

ESTUDIOS

EL JUICIO DE PROBABILIDAD EN LA VALORACIÓN DEL LUCRO CESANTE POR DAÑO FÍSICO

Probability judgment in the evaluation of loss of profits caused by physical damage

ANA GABRIELA SANTOS GUARDADO*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: Este trabajo realiza una aproximación a los problemas que se generan en la valoración del lucro cesante a raíz del daño físico. Para ello se examina la herramienta del “juicio de probabilidad” como metodología para evaluar objetivamente el daño y que contribuye de forma importante para determinar la reparación del mismo.

PALABRAS CLAVE: Juicio de probabilidad - lucro cesante - daño físico.

ABSTRACT: This work is an approach to the problems that arises in the valuation of loss of profits as a result of physical damage. For this purpose, “probability judgment” is examined as a methodology to objectively assess the damage, which contributes significantly to determine its repair.

KEY WORDS: probability judgment - loss of profits - physical damage.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador. Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
Artículo recibido el 2 de abril de 2015 y aprobado el 11 de mayo de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende abordar los problemas que se generan en la valoración del lucro cesante, particularmente aquel que se deriva en un daño a la persona, llamado daño físico. Cuando se habla de daño físico se hace referencia a aquel desmedro que ha tenido una persona en su capacidad física y su consecuente perjuicio patrimonial. Al tratarse de un daño propiamente en la persona, se vuelve complejo establecer la cuantía o el monto de indemnización.

Como parte del daño material se tiene el elemento del daño emergente y el lucro cesante. Por la naturaleza de este último es que se vuelve menester saber cuál será su naturaleza. Teniendo en cuenta el carácter resarcitorio de la indemnización, se deben establecer parámetros que permitan que la indemnización pueda reparar el daño sin que se convierta en una fuente de enriquecimiento para la víctima.

Problemas como las lesiones permanentes o la muerte son casos que precisan de una mayor delimitación a la hora de fijar el quantum de la indemnización. Para ello, la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado el “*juicio de probabilidad*”, donde se requiere una certeza probable, como un método para dilucidar lo más objetivamente posible cuál es el monto al que asciende el perjuicio causado.

A través del estudio de la doctrina y jurisprudencia se da un esbozo de la situación actual de esta figura y sus repercusiones, no sin antes hacer relación a la importancia que este guarda con el principio de reparación integral del daño y la protección a la persona humana, particularmente en su integridad física.

Por ello, previo al desarrollo del tema resulta imprescindible adentrarse en él desde la óptica de dos premisas o principios importantes. Primero, visualizar este tema desde la protección que otorga la Constitución sobre el Derecho a la vida y la integridad física y psíquica¹ y segundo, destacar la función resarcitoria de la indemnización por daños y perjuicios.

Estas consideraciones son fundamentales para comprender la importancia del juicio de probabilidad como instrumento para hacer posible la

¹ La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 numeral 1 señala que “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas”.

indemnización por lucro cesante. En efecto, *“el ordenamiento jurídico busca a través de la indemnización restaurar el interés humano contra el que se ha atendido. Persigue un propósito de igualación: restablecer el equilibrio patrimonial, “quitar el daño”, neutralizando el pasivo injustamente producido en la víctima y desplazándolo hacia el responsable”*².

Compartiendo lo sostenido por Ramón Domínguez se entenderá daño como una *“situación jurídica afectada”*, pues este no recae solamente en los bienes o derechos, sino, como es el caso, en la persona misma. Asimismo, el daño viene a delimitar la procedencia de la indemnización, perfilándose como *“la medida del quantum de la acción reparatoria, de modo que la condena al respecto no puede exceder el daño causado y, en principio, no debe ser menor a éste: todo el daño y nada más que el daño causado son los límites impuestos al juez para la condena por responsabilidad civil”*³. Es decir, el daño es el marco que tiene el juez para determinar la indemnización por el perjuicio surgido.

Esta delimitación es importante pues tiene relación directa con el principio de reparación integral, donde el objetivo es resarcir a la víctima tratando que su situación se vea lo más asemejada al momento anterior al daño, sin que esto implique una evidente desmejora en su situación o un enriquecimiento sin causa.

En casos como lesiones permanentes o muerte, la reparación integral se ve dificultada ya que no es posible retrotraer la situación de la víctima y dejarla tal cual estaba antes y he ahí la necesidad de buscar parámetros para reparar lo más y mejor posible el daño, sin que se incurra en un enriquecimiento de la víctima. *“La reparación íntegra, o el principio de equivalencia entre la reparación y el daño, condiciona la extensión de la reparación, sea cual sea la naturaleza del daño alegado. De manera constante, la Corte de Casación proclama que el principio de responsabilidad civil es restablecer lo más exactamente posible en equilibrio destruido por el daño y devolver a la víctima a la situación en la que se encontraría si el acto dañoso no se hubiere producido”*⁴.

Hechas las observaciones anteriores, es posible dar paso a estudiar los elementos que conforman el presente trabajo.

² STIGLITZ, Y GHERSI (1997) p. 290

³ DOMÍNGUEZ (2000) p. 329

⁴ BOURDOISEAU (2011) p. 239

II. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Como punto de partida, resulta oportuno precisar los términos objeto del estudio, determinando a qué se refiere el daño físico, el lucro cesante y el juicio de probabilidad y cómo estos elementos se interrelacionan para poder hacer efectiva una indemnización.

Dentro de las clasificaciones tradicionales del daño se encuentra la de distinguir entre daño patrimonial o con contenido económico y el daño no patrimonial o moral. Asimismo, existe otra clasificación de acuerdo a su duración. Según esta categorización, pueden ser duraderos, continuados y sobrenvenidos. La importancia de saber frente a qué daños nos encontramos es respecto a la indemnización que procede⁵.

La complejidad de que los efectos del daño no se circunscriban a un momento determinado, sino que se extiendan a lo largo del tiempo ya sea de forma transitoria o permanente, se ve agravada cuando el daño no recae sobre una cosa, sino sobre la persona, pues se torna difícil determinar de qué forma se va a reparar y sobre todo, establecer qué implica una *reparación integral*⁶.

1. Daño físico

Este tipo de daño que recae sobre la persona es el llamado daño físico –o daño corporal– entendiéndose como aquel que *“se le causa a la persona en su organismo. Se trata de un daño que afecta la integridad sicosomática del individuo; de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar del individuo. Sintéticamente, el daño corporal es el que afecta la integridad física del hombre”*⁷.

En el Derecho Romano, no obstante no estaba desarrollado el daño que sufrían las personas, *“Por lo menos desde el tiempo de Adriano, la persona lesionada se encontró protegida mediante la concesión de una utilis Aquiliae actio contra el culpable. Ulpiano, en un texto recogido en Digesto, 9, 2, 13 y procedente de un comentario del primer capítulo de la Lex Aquilia, dice que cuando la víctima es una persona libre, le compete una acción útil, aunque no tenga la directa, porque nadie es considerado dueño de sus miembros. En los casos de lesiones corporales o de muerte, el resarcimiento comprende los*

⁵ ROCA (2003) p. 140

⁶ DOMÍNGUEZ (2000) p. 331

⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 232

*gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro*⁸.

En el Derecho francés, la problemática de la reparación del daño corporal como tal, *“surgió a finales del siglo XIX, ocupando a los juristas franceses durante todo el siglo XX y aún en nuestros días. Nació de la conjunción de una serie de fenómenos, en especial la industrialización en Francia y la transformación de la familia. Por un lado, la civilización material cuesta numerosas vidas y supone la mutilación de los cuerpos. Por otro, la solidaridad familiar y parroquial pierden fuerza dejando paso al individualismo. En consecuencia, la víctima de daños corporales ya no puede contar con los suyos para cargar con el peso de la fatalidad. Debe afrontar su destino individualmente y con su propio patrimonio*⁹.

Generalmente, este tipo de daño queda comprendido dentro del daño patrimonial en general o dentro de los denominados *“daños materiales”*. Es así que en Chile aún se considera el daño físico como un *“perjuicio de carácter material”*, debido a que se le ha dado una connotación patrimonial a la incapacidad de una persona, en el entendido que esta se ve inhabilitada de poder generar ingresos¹⁰.

2. Lucro cesante

Dentro del concepto de daño patrimonial se configuran dos elementos: el daño emergente, entendido como la *“pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, o del incumplimiento imperfecto y tardío de ella”*¹¹ y, por otra parte, el lucro cesante. Este último, no obstante su antigüedad, no ha tenido un gran desarrollo y se ha visto más *“como una categoría conceptual de poca relevancia práctica, o como un capítulo indemnizatorio, que, por ser anticipadamente calificado de incierto o especulativo, pocas veces se concede a la víctima que lo ha padecido”*¹².

En la legislación chilena, el Código Civil establece en el artículo 1556 que *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante”*. Tradicionalmente, la doctrina ha entendido por lucro cesante *“la*

⁸ DIEZ-PICAZO (1999) p. 69

⁹ BOURDOISEAU (2011) p. 235

¹⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 233

¹¹ ALESSANDRI (1988) p. 97

¹² ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 53

*utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación*¹³.

¿Cuándo se entenderá que hay lucro cesante por daño físico? Cuando a causa de una lesión física se dejan de percibir ingresos debido a un impedimento a seguir produciéndolos. Asimismo, en el caso de muerte, existe el lucro cesante *“cuando una persona –efectiva y realmente– obtiene de otra un determinado ingreso y deja de percibirlo por la muerte de ella”*¹⁴.

Así como lo afirma Díez-Picazo, *“en el capítulo del lucro cesante deben comprenderse los casos de lesiones personales, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, de la capacidad de obtener la remuneración del mismo, que en el caso de que sea temporal cubrirá el período contemplado y en los casos en que sea permanente debe cubrir las posibilidades de vida de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media”*¹⁵.

La problemática que se da respecto a la concepción del lucro cesante es que se le ha situado en oposición al daño emergente, afirmándose que es un perjuicio incierto, especulativo, difícil de probar. Al respecto, es necesario hacer énfasis en que *“no se trata de conceptos contrapuestos, sino que de perjuicios diferentes”*¹⁶; lo que sucede con el lucro cesante es que no se afecta el patrimonio de la víctima en sentido estricto, sino la posibilidad de aumentar el mismo.

En ese orden de ideas, se comparte lo planteado por Fabián Elorriaga quien sostiene que el problema reside en catalogar el lucro cesante como un perjuicio incierto, lo que devendría en que no podría ser indemnizado. Esto a su vez ha desembocado en una renuencia por parte de los tribunales a otorgar partidas por lucro cesante.¹⁷

Sobre la base de las condiciones anteriores, *“el lucro cesante se caracteriza por la dificultad –que no por la imposibilidad– de aportar la prueba de las ganancias dejadas de obtener por el perjudicado. No obstante, las pérdidas que resulten acreditadas, en cuanto poseen naturaleza patrimonial, son*

¹³ ABELIUK (1971) p. 575

¹⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 244

¹⁵ DIEZ-PICAZO (1999) p. 323

¹⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 55

¹⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 237

*susceptibles, al igual que el daño emergente, de una valoración pecuniaria precisa y, en consecuencia, son susceptibles de reparación integral*¹⁸.

En España, el tema no ha estado exento del debate, sobre todo a nivel jurisprudencial, donde también se ha tenido una postura restrictiva a aceptar el lucro cesante por la misma dificultad de probarlo y por la proyección que se debe hacer del mismo para su cuantificación. Esta restricción se observaba también por parte del Tribunal Supremo español; no obstante, *“una lectura atenta a decisiones de los años 90 en las que se realizaba semejante afirmación, pone de manifiesto que los problemas de prueba versaban no tanto sobre cómo valorar sino sobre si efectivamente se había producido una pérdida. En la misma época, otras decisiones evitaban hablar de criterio restrictivo y también justificaban su parecer no en problemas de valoración sino de existencia o no de una pérdida de ganancia*”¹⁹.

Con todo, es posible que aun cuando la partida por lucro cesante sea evidente, un criterio restrictivo a la hora de valorar el mismo puede dar paso a considerar que *“ningún daño está efectivamente probado*”²⁰. Por ello, es necesario establecer criterios de probabilidad que permitan resarcir adecuadamente el perjuicio causado.

3. Juicio de probabilidad

En cuanto al juicio de probabilidad, este ha sido desarrollado mayoritariamente a nivel jurisprudencial, aunque se pueden observar algunos indicios de este en la doctrina clásica. Verbigracia, Abeliuk señala que el lucro cesante *“queda entregado enteramente al criterio del juez apreciarlo, considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido*”²¹, esto vendría siendo al fin de cuentas el juicio de probabilidad.

En términos generales, el juicio de probabilidad implica dar cabida al proceso *normal de las cosas*, siendo más que una mera posibilidad que algo suceda aunque menor que una certeza absoluta. Esa ponderación sobre la probabilidad de las cosas va en dos sentidos: uno, en el sentido que se debe aceptar como indemnizable aquello que vaya dentro del curso normal de las cosas, desechando aquellas que no –es decir, no se deben sumar casos hipotéticos que afirmen una ganancia basada en posibilidades (llamados también

¹⁸ NAVEIRA (2003) p. 600

¹⁹ ASÚA (2011) p. 158

²⁰ ASÚA (2011) p. 158

²¹ ABELIUK (1971) p. 575

sueños de ganancia)– y dos, tampoco se debe privar de una ganancia por impedimentos irreales, de procedencia excepcional o que se limitan al ámbito hipotético.

Así lo afirma Fabián Elorriaga, al señalar la importancia práctica del juicio de probabilidad que va en dos sentidos: *“primero, implica descartar las ganancias que no se ajusten a lo realmente probable y, segundo, impone evitar la suposición de sucesos extraordinarios que impidan el curso normal de los acontecimientos”*²².

El juicio de probabilidad es lo que la doctrina moderna ha estimado para establecer la existencia y el monto del lucro cesante, *“sin que éste deba ser seguro, exacto o infalible”*²³. Lo que interesa dentro del juicio de probabilidad son las *“consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie”*²⁴.

El juicio de probabilidad nace también por la concepción moderna del lucro cesante y la garantía que se le exige a este. En ese sentido, por la misma naturaleza de la figura del lucro cesante no es posible exigir una certeza absoluta. Si bien el daño debe ser cierto, esta certeza tiene un carácter relativo, como se expondrá a continuación.

III. CERTIDUMBRE DEL DAÑO

Antes de entrar de lleno al análisis en torno a la certeza que reviste al lucro cesante es menester hacer referencia al momento en que este se produce. El daño, de manera general, puede ser actual o futuro y lo mismo sucede con el lucro cesante. Es en este último caso; es decir, en el lucro que deja de acaecer de forma ulterior al hecho dañoso donde se encuentra el debate.

1. Momento de producción del daño: el lucro cesante futuro

Se entiende por daño futuro aquel que *“aun no habiéndose materializado al tiempo de la sentencia, ya por entonces aparece como objetivamente previsible su existencia, que habría de concretarse verosímelmente según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida”*²⁵.

²² ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 65

²³ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 63

²⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 63

²⁵ STIGLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 223

Con el lucro cesante, como elemento del daño patrimonial, ocurre lo mismo, siendo que este puede ser pasado o futuro, dependiendo del momento en que se dejen de percibir las utilidades. Así, *“la distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia y lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso”*²⁶.

Esto tiene relación directa con la certeza que reviste al lucro cesante, pues cuando se trata de lucro cesante pasado es difícil objetar su procedencia. En sentido opuesto, las ganancias dejadas de percibir en un futuro son muchas veces rechazadas en razón de si resulta un daño cierto o no. En definitiva, es la suma del lucro cesante pasado con la del futuro lo que conformará el lucro cesante total que se debe indemnizar²⁷.

Por ello, la existencia del daño futuro y consiguientemente, la procedencia de su indemnización, va a venir dada por la verosimilitud del mismo, donde *“se brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio. En cambio el daño no es resarcible, por resultar incierto, cuando no se tiene ninguna seguridad que vaya a existir, ofreciéndose como una simple posibilidad o conjetura. En este caso el daño es hipotético o eventual, no generando derecho a indemnización, porque no ofrece seguridad objetiva de que acontecerá”*²⁸.

En la misma línea, importante es la afirmación siguiente que sirve de fundamento para poder hablar de la certeza exigible a un daño futuro y consecuentemente al lucro cesante futuro. La verosimilitud o la seguridad de existencia que se requiere del perjuicio *“no significa que la certidumbre del acaecimiento dañoso deba ser absoluta, que haya de ocurrir fatalmente. Basta –insistimos– la razonable verosimilitud, sobre la base del curso ordinario de los acontecimientos”*²⁹.

²⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 58

²⁷ ASÚA (2011) p. 58

²⁸ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE p.224

²⁹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE p. 224

2. La certeza del lucro cesante

Que el daño debe ser cierto para que proceda una indemnización es una premisa indiscutible; sin embargo, como se ha venido sosteniendo, la reparación de la partida del lucro cesante se ve dificultada por la aparente incertidumbre de este, su carácter hipotético y eventual. En este debate se genera una confusión entre el contenido cierto del daño y la valoración del monto; por ello, es necesario acotar que *“hoy día constituye una afirmación incompatible con la función económica del Derecho afirmar el carácter hipotético e incierto de las expectativas económicas cuya existencia y alcance puede ser acreditada por los mecanismos de medición que ofrecen las ciencias económicas, como ocurre con el lucro cesante futuro”*³⁰.

Ramón Domínguez sostiene que *“la doctrina actual modera el criterio de certeza para permitir la reparación a atentados en contra de situaciones jurídicas que no confieren un derecho actual, pero que tienen de todas formas un valor económico o al menos psicológico para el afectado”*³¹. En el mismo sentido de lo anterior, Zannoni, citando a Acuña Anzorena, señala que la certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto³².

Asimismo, Zannoni afirma que el daño es, en primer lugar, un *acaecer fáctico* y como tal, *“adquiere certidumbre tanto cuando es actual como cuando es futuro”*³³. Si el hecho desencadena consecuencias nada más temidas, entonces se entiende que el daño es incierto.

Asumir una postura drástica respecto a la existencia y monto del lucro cesante conlleva a que *“un perjuicio cierto y cuantificable de acuerdo a bases objetivas, queda sin ser indemnizado, y, en el mejor de los casos, el tribunal suple este defecto mediante el incremento de la cantidad que se puede otorgar por concepto de daño moral”*³⁴.

En relación al momento de producción del lucro cesante, cuando este es pasado, no representa mayor complejidad para el juzgador la determinación de su certeza y la evaluación, pues probado que se frustraron las ganancias desde la fecha del hecho dañoso hasta la emisión de la sentencia, se resuelve mediante la ponderación de los ingresos dejados de percibir y el tiempo

³⁰ ASÚA (2011) p. 161

³¹ DOMÍNGUEZ (2000), p. 333

³² ASÚA (2011) p. 161

³³ ZANNONI (1982) p. 24

³⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 62

transcurrido. Distinto es cuando se debe hacer una proyección a futuro, sobre todo en casos prolongados como lesiones permanentes o muerte.

El debate no ha estado exento en la doctrina española, junto con el grado de probabilidad necesario que debe tener el lucro cesante como requisito para ser indemnizado. Es ahí que se constituye *“en esencia, un problema de prueba. Y puede ser éste el motivo por el que la doctrina española no ha tratado en profundidad la cuestión, limitándose a definir ante qué tipo de daños nos encontramos y a poner de relieve las dificultades probatorias que obstaculizan su reconocimiento”*³⁵.

Aquí es donde reside la importancia del juicio de probabilidad para determinar la certeza del lucro cesante futuro, *“aquel que, con probabilidad –y no como mera conjetura–, estima el juez que se habrá de producir en el patrimonio damnificado con posterioridad a la sentencia liquidatoria de los daños”*. En ese entendido es que se pasará a examinar los casos en los que se hace presente el lucro cesante futuro: la incapacidad por lesiones y la muerte de la víctima.

IV. ALCANCES DEL JUICIO DE PROBABILIDAD

Precisados los conceptos anteriores es necesario detenerse a evaluar los alcances del juicio de probabilidad respecto a los dos grandes casos en los que se manifiesta: muerte y lesiones corporales.

En ese propósito, determinar qué se entenderá por *el curso normal de los acontecimientos* es fundamental para comprender el alcance del juicio de probabilidad. En este sentido, se entenderá enmarcado dentro de este, *“los ingresos de la víctima, anteriores al suceso ilícito y tomarlos como base para calcular las utilidades que ha dejado de percibir a consecuencia de él (...) es razonable entender que existe una utilidad frustrada, que se debe reparar con el auxilio de un cálculo estimado de las pérdidas por ese concepto”*³⁶.

1. Lesiones temporales y permanentes

Respecto de las lesiones, conviene hacer una sub-clasificación que incide directamente en el tipo de indemnización que se dará, dependiendo si son temporales o permanentes. Lesiones corporales serán aquellas que ocasionen *“la pérdida de algún miembro o las secuelas que provocan una discapacidad,*

³⁵ ALARCÓN (2003) p. 642

³⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 242

*permanente o no. Incluye la indemnización del sufrimiento hasta la curación de la lesión; la imposibilidad de llevar una vida de relación, el daño sexual y el daño estético*³⁷.

En las lesiones temporales, *“el período a considerar vendrá dado precisamente por la duración del período de convalecencia y siempre en la medida en que la víctima haya estado impedida de generar ingresos. Si el impedimento es solo parcial, deberá determinarse si en el caso concreto la lesión impide o no generar renta y la forma en que ello ocurre. Normalmente, esa capacidad se expresa en un porcentaje*³⁸.

Por otro lado, las lesiones permanentes pueden ser a su vez, parciales o imparciales. Para determinar la parcialidad de la incapacidad, *“debe establecerse el déficit de capacidad en que quedó afectada la víctima en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en términos de porcentajes y a partir de pericias médicas*³⁹.

Mientras tanto, cuando la incapacidad es total y permanente, la indemnización procede *“atendiendo a la naturaleza de la actividad impedida, perspectivas de progreso, etc., cuyo límite en el tiempo estará dado por la duración probable de vida del damnificado, en atención a su edad y condiciones personales, conforme a la media estadística y sometida dicha duración al correctivo de la vida útil*⁴⁰.

La doctrina judicial ha destacado en este tema los siguientes aspectos: el cómputo de la incapacidad se hace atendiendo a las posibilidades genéricas de la vida y no solo al déficit para determinado trabajo; a tal fin se computan las cualidades personales de la víctima, edad, sexo, salud, etc⁴¹.

El Derecho español reviste un carácter especial, pues dentro del ordenamiento se ha establecido una valoración del lucro cesante cuando derive de la incapacidad tanto temporal como permanente a causa de accidentes de circulación. Es así que en España se ha regulado un *“Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”*.

³⁷ ROCA (2003) p. 146

³⁸ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 89

³⁹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 273

⁴⁰ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 273

⁴¹ STIGHLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 272

Este parámetro o baremo *“ha recibido críticas, no sólo por parte de la doctrina española, sino también de la comparada (...) pues si el sometimiento a criterios legales de valoración puede estimarse adecuado cuando de daños extrapatrimoniales se trata, en la medida que la valoración de los mismos no puede llevarse a cabo por medio de criterios objetivos, no puede decirse lo mismo cuando lo que se pretende es baremar daños patrimoniales, como el lucro cesante, pues los mismos han de ser valorados en concreto, sobre la base de los datos objetivos proporcionados por las pruebas aportadas”*⁴².

Con todo, este sistema es un medio de valoración con el que se ha intentado hacer frente a los problemas planteados por la discrecionalidad judicial⁴³. No obstante, en sentencia del 25 de marzo de 2010 del Tribunal Supremo Español se examina el problema del lucro cesante producido como consecuencia de lesiones permanentes y señala que *“el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación”*⁴⁴.

2. Muerte

Al igual que en la incapacidad permanente, no existe un lapso de duración de la incapacidad por lo que es imprescindible realizar una estimación tope del período a contabilizar para la indemnización. En Derecho comparado se encuentra ya la aceptación de *“ciertos topes de edad entendidos sobre la base de lo que comúnmente ocurre en la vida de las personas, es decir, sobre la base del curso natural y corriente de los acontecimientos”*⁴⁵. Existen dos criterios:

- i) Vida útil o productiva, que está asociado a la edad de jubilación, que se sitúa normalmente en los sesenta y cinco años. Se toma esa edad como tope, considerándose que a partir de ahí se puede optar al cien por ciento de pensión. Más allá de esa edad podría ser un enriquecimiento injusto. Ese límite es usado en Argentina y Puerto Rico.
- ii) Vida esperada o presumible. Este criterio es más amplio, señalando que aceptarse la fórmula de los sesenta y cinco años como tope es concluir que una persona mayor de esa edad no tendría Derecho a ser

⁴² NAVEIRA (2003) p. 611

⁴³ NAVEIRA (2003) p. 612

⁴⁴ XIOL (2012) p. 66

⁴⁵ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 89

compensada en su lucro cesante. Existen sentencias que efectúan el lucro cesante hasta los setenta o setenta y cinco años⁴⁶.

En un principio podría verse como un posible enriquecimiento exacerbado por parte de la víctima (que en el caso de muerte sería la víctima por rebote) por garantizar a lo largo de su vida útil una indemnización. Pero, así como lo afirma Elorriaga, *“lo natural es que un sujeto comience su vida laboral, más o menos, a partir de los 20 ó 25 años, y luego la continúe en ascenso hasta su jubilación, sin que los infortunios frustren, en la inmensa mayoría de los casos, estos sucesos”*⁴⁷.

Con todo lo dicho, queda a los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla, teniendo como parámetros la condición socioeconómica de la víctima como criterio para valorar la cuantía de la pérdida patrimonial sufrida por los damnificados en el caso de una persona sostén económico del hogar⁴⁸; sin embargo, *“resulta un planteamiento desacertado utilizar las dificultades de prueba, no para poner de manifiesto lo difícil de la consecución de una reparación integral, sino para negar la virtualidad de este principio como modelo en los daños patrimoniales”*⁴⁹.

Generalmente en el daño corporal o daño físico es donde suelen darse este tipo de inconvenientes pero, aunque el futuro siempre es imprevisible e ignoto, en el mundo jurídico la secuencia de los acontecimientos esperados presenta márgenes de anticipación y confianza que permiten, dentro de límites razonables, saber qué habría sido de las expectativas si los acontecimientos hubieran discurrido con normalidad, sin que el lucro cesante pueda reducirse a algo quimérico y sin que pueda exigirse para su apreciación una prueba de realización imposible⁵⁰.

*“El resarcimiento del lucro cesante futuro y cierto tendrá como base el grado de incapacidad subsistente al momento de la sentencia si no puede esperarse que continúe disminuyendo o que, incluso, llegue a cesar en su caso. Si así fuere, la cuenta indemnizatoria por lucro cesante futuro computará las ganancias frustradas que, con certidumbre, sufrirá el damnificado en la medida que la incapacidad subsista y en tanto es dable esperar que subsista”*⁵¹.

⁴⁶ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 90

⁴⁷ ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 243

⁴⁸ STIGLITZ Y GHERSI (1997) en: MOSSET ITURRASPE, p. 265

⁴⁹ ASÚA (2011) p. 163

⁵⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 33

⁵¹ ZANNONI (1982) p. 24 p. 228

En definitiva, lo que se espera es que se repare *“en justa medida la pérdida de los ingresos esperados”*⁵².

3. *El juicio de probabilidad en la jurisprudencia*

Dado que el juicio de probabilidad es una herramienta que se ha desarrollado en gran medida a nivel jurisprudencial, es necesario traer a colación resoluciones que pueden brindar una perspectiva de cómo se ha ido utilizando o desarrollando esta figura.

La jurisprudencia chilena, no obstante reconocer el juicio de probabilidad, no ha sido conteste a la hora de emplear dicha herramienta para ponderar el lucro cesante. Como ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol N° 2367-2005, desestimó otorgar lucro cesante futuro en el caso de una incapacidad del setenta por ciento sobre una persona que se desempeñaba como soldador, debido a un accidente de trabajo. La sentencia sostuvo que era procedente otorgar indemnización por lucro cesante de la fecha del accidente a la fecha de la sentencia, pero no otorgó partida indemnizatoria por lucro cesante futuro, ya que consideró que *“no era posible anticiparse a numerosas eventualidades que pueden hacer variar el cálculo que pudiera hacerse, sea por circunstancias de la vida o por el acceso a capacitación y fuentes de trabajo que la medicina ha desarrollado (...) teniendo presente que no ha sufrido daños en su capacidad intelectual”*⁵³.

Esta puede ser una sentencia bastante objetable, pues el juicio de probabilidad permite precisamente que no se consideren las eventualidades o *‘circunstancias de la vida’* que vendrían siendo realmente hipotéticas e inciertas, sino que dar cabida nada más al curso normal de los acontecimientos. Asimismo, una incapacidad corporal del setenta por ciento para una persona que utiliza más su capacidad física que intelectual, tiene un evidente desmedro en la posibilidad de obtener ingresos futuros.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol N° 3398-2007, rechaza la acción indemnizatoria por lucro cesante en el caso de una persona que ha tenido un accidente de trabajo que ha devenido en incapacidad del sesenta por ciento. La Corte alega que no puede establecerse como parámetro de ponderación para establecer el lucro cesante, los años que restan a la víctima de fecha del accidente hasta su jubilación.

⁵² ELORRIAGA DE BONIS (2006) p. 236

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, *Espinoza Villagra con Maestranza Mussre Ltda o Meta-lúrgica Mussre SA* (2006, rol N° 2367-2005)

Sin embargo, hay voto en contra del ministro Carlos Cerda que está en concordancia con los razonamientos que se han venido sosteniendo.

En su voto, el ministro señala que ha existido la tendencia a contraponer el lucro cesante al daño emergente, en cuanto a la certidumbre de su ocurrencia, dando a entender que es un daño incierto, que se construye sobre suposiciones y es especulativo. Continúa diciendo que si bien se requiere certidumbre acerca del perjuicio futuro; señala que *“en Derecho no se habla de certezas sino de razonable probabilidad, la que se obtiene sobre la base de datos objetivos y reales, unidos a la experiencia y el sentido común y que el lucro cesante resulta ser más bien un juicio de probabilidad, cuyo resultado no puede ser exacto ni matemático, sino estimativo, basado en justificaciones criteriosas, dentro de un contexto de normalidad y atendidas las circunstancias del caso”*⁵⁴.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia Rol N° 4146-2006, respecto también a un accidente de trabajo habla sobre una *“probabilidad suficiente”* que es más que la posibilidad pero menos que la certeza. Asimismo, se refiere a que el acaecer fáctico se da en una *“zona gris”* donde corresponde al fallador en cada caso concreto determinar el monto a pagar y, haciendo una afirmación interesante, señala que *“por el carácter vago e incierto del lucro cesante, el legislador no ha establecido reglas para su apreciación, con el objeto, justamente, de dejar su determinación sujeta a la prudencia del Tribunal”*⁵⁵.

En esta sentencia se vislumbra un esfuerzo de parte del juzgador por otorgar una partida por lucro cesante ya que el daño ha sido evidentemente probado y existe. Apoyándose de criterios doctrinarios afirma que es procedente una indemnización, distinguiendo de la mera posibilidad de la probabilidad⁵⁶ y haciendo uso de su apreciación prudencial, fija parámetros para otorgar el lucro cesante para el caso concreto, a saber: *“a) que con motivo*

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, *Antihueno Vielma con Puerto Lirquén S.A. y otros* (2008, rol N° 3398-2007)

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, *Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009, rol N° 4146-2006)

⁵⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago afirma que *“no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso y que tampoco es suficiente un interés seguro e incierto agregando que entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse en cada caso con criterio equitativo, distinguiendo la mera posibilidad de la probabilidad y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera posibilidad*

*del accidente el actor quedó con una incapacidad del 70%; b) que el actor tuvo que jubilar por invalidez a los 28 años; c) que su pensión de invalidez ascendió a \$62.075, muy inferior a lo que habría obtenido de seguir trabajando y d) que el actor se encuentra totalmente limitado físicamente por lo que no está en condiciones de poder realizar algún tipo de actividad remunerada*⁵⁷.

En cuanto a la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo de España, en sentencia de fecha 31 de mayo de 1983, señaló que para acreditar el lucro cesante *“no puede menos que hacerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos”*⁵⁸.

En ese mismo orden y dirección, ha resuelto la jurisprudencia argentina precisando que *‘la indemnización del lucro cesante tiene su fundamento y límite en la probabilidad objetiva cierta (vale decir, suficiente) que emana del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto (razonabilidad y verosimilitud)’* y que *‘cuando lo que se trata de evaluar es el lucro cesante, no es menester una certeza matemática sino solo un juicio de verosimilitud, como quiera que el objeto de la prueba es la probabilidad de obtención de una ganancia frustrada’*⁵⁹.

Por último, el Código Civil alemán (BGB) en el párrafo N° 252 señala que *“considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas”*⁶⁰.

V. CONCLUSIÓN

El establecimiento del monto de la indemnización en materia de lucro cesante es aún un punto de debate. No obstante ello, a nivel doctrinario y jurisprudencial se ha tratado de avanzar en aras de determinar un umbral que le permita al juzgador establecer lo más objetivamente posible el *quantum*.

si bien en menor cantidad que la probabilidad base de los lucros cesantes propiamente dichos”.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, *Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009, rol N° 4146-2006)

⁵⁸ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 64

⁵⁹ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 64

⁶⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2002) p. 65

Por ello, el juicio de probabilidad viene a ser un instrumento importante cuya esencia es establecer un parámetro para determinar la frustración de una ganancia futura. Este juicio supone prescindir de las ganancias que no resulten previsibles, pero a la vez, implica no suponer sucesos extraordinarios que impidan el normal curso de los acontecimientos y que vaya en detrimento de la víctima.

Utilizar criterios que estimen situaciones extraordinarias que vayan tanto a favor como en contra del perjudicado, se convierte en una vulneración al principio de reparar integralmente el daño, pues si se deniega una partida de lucro cesante futuro; por ejemplo, en el caso que una persona podría ser despedida eventualmente del trabajo, es igual de injusto que considerar que la víctima podría haber visto incrementado su salario y su situación económica.

Se debe reparar el daño y nada más que el daño y bajo esa premisa es que la apreciación prudencial del juez debe dar paso a utilizar este criterio razonable, de probable certeza, de utilidades que van más allá de la posibilidad para poder no solamente reparar integralmente el daño, sino también, velar porque se cumpla la protección de la integridad de la persona que manda la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (1971): *Las obligaciones y sus principales fuentes en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Imprenta Fantasía) 825 pp.
- ALESSANDRI, Arturo (1988): *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur) 582 pp.
- ASÚA, Clara (2011): "Algunas consideraciones sobre la reparación del daño en el derecho español", *Anales de Derecho UC* (nº 7) pp. 153-192.
- ALARCÓN, Rodrigo (2003): "Evolución histórica de la figura del lucro cesante" *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (nº 7) pp. 641-652
- BOURDOISEAU, Julien (2011): "La reparación del daño corporal", *Anales de Derecho UC* (nº 7) pp. 215-230.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Editorial Civitas) 367 pp.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón (2000): "Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil", *Revista Actualidad Jurídica* (nº 7) pp. 327-345.

- DURAND-PASQUIER, Gwenaëlle (2011): "*Las evoluciones del derecho francés de la responsabilidad civil*", *Anales de Derecho UC* (n° 7) pp. 195-211.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2002): "*Daño físico y lucro cesante*".
- COURT MURASSO Eduardo, *Derecho de Daños* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 53-109.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2006): "El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas", *Anales de Derecho UC*, (vol. 1 N° 1) pp. 229-256.
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 650 pp.
- NAVEIRA, Maita (2003): "*La valoración del daño resarcible*", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (n° 7) pp. 597-616.
- ROCA, Encarna (2003): *Derecho de daños. Textos y materiales* (Valencia, Tirant lo Blanch) 390 pp.
- STIGHLITZ, Gabriel A., GHERSI, CARLOS A. (1997) "*El daño resarcible*", MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 211-234.
- STIGHLITZ, Gabriel A.; GHERSI, CARLOS A. (1997) "*El daño resarcible en casos particulares*", MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 235-258.
- STIGHLITZ, Gabriel A., GHERSI, CARLOS A. (1997) "*La determinación de la indemnización*", MOSSET ITURRASPE, Jorge (director), *Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp. 289-334.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (2012): "*El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte*", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (n° 41) pp. 41-68.
- ZANNONI, Eduardo A. (1982): *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires, Editorial Astrea) pp. 384.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, *Claudio Espinoza Villagra con Maestranza Mussre Ltda. o Metalúrgica Mussre S.A.* (2006): 24 de abril de 2006, rol N° 2367-2005, *Legal Publishing* CL/JUR/5885/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, *César Antihueno Vielma con Puerto Lirquén S.A. y otros* (2008): 3 de abril de 2008, rol N° 3398-2007, *Legal Publishing* CL/JUR/5194/2008.

Corte de Apelaciones de Concepción, *Marcos Roberto Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Limitada* (2009): 29 de enero de 2009, rol N° 4146-2006, *Legal Publishing* CL/JUR/8654/2009

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

República de Chile, Código Civil, (1857, y modificaciones posteriores), Santiago, (Editorial Jurídica).

República de Chile, Constitución Política de la República, (1980, y modificaciones posteriores), Santiago (Editorial Jurídica).