presentará como una mera posibilidad”. (2009, p. 167)

⁵ El estándar utilizado en el *common law* guarda una lógica comparable al expuesto. La Corte de Apelaciones de Reino Unido, en el caso *Allied Mapples Group v Simmons & Simmons* dijo que los requisitos son: (i) buscarse un resultado frustrado por el daño y (ii) probarse que en el balance de probabilidades había una alta probabilidad que exista el balance deseado. Claro está, para la Corte la chance debe estar más cerca de la certeza y no evitar que el daño caiga en lo conjetural, como es el estándar en el Derecho continental.

Ante esta falta de certeza sobre la aplicación de la ficción de la Pérdida de Oportunidad, su fundamento se vuelve aún más confuso. Ello debido a que se fundamenta en una contradicción lógica, la cual no tiene algún tipo de estándar de aplicación práctica.

En segundo lugar, el análisis de la Pérdida de Oportunidad afirma que el hito relevante para adjudicar responsabilidad civil es la oportunidad en sí misma y, en ningún caso, el resultado esperado por esa oportunidad [Supra § 3.1]. Sin embargo, al momento de cuantificar el daño, que es la mayor aplicación práctica del concepto, afirma que debe verse el resultado final para poder determinar el *quantum* indemnizatorio. De este modo, los postulados teóricos de la Pérdida de Oportunidad son obviados en su aplicación práctica, por no tener un sustento pragmático, pues la forma de determinar el perjuicio sufrido es teniendo como referencia el escenario favorable que se perdió como consecuencia del hecho dañoso.

Respecto de la forma de cuantificar la indemnización por Pérdida de Oportunidad, Velásquez Posada afirma que:

“debe acudirse a la equidad, considerando las posibilidades que tenía de gozar el premio la persona que se ha visto privada de esa oportunidad. Si el juez concluye, por ejemplo, que las posibilidades eran de casi el 100 por ciento, entonces la indemnización será total; en cambio, si las posibilidades de éxito del actor eran del 60 por ciento la indemnización será en dicha proporción” (2009, p.237)

De este modo, si bien la Pérdida de Oportunidad afirma que lo que se indemniza es la oportunidad, por ser cierta, y en ningún caso se podrá tomar el resultado final como parte del análisis, pues es incierto, aquello no sucede al indemnizarla. De este modo, sus postulados teóricos no guardan relación con su aplicación práctica, por lo que la complican.

Finalmente, el planteamiento de la oportunidad desde la teoría clásica de la responsabilidad asume el uso de la imputación objetiva dentro de la relación de causalidad. Ello debido a que, si se justifica la oportunidad desde la teoría del daño, la consecuencia directa es que se aplique el fundamento generalmente utilizado para justificar el nexo causal. Si la Pérdida de Oportunidad es un daño cierto, entonces se puede generar una conexión causal que permita determinar el acto relevante para el daño, de todas las causas físicas que lo provocaron. En consecuencia, la ficción de la oportunidad perdida trae consigo la posibilidad de trazar una relación directa entre “A” (el hecho) y “B” (el daño), siempre que el daño sea la oportunidad y no el resultado final.

A pesar de lo anterior, y como sucedió con la certeza del daño [Supra § 1.3], la Pérdida de Oportunidad es un tema que lejos de tener relación con el requisito del daño, se refiere al nexo causal. Ello debido a que, la incertidumbre no deriva del carácter hipotético del daño, sino de desconocer si el reclamante hubiera dejado de sufrir el daño, por lo que afecta a la causalidad y no al daño. Asimismo, la ficción pierde su sentido al tomar el resultado que no sucedió como referencia para indemnizar la oportunidad. Aquello trae como consecuencia que se debe indemnizar la oportunidad pues se puede determinar un porcentaje de participación del agente dañoso en el daño. En otras palabras, se indemniza porque hay Responsabilidad Proporcional [Supra §2.2].

3.3. La Ficción de la Chance en la Responsabilidad Proporcional y su Aplicación en el Ecuador

La Pérdida de Oportunidad es un escenario de incertidumbre causal. Ello debido a que el enfoque de la postura clásica del Derecho de Daños no es el adecuado. Lo incierto no es que “Rayo” haya ganado o no la carrera. El caballo perdió. Lo que genera incertidumbre es que el hecho de que “Rayo” perdió la carrera no tiene una relación directa con el acto del chofer que le lesionó. Al contrario, tiene relación con el accidente y, también, con un riesgo que fue asumido por su dueño desde el inicio de su proyecto: el riesgo de competir. Por lo mismo, es un escenario en el que lo cierto es que “Rayo” no ganó la carrera, sin embargo, la complicación llega cuando se debe imputar esa pérdida al agente dañoso. Es por este problema que se desarrollaron las ficciones que fundamentan la Pérdida de Oportunidad [Supra § 3.1].

Ahora bien, además de que la oportunidad es un escenario de incertidumbre, también es un ejemplo para la aplicación de la Responsabilidad Proporcional. En el ejemplo de “Rayo”, lo que se busca es que el conductor que le lesionó pague su participación en que el caballo ya no gane la carrera. De este modo, se le imputa una cuota de su participación causal. Por lo mismo, lo que en realidad sucede es que la ficción de la Pérdida de Oportunidad no es necesaria, pues se refiere a la incertidumbre causal que se resuelve desde la Responsabilidad Proporcional.

Lo anterior fue ratificado por el Tribunal Superior de Andalucía en sentencia número 487/2009, de 14 de abril de 2009. La Corte, al referirse a la Pérdida de Oportunidad dijo que en realidad:

“Estamos (...) ante un supuesto de incertidumbre causal (...), se trata en realidad de un régimen especial de imputación probabilística que permite la reparación parcial del daño eventual en aquellos supuestos en que las probabilidades de causalidad (...) son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal”.

El Tribunal Supremo Español, en sentencia número 1376/2018 de 20 de marzo de 2018, de manera más clara afirma que la Pérdida de Oportunidad es una:

“regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad [esto es] un régimen especial de imputación probabilística [que se aplica cuando] es dudosa la existencia del nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma”.

Por lo tanto, la Pérdida de Oportunidad se resuelve desde la Responsabilidad Proporcional. Ello debido a que parte de escenarios en los que existe incertidumbre causal y, por lo tanto, lo que se busca indemnizar es la participación del agente dañoso en el perjuicio. Del mismo modo, su aplicación está justificada en el régimen ecuatoriano, desde la misma Responsabilidad Proporcional [Supra § 2.3]. Ello en virtud que el artículo 2214 del Código Civil, que prevé la existencia del nexo de causalidad como un requisito de la responsabilidad civil, permite que este se fundamente desde la proporcionalidad, para así permitir que todos los daños se indemnicen. Ello sin caer en los falsos positivos de indemnización completa; o, en casos como la Pérdida de Oportunidad, en los falsos negativos de falta de indemnización.

Con base en lo anterior, la Pérdida de Oportunidad es susceptible de tratamiento e indemnización en el Ecuador, pues en su esencia se refiere a la Responsabilidad Proporcional. Por lo tanto, la oportunidad debe indemnizarse, con base en criterios de la participación proporcional del agente dañoso en el resultado final, que debe ser entendido como el daño que se busca imputar.

CONCLUSIONES

La responsabilidad civil extracontractual requiere cuatro requisitos para ser adjudicada: (i) hecho ilícito, (ii) culpa o dolo, (iii) daño y (iv) nexo causal. Estos son concurrentes por lo que a falta de uno no se puede adjudicar responsabilidad. Para que un daño sea indemnizable, este debe: (i) afectar un interés propio de la víctima; (ii) no haber sido reparado por el agente dañoso; y, (iii) ser cierto.

Un daño cierto es aquél que es real o que existe. Con base en aquello, no se acepta la indemnización de los daños hipotéticos, que se basan en conjeturas ajenas al hecho dañoso. Sin embargo, puesto que la certeza es difícil de comprobar, se permite el uso de un estándar de certeza relativa para determinar qué daño indemnizar. Este consiste en que el juez tenga la libertad de determinar si el hecho ilícito pudo causar el daño que se busca imputar. Tanto el análisis del daño hipotético como el de la certeza relativa del daño se refieren a la relación de causalidad. Asimismo, la certeza ya forma parte del concepto del daño. Por lo tanto, el uso de las ficciones alrededor del daño como requisito de la responsabilidad civil no es adecuado.

El análisis del nexo causal está estrechamente ligado a las ficciones del daño cierto, hipotético y relativo. Ello debido a que actualmente se utiliza la teoría de la imputación objetiva para resolver los problemas de causalidad. Esta teoría manda que toda situación de la que ha surgido un daño tiene múltiples causas fácticas, pero, solo puede tener una causa jurídica. La causa jurídica será la relevante para causar el daño. En este sistema en el que la causalidad es o no es se dan problemas de falsos positivos y negativos. Es decir, casos en los que se indemniza todo, a pesar de haber provocado parcialmente el daño, y otros en los que no se indemniza en absoluto.

La Responsabilidad Proporcional se presenta como una solución aparente al análisis de las ficciones del daño y el nexo de causalidad desde la imputación objetiva. Ello debido a que esta teoría permite la adjudicación parcial de responsabilidad, dependiendo de la participación del agente dañoso en el daño. De este modo, no cae en los falsos positivos y

negativos que son consecuencia del sistema de imputación objetiva, el cual no permite la adjudicación parcial de responsabilidad. Este sistema permite una matriz económica más eficiente respecto a las medidas que tomarán las personas para evitar causar daños; y, también permite una valuación simplificada de los daños, pues se basa en los porcentajes de participación en el daño.

La Responsabilidad Proporcional es aplicable en el Ecuador. Ello debido a que, al igual que las demás teorías que justifican la relación de causalidad como requisito para que exista responsabilidad civil, se infiere de los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Por lo tanto, debe ser utilizada para la imputación de responsabilidad civil. Así, se permitiría una simplificación al Derecho de Daños, prescindiendo de las ficciones del daño y la imputación objetiva.

El ejemplo más común de casos en los que la Responsabilidad Proporcional es necesaria es la Pérdida de Oportunidad. Esta consiste en un escenario en el que la víctima pierde la oportunidad de que algo positivo pase; o, de evitar que algo negativo suceda. Sin embargo, la institución de la Pérdida de Oportunidad ha sido desarrollada desde los postulados de la teoría clásica del Derecho de Daños: la certeza del daño y la imputación objetiva. En consecuencia, se ha afirmado que el haber perdido una oportunidad incierta es un daño cierto y, que este debe indemnizarse sin ver el resultado final, que es incierto. Dicho razonamiento ha demostrado tener falencias en su propia aplicación. Por lo mismo, la existencia de la Pérdida de Oportunidad como ha sido entendida por la postura clásica del Derecho de Daños no está justificada. Al contrario, el problema que plantea puede resolverse desde la Responsabilidad Proporcional. Esto es, analizando el porcentaje de participación del agente dañoso en el daño, que en estos casos generalmente será el resultado final que se le busca imputar.

Por lo tanto, la causalidad dentro del régimen general debe ser analizada a partir de la Responsabilidad Proporcional. De este modo, se puede compaginar el ordenamiento con la realidad, sin negar o limitar los escenarios de incertidumbre. Así las cosas, ficciones como la Pérdida de Oportunidad se vuelven fútiles para conseguir la reparación del perjuicio al que se refieren pues, a fin de cuentas, lo que existe es la Responsabilidad Proporcional.

LISTA DE REFERENCIAS

LIBROS

- Alessandri, A (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Alessandri, A (1983). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.
- Brebbia, R (2001). *Del daño: Compilación y extractos* (Comp. Nuque Gómez, J). *Daños patrimoniales y daños morales*. Colombia: Editora Jurídica de Colombia.
- Bustamante Alsina, J (1983). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 4ta Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Corral Talciani, H (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gascón Abellán, M (2012). *Cuestiones Probatorias*. 1era ED. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012
- Gil Botero, E (2001). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. 2da Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Giraldo Gómez, L (2018). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil: su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. 2da Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Justiniano, C (2005). *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*. 2da Ed (Trad. Pérez Rivas, M). Buenos Aires: Ediciones Heliasta S.R.L.
- Larroumet, C (1999). *Teoría general del contrato*. Vol. II (Trad. Guerrero, J). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Mazzeaud, H; Mazeaud, L y Tunc, A (1961). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. 5ta Ed. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Medina Alcoz, L (2007). *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*. Madrid: Tomson Civitas, Cizur Menor.
- Moisset, L y Márquez, J (2009). *Reparación de daños y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

- Mosset Iturraspe, J (1998). *Responsabilidad por daños: El daño moral*. Tomo. IV , Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Posner, R (1998). *Economic Analysis of Law* [El Análisis Económico del Derecho]. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, P (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tamayo Jaramillo, J (2007a). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Bogotá: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J (2007b). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Legis.
- Tapia Rodríguez, M (2012). Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Viña del Mar, 2011. *Pérdida de una Chance: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?* Santiago de Chile: Thompson Reuters, 645-674.
- Trigo, F (2008). *Pérdida de Chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Velásquez Posada, O (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Zannoni, E (1982). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- Domínguez Águila, R (1990). *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, (188), 125-168.
- Patiño, E (2011). *Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, 1 (20), 371-398.
- Ponce Martínez, A (2015). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Revista de la sección académica de ciencias jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, II (5), 77- 103.

JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 26 de abril de 1999 contenida en el expediente número 10.755.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 5 de abril de 2017 contenida en el expediente número 25.706
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 5 de abril de 2017 contenida en el expediente número 42.803.
- Corte de Apelaciones de Strand en Londres. Caso *Allied Mapples Group c. Simmons & Simmons* de 1995 [WRL 1602].

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Caso *Florentino Parada y otros c. Pedro Munar y Transportes Rápido Tolima S.A.*. Sentencia de 25 de febrero de 2005 contenida en el expediente número 7232.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de 4 de abril de 2001 contenida en el expediente número 5502.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de 9 de septiembre de 2010, contenida en el expediente número 17042-3103-001-2005-00103-01.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso *Cores Lossio c. Inchape Shipping Services y Multritans S.A.* Sentencia de 22 de febrero de 2007, a las 11h20, publicada en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1434.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso *Eva Cedeño Viuda de Álava c. Constructora Santos*. Sentencia de 21 de enero de 2983 contenida en Gaceta Judicial Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. Pág. 399.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso *Gutiérrez c. Molinos Champion S.A.* Sentencia de 29 de septiembre de 1993 a las 10h00.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso *IMPONAC S.A. c. INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED*. Sentencia de 06 de abril de 2001, a las 10h30, publicada en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1324.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso *Viñán c. Federación Médica Ecuatoriana y otros*. Sentencia de 19 de marzo de 2003, a las 10h30, publicada en Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730.

Tribunal Superior de Andalucía. Sentencia número 487/2009 de 14 de abril de 2009

Tribunal Supremo Español. Resolución número 124/2014, emitida el 24 de febrero de 2017 dentro del marco del recurso número 103/2015.

Tribunal Supremo Español. Sentencia 1096/2018.

Tribunal Supremo Español, Sentencia 1376/2018 de 20 de marzo de 2018

Tribunal Supremo Español. Sentencia 177/2016 de 25 de mayo de 2016

Tribunal Supremo Español. Sentencia 249/2012 de 16 de enero de 2012.

Tribunal Supremo Español. Sentencia 967/2008 de 23 de octubre de 2008.

Tribunal Supremo Español. Sentencia número 1376/2018 de 20 de marzo de 2018.

TEXTOS NORMATIVOS

Codificación del Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, cuya última reforma fue el 08 de julio de 2019.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, cuya última reforma fue el 09 de diciembre de 2016.