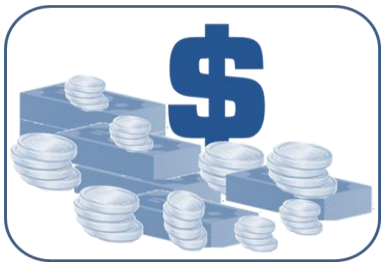

Lucro Cesante y Pérdida de Chance

a propósito del fallecimiento del generador de ingresos familiares en accidente vial.

POR: JORGE PAREDES I ABOGADO I SEPTIEMBRE 2020

Alrededor de las 07:00 am del 12 de octubre de 2011 se produjo una colisión múltiple en una autopista concesionada. Una de las causas del accidente fue la escasa visibilidad existente, generada por una densa neblina y la presencia de humo producido por quemas agrícolas realizadas por propietarios aledaños a la vía con el objeto de combatir los efectos de las heladas. **La colisión múltiple tuvo como resultado un total de 5 fallecidos, 56 lesionados y 47 autos dañados.**

SITUACIÓN JUDICIAL

En marzo de 2015, la viuda de un fallecido, por sí y en representación de sus tres hijos menores de edad, presentó una demanda de indemnización de perjuicios en contra de la sociedad concesionaria encargada de la operación de la autopista y en contra del conductor y propietario del vehículo que colisionó al automóvil conducido por su marido fallecido. **El monto demandado ascendió a la suma total de $1.129.200.000**, desglosado en $16.000.000 por daño emergente, $800.000.000 por daño moral -*$200.000.000 para cada demandante*- y $313.200.000 por lucro cesante.

En junio de 2018, el Tribunal de primera instancia rechazó la demanda respecto de la sociedad concesionaria y la acogió en relación al conductor y propietario del vehículo que colisionó al que conducía el fallecido. **El monto global de la sentencia ascendió a $150.404.797**, desglosado en $75.000.000 por daño moral -*$25.000.0000 para cada hijo, descartando daño moral para la viuda por prescripción de su acción*- y $75.404.797 por concepto de lucro cesante.

Conociendo de un recurso de apelación, **en agosto de 2019 la Corte de Apelaciones** respectiva confirmó la sentencia de primera instancia, modificando lo resuelto por ésta respecto de lo indicado en relación al daño moral y al lucro cesante. **En cuanto al daño moral estableció una condena global de $400.000.000**, dividido en $100.000.000 para cada demandante -incluyendo a la viuda- y $28.000.000, bajo la calificación jurídica de **"pérdida de chance" y no de "lucro cesante". En total, la Corte de Apelaciones condenó a una indemnización total de $428.000.000.**

Posteriormente, **el 13 de abril de 2020 la Corte Suprema rechazó** el recurso de casación interpuesto por el demandado, quedado a firme la sentencia condenatoria dictada por la Corte de Apelaciones que condenó al conductor y propietario del vehículo, absolviendo a la sociedad concesionaria.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA PARA EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL I CRAWFORD - GRAHAM MILLER

RAZONAMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES

En relación con el lucro cesante, la sentencia de la Corte de Apelaciones señala que lo reclamado es, en realidad, una oportunidad o posibilidad perdida, toda vez que en la misma demanda se hace una referencia a los "ingresos esperados". De esta manera, continúa en su razonamiento la Corte de Apelaciones, *"… **es perfectamente posible concluir aquí que lo que se demanda es pérdida de chance, y no lucro cesante**, propiamente. En efecto, no se trata de una ganancia futura que pudiera calificarse de cierta, ni siquiera en un grado relativo que bastara para efectos jurídicos, porque determinar si una persona podría haber llegado realmente a vivir hasta los 65 años, si conservaría hasta esa edad su capacidad laboral, si conservaría su empleo, si podría generar recursos de monto similar, o por cuántos años hubiera realmente llegado a obtenerlos, es todo demasiado incierto como para configurar propiamente lucro cesante. **La misma demanda habla de estadísticas de expectativas de vida**, **de suerte** que con eso, de nuevo, demuestra que está reclamando una chance perdida, y no una ganancia cierta. Se ha frustrado, en efecto, para la cónyuge y para los hijos del fallecido, una oportunidad, una posibilidad que como tal, no como resultado, era cierta, y desde luego era una muy buena probabilidad de obtener esas entradas económicas. Y eso es valioso en sí mismo, aunque, claro, menos valioso que la certeza que constituye el lucro cesante propiamente tal. Esta Corte ya ha fallado antes que una oportunidad legítima y seria de obtener ingresos tiene valor económico en sí misma, siendo mayor o menor ese valor según sea la entidad de la posibilidad perdida. **Si las chances nada valieran**, no podrían venderse boletos de lotería, y si éstos valen muy poco, comparado con el premio a que se refieren, es precisamente porque reflejan una probabilidad ínfima de éxito. **Para efectos jurídico indemnizatorios**, una oportunidad perdida debe tener relevancia o seriedad alta. No tanto como para confundirse con la certeza (siquiera relativa), pues en ese caso desembocamos en el lucro cesante, pero sí lo suficiente como para representar una probabilidad digna de ser indemnizada, superando a la mera ilusión".*

Para la determinación del monto a indemnizar la sentencia de la Corte de Apelaciones consideró un ingreso mensual del fallecido de $700.000 a los cuales les restó $600.000 correspondiente a la suma de pensiones de orfandad y viudez. De este modo *"…se tiene que la posibilidad perdida se refiere, en concreto, a $100.000 por mes, por un total de 29 años (diferencia entre la edad de jubilación y la de fallecimiento), lo que genera un **monto total de $34.800.000".*** Así pues se concluye que *"… como se trata nada más que de una posibilidad perdida, que aunque alta no alcanza un grado siquiera relativo de certeza, no son esos $34.800.000 lo que cabe asignar pues lo perdido no es tal suma, sino la chance de obtenerla, y en tanto solo tal oportunidad, vale menos que la cantidad esperada"*. **Por esa razón se otorga una indemnización de $28.000.000** como suma única a pagar en beneficio de todos los demandantes, sin indicar cómo llega a esa cifra.

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O PÉRDIDA DE CHANCE

La regla general en el derecho civil es la condena a una indemnización cuando existe certidumbre en cuanto a que la acción u omisión culpable del agente originó un daño a la víctima. No obstante ello existen casos en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo. A este daño se le denomina pérdida de una

oportunidad o de una chance, y corresponde (según un autor nacional) *"a un bien aleatorio que se encontraba en juego -ganar el proceso, cerrar el negocio, recobrar la salud, evitar la muerte, obtener un premio, acceder a una profesión - y el agente destruyó ese potencial de oportunidades con su acción u omisión negligente (olvidó apelar, descuidó certificar un documento, omitió un examen médico, accidentó al caballo, lesionó al postulante")*. En este caso sólo existe certeza respecto de la pérdida de oportunidad generada.

En el **lucro cesante**, la pérdida de beneficios se calcula sobre la base de una probabilidad razonable, cercana a la certeza, en cuanto a la situación futura de la víctima de no haber ocurrido el hecho ilícito. Es el caso de los ingresos que no percibirá la víctima durante el tiempo en que no podrá ejercer el trabajo en el que estaba empleada al momento de las lesiones o sus familiares producto de su fallecimiento.

Para el fallo comentado, tanto la demanda como la sentencia de primera instancia se refieren a la pérdida de ganancia en función de lo que la víctima dejó de ganar producto de su fallecimiento.

La sentencia de la Corte de Apelaciones renuncia a un análisis de la certidumbre del daño futuro, en función de los criterios tradicionales de determinación del lucro cesante, adoptando la figura de la pérdida de chance para un caso en donde existe una probabilidad razonable de ganancia eliminada por el accidente. Lo anterior, genera un escenario jurisprudencial especulativo incierto que afortunadamente no constituye una doctrina mayoritaria siendo un caso aislado y que, por el efecto relativo de las sentencias, sólo tiene aplicación para el caso concreto que trata o se pronuncia.

¿La solución debiese ser indemnizar solamente el daño moral?

Evidentemente la respuesta a dicha pregunta es negativa, debiendo adoptarse por parte de los tribunales un reciente criterio establecido por la Corte Suprema en una sentencia del mes de mayo de 2020 que estableció lo siguiente:

> *"… atendida su naturaleza, resulta evidente que la determinación de este rubro (se refiere al lucro cesante) al vincularse con un hecho futuro, siempre genera incerteza, sin embargo aquello no puede ser un obstáculo insalvable, pues su aceptación se vincula con la existencia de probanzas que conduzcan a concluir que es razonable aceptar que el hecho futuro habría tenido lugar…".*