



DEBATES JURÍDICOS Y SOCIALES

Tema central:
Los riesgos ante el Derecho

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

AÑO 4 | N° 4 | 2011-2012

Daño y Certeza

Catalina Novoa*

Nathalia Da Costa**

Resumen: La responsabilidad civil ha sido de las materias que más desarrollo ha ido experimentando en Derecho Civil. Ello ha significado que la doctrina ha debido ir precisando sus contornos a fin de evitar su excesivo desbordamiento, por una parte y, por otra, no afectar la aspiración a una reparación integral de los daños. En este contexto, si bien tradicionalmente se ha considerado estrictamente la certeza del daño como un requisito ineludible para obtener su reparación, esta concepción ha sido objeto de continuas revisiones, aumentando las hipótesis indemnizables.

Palabras clave: Daño, certeza, probabilidad de resultados, daño futuro.

1.- Introducción

La existencia del daño es uno de los factores determinantes de la responsabilidad civil, alejándose en ese sentido de la moral o el derecho penal, en donde se castiga la intención o exteriorización mínima de una conducta, con prescindencia a que se haya producido o no el efecto perjudicial. En el ámbito civil, si no existe daño es imposible demandar una reparación.

En general, se hablará de daño y perjuicio indistintamente, reconociendo, en todo caso, que se ha planteado que son conceptos distintos ya que daño se refiere a aquel efectivo o real, y el perjuicio, por su parte, dice relación con el detrimento patrimonial sufrido y el lucro frustrado¹.

* Abogada, Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico cbnovoaa@uc.cl.

** Abogada, Master en Estudios Latinoamericanos (Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca, España), Master en Ciencia Jurídica (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile), Candidata a Doctor en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile). Docente en la Facultad de Derecho, Universidad Mayor. Docente Seminario Preparación de Trabajos de Investigación (Pontificia Universidad Católica de Chile). Correo electrónico nsdacosta@uc.cl.

¹ FUEYO, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, pp. 354-355.

Como aproximación y en términos amplios, puede señalarse que se trata de todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia al suponer la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo².

La jurisprudencia lo ha definido en igual línea como “*todo menoscabo que experimente un individuo en su persona o bienes, la pérdida de un beneficio de índole moral o materia, de orden patrimonial o extrapatrimonial*”³.

En algunos ordenamientos jurídicos de América Latina, las regulaciones respecto al daño se encuentran establecidas en los Códigos Civiles, y en otros países la regulación se da más por la vía jurisprudencial. No sucede lo mismo con la definición de daño, que no siempre se encuentra en el derecho de fondo, sino también en la jurisprudencia.

Ejemplificando, el concepto de daño, se encuentra contenido en los códigos civiles de Argentina⁴ y Paraguay⁵, que siguen el *Esboço* de Teixeira de Freitas. Ante esto, la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas han elaborado diversos conceptos que coinciden en cuanto a que el daño implica un “*menoscabo, disminución o detrimento*”, pero que difieren en cuanto a la zona jurídica afectada⁶.

En referencia a países europeos se puede decir que daño es “*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o patrimonio*”⁷, o “*el daño coincide en todo caso con la lesión de un interés o con la alteración in peius del bien idóneo*”

² ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Ediar Editores, Santiago, Chile pp. 210. En este mismo sentido amplio, se indica que se trata de “el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”, ESCRICHE, Joaquín (1852), *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Compañía, París, Francia, pp. 528. También se ha dicho que “atendiéndonos a la más lata significación, cabe decir que toda invasión prohibida en la esfera de libertad de una persona tipifica un acto ilícito –sea por acción o por omisión, puesto que esta última se equipara a la acción – y provoque o no detrimento, alteración, menoscabo, lesión, etcétera en su patrimonio, afecciones íntimas, reputación, honor, etcétera”. BORGA, Ernesto (1956): *Enciclopedia Jurídica Omeba* Tomo V, Editorial Bibliográfica Buenos Aires, Argentina, pp. 511. ZANNONI, Eduardo (1982): *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, pp. 3 y siguientes. En España, se opta también por una definición amplia, tratándose de una idea abierta: GARCÍA AMIGO, Manuel (1995): *Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw Hill, Madrid, España, pp. 25.

³ Corte de Santiago, 16/10/1954, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LI, sec. 1ª, pp. 448; Corte de Santiago, 06/11/1972, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXIX, sec. 4ª, pp. 181; Corte de Santiago, 03/06/1973, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXX, sec. 4ª, pp. 65; Corte de Santiago, 15/09/1999, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCVI, sec. 1ª, pp. 158; Corte de Concepción, 28/08/2002, Gaceta Jurídica 266, pp. 210, entre otras.

⁴ Art. 1068 CC Argentino “*Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o directamente por el mal hecho a su persona o a su derecho o facultades*”.

⁵ Art. 1835 CC Paraguay “*Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión*”.

⁶ DIEZ, J. L., (2005) *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina. Una visión histórico comparativa*. Revista Anales UC, Segunda Jornada. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

⁷ LARENZ, Karl, citado en SANTOS BRIZ, J. *Derecho de obligaciones*, versión española, tomo I, pp. 193, en DÍEZ PICAZO, Luis (2000), *Derecho de daños*, Editorial. Civitas, Madrid, España, Reimpresión, pp. 307.

*para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en los supuestos de sustracción de la posesión de una cosa*⁸

En la doctrina francesa, además de establecer que debe indemnizarse “todo el daño y nada más que el daño”, se hace una diferenciación entre el *damnum* (lesión sufrida) y el *préjudice* (la consecuencia de la lesión), recalcando que el daño es la condición *sine qua non* de toda responsabilidad.⁹

La doctrina italiana se refiere con extrañeza a esa distinción que hacen los juristas franceses sobre daño y perjuicio, ya que para ellos estos dos conceptos son sinónimos. En los tratados italianos se distinguen dos tipos de intereses: uno de naturaleza económico-patrimonial y el otro de naturaleza moral.

En definitiva, las concepciones que se hacen de daño, según se observa, son muy amplias, por lo cual se podría abrir la posibilidad de reclamos de todo tipo. Con el fin de evitar incurrir en esta situación, la que podría acarrear el colapso del sistema judicial y las presentaciones o demandas de algunas personas inescrupulosas, es que se buscó otra manera de limitar al daño.

En otras palabras, la definición importa una gran cantidad de hipótesis¹⁰, reconociendo desde ya – sin distinguir si se trata de sede contractual o extracontractual - el detrimento causado tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial.

Ahora bien, tal como se ha esbozado, si se habla del daño es porque cumple una función importante en la responsabilidad civil. Así, se trata como un presupuesto inexcusable para que se esté frente a un caso de procedencia de la indemnización de perjuicios, ya que si no hay daño, aun cuando fuera intencionada, dirigida a dañar a otro, no podrá declararse que se está frente a una hipótesis de dicha responsabilidad, a diferencia de la penal en que se sanciona la tentativa¹¹. En otras palabras, la obligación de indemnizar surge porque se ha sufrido precisamente un daño¹².

Ello se encuentra reconocido incluso jurisprudencialmente puesto que se fallado que, para que un hecho culposo de lugar a la responsabilidad civil, es imprescindible que este hecho cause

⁸ SCONAMIGLIO, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, voz “Risarcimento del danno”, pp. 7, Torino, 1969, en DIEZ PICAZO Luis (2000), *Derecho de daños*, Editorial. Civitas, Madrid, España, Reimpresión, pp. 307.

⁹ “On évitera de confondre le dommage qui est la lésion subie (le *damnum*) et le préjudice, qui est la conséquence de la lésion (le *prae-judicium* i.e qui est porté devant *prae-* le *juge-judicium*) même si souvent dans la pratique les termes sont synonymes”. DELEBEQUE, P. - PANSIER, F. (2003), *Droit des Obligations. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 2^a Ed., Litec, Lexis Nexis, París, Francia.

¹⁰ Valga, en todo caso, aclarar que una noción amplia, introduce ciertos problemas desde que equivale a no dar una definición propiamente tal, entregándole al juez la función de precisar cuándo hay daño, produciendo incertidumbre y decisiones contradictorias. Por ello se sugiere hablar de situación jurídica afectada por ser más amplia que la privación o atentado a un derecho y, por otra parte, le confiere mayor precisión al daño. DOMÍNGUEZ Á., Ramón (2000): “Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Vol. 2, p. 331.

¹¹ GARCÍA AMIGO, Manuel (1995): *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Editorial McGraw Hill, Madrid, España, pp. 25.

¹² ROCA, Encarna (2003): *Derecho de daños*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 137.

daño¹³. En igual sentido, que “para que un hecho culposo cause responsabilidad civil es indispensable que cause daño y se pruebe su monto”¹⁴. Esta conclusión es evidente desde que, de lo contrario, nada habría que reparar y si se otorgara alguna suma de dinero, aquel que lo recibiera, se estaría enriqueciendo sin causa.

De esta forma, el daño se trata como un requisito¹⁵ para que proceda la indemnización de perjuicios, junto a la acción y omisión, la relación causal, el factor de atribución¹⁶ y, tratándose de la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, la constitución en mora.

Relacionado con lo anterior, esto es, la amplitud de la noción del daño como requisito o elemento de la responsabilidad civil, cabe preguntarse si todo daño da lugar a la indemnización, es decir, para que este daño sea idóneo para solicitar su resarcimiento, surge la necesidad que éste se juridice, esto es, que sea capaz de generar una respuesta del ordenamiento jurídico en orden a reparar a la víctima.

Se ha entendido¹⁷, que basta que se lesione un interés para que se genere daño indemnizable, no siendo exigido un derecho subjetivo propiamente tal para demandar su reparación.

¹³ *Supermercado de Telas S.A. con Banco de Santiago* (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 1997 (Recurso de Apelación) Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, sec. 2, p. 67.

¹⁴ Corte de Santiago, 5 de junio de 1997, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCIV, sec. 2ª, pp. 67.

¹⁵ En realidad, se trata de un elemento esencial de la responsabilidad civil ya que su función es precisamente, la reparación de los daños. Hay otros que la tratan como condición de la acción de daños ya que existen hipótesis de sanción al acto ilícito aun cuando no exista daño, como ocurre en la nulidad de negocios jurídicos. Al respecto ver DOMÍNGUEZ Á., Ramón (1990): “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Chile, Nro. 188, 1990. pp. 125-126.

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José (1992): *Derecho civil español común y foral*, Editorial Reus, Madrid, España, pp.272-273. En igual sentido, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001): *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, España. En Chile, entre otros, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC sistematizan los requisitos de la indemnización como la infracción de la obligación, la imputabilidad, la interpelación y los perjuicios causados: ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (2001): *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 264. A su vez, Abeliuk indica que para que proceda la indemnización de perjuicios es necesario que concurra el incumplimiento de la obligación, el daño, el nexo causal, la imputabilidad, que no exista causal de exención de responsabilidad y la mora en caso de estar en sede contractual. ABELIUK (2003): *Las obligaciones*, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2 vol. p.730. Por su parte, CORRAL TALCIANI señala que estos requisitos son: un hecho o acto voluntario, que sea antijurídico, que exista igualmente un daño, que exista un nexo causal entre el hecho y el daño y que sea posible reprochar esta conducta: CORRAL TALCIANI, H. (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, pp. 105-106.

¹⁷ ALESSANDRI R., A. (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile; DOMÍNGUEZ Á., Ramón (2000): “Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Vol. 2, pp. 331. Este autor sostiene que por ello es preferible hablar de situación jurídica afectada al precisar de mejor forma al daño incluyendo toda alteración o perturbación a cierto interés lícito y cierto. DIEZ SCHWERTER, J.L. (1997), *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 25; CORRAL TALCIANI, H. (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, pp. 139. En la jurisprudencia, *Gómez con Ferrocarriles del Estado* (1946): Corte Suprema, 9 de septiembre de 1946 (Recurso de Casación en el Fondo), RDJ T. 44 sec. 1 p. 130. pp. 130-135.

La conclusión previa es atendible si se considera una definición amplia del daño, ya que la restrictiva la reduce a proteger, exclusivamente, derechos subjetivos¹⁸.

En otras palabras, este perjuicio, menoscabo, generado tanto frente a la existencia o no de un contrato, basta que lesione un interés patrimonial o extrapatrimonial para que permita exigir la indemnización, la reparación de dicho detrimento experimentado por la víctima.

Lo dicho habilita que, desde ya, sea posible vislumbrar el requisito central del daño para que sea indemnizable, esto es, que lesione un derecho o interés legítimo¹⁹. Sin embargo, no es el único ya que también es necesario que este daño sea cierto y que éste no haya sido ya indemnizado²⁰.

2.- Certeza del daño.

La doctrina²¹ entiende que sólo son reparables los daños cuando son ciertos, es decir aquellos que son reales y efectivos. Por ende no son resarcibles los perjuicios meramente eventuales o hipotéticos.

Por lo demás, alguno de ellos contemplados en el Código Civil, por ejemplo en los artículos.: 1437 (nacimiento de las obligaciones), 2314 (comisión de delitos y cuasidelitos), 2315 (sujetos legitimados), 2318 (actuar del ebrio), 2319 (hechos de incapaces), 2325 (hechos de dependientes),

¹⁸ ALTERINI, Aníbal (1998): *Derecho de obligaciones*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, pp. 224.

¹⁹ ABELIUK, René (2003): *Las obligaciones* Tercera Edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp.226.

²⁰ ABELIUK, René (2003): *Las obligaciones* Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile pp.226. otros autores agregan, además de la certeza y la licitud, el que deba ser un perjuicio personal: TAMAYO JARAMILLO, Javier (2008): *Tratado de Responsabilidad Civil* (Bogotá, Editorial Legis) Tomo II pp. 336 y siguientes. Se han dado distintos sistematizaciones que, en definitiva, permiten concluir cinco condiciones tales como que en primer lugar, el daño debe ser ocasionado por una persona distinta del ofendido y ello explica que el monto de la indemnización se reduzca si en el hecho hubo responsabilidad de la víctima; en segundo lugar, se exige un criterio de anormalidad, esto es, el daño debe ser significativo, no dan derecho a indemnización aquellas molestias propias de la vida en sociedad; como tercer requisito, y reiterando lo antes expresado, el interés debe ser legítimo, entendiendo por ellos todos los intereses que no son contrarios al derecho. En principio todo perjuicio a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, siempre que no atente contra la ley o las buenas costumbres; en cuarto lugar, se exige que el daño sea directo, lo cual implica que el daño debe ser en relación al hecho o consecuencia inmediata o mediata del mismo; una quinta exigencia es que no haya sido reparado previamente y, finalmente, el daño debe ser cierto, real, efectivo, tener existencia, de manera tal que si no había daño la víctima se encontraría en mejor situación. En una línea cercana a esta sistematización, BARROS BOURIE, Enrique (2009): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, pp. 222 y siguientes. Sobre este último aspecto, no se profundizará desde que se centrará en el relativo a la certeza.

²¹ ALESSANDRI A., (1987) *De la Responsabilidad Extracontractual en el derecho civil*, Imprenta Universal, pp. 213; DOMINGUEZ A, R. (1990) *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 188, Julio-diciembre (cit.), Rodríguez Grez, P. *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, pp. 265; DIEZ SCHWERTER, J.L. (1997) *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 23

2326 y 2327 (hechos de animales y animales fieros) y 2328 (arrojar cosas de los edificios). El requisito de la certidumbre del daño hace referencia a la materialidad del mismo, a su realidad y sólo puede resultar de su prueba. La exigencia de la certeza del daño implica pedir que quien demanda la reparación acredite haber sufrido un daño.²²

La jurisprudencia chilena también exige el requisito de certeza del daño para que el mismo pueda ser reparado, ya que este elemento hace a la materialidad misma, a la realidad del daño y sólo puede resultar de su prueba.²³ *“Cabe recordar que la indemnización del daño- incluso el moral- requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético, no existiendo método en nuestro ordenamiento jurídico para satisfacer este requisito, que no sea el de su demostración por los medios de prueba aceptados por la ley, desde que, mediante la prueba, se garantiza que el juzgador se encuentra convencido acerca de la verdad de las proposiciones de las partes en un proceso”*.²⁴

En otro fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción²⁵ se dispone que *“Para que un perjuicio sea indemnizable debe ser cierto tanto en su existencia como en su extensión, sin que sea posible reparar daños hipotéticos que al menos en el devenir del tiempo, quedan sujetos a incertidumbre, pues no se sabe si van a ocurrir o no”*²⁶. Ahora bien, la certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o monto²⁷. Esto se explica porque para determinar si un daño es actual o futuro y el perjuicio que el mismo

²² DOMINGUEZ A., R. 1990) *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 188, Julio-diciembre, pp.125-126

²³ Corte de Santiago, 16/10/1954, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LI, sec. 1ª, pp. 488, Corte de Santiago, 30/05/2003, Gaceta Jurídica 275, pp. 97.

²⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 30/12/2009, ROL 1000:09, Microjuris MJJ22605. En este fallo además se rechaza la pretensión de lucro cesante solicitado, toda vez que los antecedentes de prueba allegados al proceso en tal sentido, no resultan idóneos para acreditarlo... También en otro Fallo del mismo organismo, ROL 406:09, Microjuris MJJ22666, se establece, que deben cumplirse las exigencias mínimas que permitan concluir que el daño se produjo efectivamente. En Corte de Apelaciones de Concepción 29/09/2008, ROL:3688/04 Microjuris MJJ 18462 se dispone... Que en todo caso, el monto de los daños ha de fijarse de modo proporcionado a los perjuicios reales o ciertos que hayan resultado como consecuencia directa de la conducta negligente...

²⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 09/06/2007, ROL: 1599/07 Microjuris MJJ17328... en la especie, el lucro cesante demandado se sustenta en la sobrevida de las víctimas y en la estabilidad de sus empleos y actividades lucrativas, hechos inciertos, ya que la posible prolongación de la vida de un ser humano no pasa de ser una hipótesis. Por otra parte, no basta con la posible prolongación de la vida laboral de las víctimas para inferir de ello lo que habrían dejado de percibir por la ocurrencia del siniestro, toda vez que existen numerosas eventualidades, como circunstancias personales, situaciones de la empresa y el mercado, despidos, enfermedades, etc., que pueden influir en la permanencia del trabajo y que por el sólo hecho de suceder, desbaratan todo cálculo hecho con anterioridad, razones que resultan suficientes para desestimar estos cobros formulados en la demanda.

²⁶ La Corte de Apelaciones de Antofagasta determina que la doctrina y la jurisprudencia han establecido los principios que rigen la determinación del daño indemnizable, señalando que *“la indemnización debe ser completa, sólo cuando comprende... daño cierto y que no se trate de un daño hipotético o sujeto a conjeturas”*. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22/04/2008, ROL: 687/07 Microjuris MJJ 17013. En otro fallo además (12/02/2009 ROL: 194/08 Microjuris MJJ 19578) expresa que estando en presencia de una relación jurídica de consumo el daño debe ser cierto y causado por una de las partes en perjuicio a la otra...

²⁷ ACUÑA ANZORENA, *Hechos Ilícitos*, en Salvat, IV, n° 2729, pp.77, nota 4.

causa, lo que se tiene en cuenta es la determinación del contenido y los momentos en que el mismo se produce.

En la doctrina extranjera, especialmente la francesa, – Mazeaud²⁸, Carbonnier²⁹, Chabas³⁰- también está presente, siendo la fuente de gran parte de la legislación latinoamericana. Al colocar la exigencia de que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser eventual o hipotético, más allá del tiempo en el cual se producirán los efectos del daño. Aclaran además que la frontera entre el perjuicio cierto, reparable y el perjuicio eventual pueden ser muy tenues. El último caso (eventualidad) no puede dar lugar a reparación³¹. En la española, Yzquierdo expresa que el daño para ser resarcible, ha de ser cierto, no eventual. Al menos ha de tener una certeza siquiera relativa.³²

Los jueces, al efecto de determinar la certeza del daño, hacen una especie de ejercicio mental, utilizado frecuentemente para la determinación de la causalidad, en el cual suprimen el hecho dañoso y proyectan si la persona perjudicada o dañada se encontraría en una mejor situación que la actual de no haber operado aquel. En expresiones de Meza Barros, esto significaría que el perjuicio no debe ser meramente hipotético. El daño debe ser real, efectivo, de manera que a no mediar el daño, la víctima se encontraría en una mejor situación.³³

Ahora bien, cuando se trata de daños actuales, es decir cuya consecuencia se presenta al momento de la realización de la demanda, no existen mayores problemas en la determinación de la certeza. Los problemas pueden surgir cuando el perjuicio es futuro.

2.1.- Daño actual vs. Daño futuro

Como se expresó anteriormente, el requisito de certidumbre no suele presentar problemas tratándose de un daño actual, ya producido; la existencia del perjuicio no se pone en duda. En este caso la víctima alega que, antes de la presentación de la demanda, ha sufrido una pérdida o que ha dejado de obtener un ingreso o ganancia, que es el objeto u origen del reclamo³⁴.

Los daños actuales son los que han de producirse al tiempo de la sentencia y los daños futuros son aquellos que aparecen como la previsible prolongación o agravación de ese daño actual y que con elevada probabilidad se producirán luego del momento de la dictación de la sentencia.

²⁸ MAZEAUD, Henri – MAZEAUD, Leon, (2008) *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Editorial Parlamento Ltda., Santiago, 2008.

²⁹ CARBONNIER, Jean (1997), *Droit Civil, III, Les biens*, 15ª ed., París, Francia.

³⁰ CHABAS, Francoise.,(2004) *Cien años de Responsabilidad Civil en Francia*. Trad. y notas Mauricio Tapia, Gazzete du Palais, Ed. Van Dieren Editeur, París, Francia.

³¹ BRUN, Phillippe,(2005) *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, Litec, París, Francia. pp. 115

³² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, dykinson, Madrid, España, pp. 144.

³³ MEZA BARROS, Ramón (1980), *Responsabilidad civil*, Edeval, Santiago, Chile, pp. 103.

³⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2006), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 237.

Un ejemplo sencillo, es el del accidente de tránsito, donde la persona sufre la destrucción de su vehículo, pero también graves lesiones corporales. En este caso los gastos para la reparación del automóvil y los provenientes de las curaciones de las lesiones, constituyen el daño actual (daño emergente). También serán daños actuales y futuros los derivados de los ingresos que deje de recibir en el momento de la convalecencia en el hospital y por la imposibilidad de contar con el vehículo para el traslado al lugar de trabajo, esto se incluye en el denominado lucro cesante. Pero si como consecuencia del accidente, a esta persona le quedaron secuelas permanentes o discapacidad laboral y debe continuar de por vida con costosos tratamientos, se configura puramente el daño futuro.

La jurisprudencia tiene muchos principios en la materia. No se presenta dificultad si el perjuicio se ha realizado, el mismo debe ser reparado. En caso de daño futuro cierto, cuando no se sabe exactamente cuándo se va a producir, igual se debe hacer lugar a la demanda y admitir la indemnización, si el mismo es susceptible de evaluación.

Lo anterior, por cuanto lo que constituye la certidumbre del daño, más que su realización, es el hecho de haberse producido las circunstancias que lo determinan. Así, se sostiene que el daño futuro es cierto y por tanto, debe indemnizarse, por cuanto la cuantía podrá ser incierta, pero no su existencia³⁵.

Dicho de otro modo, no se entiende que la demanda sobre un hecho que posteriormente ocurrirá, como consecuencia del evento dañoso, sea rechazada en un primer momento, dado que posteriormente deberá ser admitida. Lo relevante más allá del tiempo de producción de los perjuicios, es que los daños deben ser siempre ciertos³⁶, porque si no puede probarse su existencia, no deben ser indemnizados.

La STS de 21/02/2003³⁷ considera que la prueba del daño corresponde al reclamante cuando le resulta disponible y que en este aspecto de la reclamación no cabe inversión de la carga de la prueba. Sin embargo la STS N° 818 de 12/09/2002³⁸ considera que no cabe exigirse al

³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Ediar Editores, Santiago, pp. 214-215. De un modo sólo aparentemente, más restringido, Alterini, para quien, el daño futuro se indemnizará sólo en la medida en que aparezca como consecuencia por lo menos probable del hecho antecedente: ALTERINI, Atilio (1999): *Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, pp. 125. En Chile, sigue una línea similar, BARROS BOURIE, Enrique (2009): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, pp. 237 y siguientes.

³⁶ DELEBEQUE P., PANSIER F., (nota 11), pp. 73

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Español, sala de lo Civil, n° de Recurso 2034/1997, n° de Sentencia 157/2003, Madrid, Centro de documentación judicial, Id. Cendoj 28079110012003102092. Fundamento primero, párrafo quinto.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, n° de Recurso 632/1997, n° de Sentencia 818/2002, Madrid, Centro de documentación judicial, Id Cendoj 28079110012002102492. Fundamento de Derecho Segundo “.. *En la obligación de reparar el daño causado, partiendo de la concurrencia de los presupuestos de la acción u omisión que causa el daño, que en este caso han sido admitidos y puestos de manifiesto como hechos acreditados en la sentencia de instancia, no cabe exigir al perjudicado la prueba de cómo era el estado anterior de la cosa dañada antes de sufrir el daño, pues se trataría de una típica probatio diabólica, de un caso en que tan sólo podría darse una prueba extrañamente preconstituida y de una imposición al que ha sufrido el daño que no encajaría con los criterios normales de razonabilidad*”.

demandante la prueba de la situación de la cosa dañada antes de producirse el daño, porque ello constituye una *probatio diabólica* y debe considerarse que se encontraba en un estado normal, lo que no constituye según la mencionada sentencia, ninguna inversión de la carga de la prueba.³⁹

Difícil es mostrar y probar que es *cierto* el daño futuro, pues este envuelve una eventualidad. De este modo, se ha planteado⁴⁰ que al hacer referencia a daño actual o al daño futuro, el jurista se ubica en un momento que es cronológicamente posterior al evento dañoso: es el momento de la sentencia judicial que declara reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil del obligado a responder, estima en particular los daños producidos a la víctima y finalmente condena a su resarcimiento.

De lo señalado se infiere la distinción existente entre daño emergente y lucro cesante⁴¹, donde el primero no presenta mayores problemas en cuanto a su certeza, aunque a veces se presenta en su valoración. Respecto al segundo, la situación se vuelve más incierta, no porque el daño no se vaya a producir, sino por lo complicado para determinar el monto que correspondería indemnizar.

2.1.1.- Daño emergente:

El daño emergente puede ser definido como cualquier disminución que experimenta el patrimonio de la víctima como resultado del siniestro o accidente, la pérdida del valor presente.⁴² Para otros se define como el detrimento patrimonial efectivo que sufre la víctima. “*Es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo)*”.⁴³

Entonces, el daño emergente es todo detrimento, disminución, empobrecimiento que sufre una persona en sus bienes y patrimonio como consecuencia del hecho dañoso, en el momento que ocurre el mismo y se reclama en la demanda, y que le privan del uso, goce y disposición de los mismos, o le hace incurrir en gastos para tratar de volver a los mismos al estado más parecido al que se encontraban antes del injusto.

³⁹ ROCA, Encarna (2003), *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 140.

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo (1982), *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires, Argentina, pp. 41

⁴¹ DIEZ PICAZO, Luis (2000), *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Reimpresión, Madrid, España, pp. 322. Esta distinción se realiza en todos los sistemas de responsabilidad civil, siendo de origen muy antiguo. Diez Picazo expresa en este sentido que “*Una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de damnum emergens y lucrum cessans”, donde el primero se refiere a las pérdidas sufridas y gastos efectuados para responder al daño y la segunda comprende el lucro frustrado, las ganancias económicas que no se percibirán y las mermas económicas de beneficios que se percibían, que se producirán por causa del daño.*

⁴² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2005), *El perjuicio patrimonial por daños físicos en Chile*. Anales UC, Segunda Jornada, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, pp. 235

⁴³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003), *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, pp. 265.

2.1.2.- Lucro cesante:

Consiste en la privación de una ventaja económica que, como consecuencia del ilícito, la víctima no va a poder lograr. Siempre constituye un daño futuro y por lo mismo es difícil calcularlo.⁴⁴ Son las ganancias dejadas de obtener o el lucro o beneficio frustrado. En este sentido es importante recordar que este tipo de daño presenta los caracteres de incertidumbre similares a los de los daños eventuales, por ello es de difícil cuantificación, aunque no se tratan de daños hipotéticos, sino daños ciertos.

De esta forma, se sostiene⁴⁵ que al estimar el lucro cesante, se realiza una operación intelectual que exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido, así existe una gran diferencia entre aquellos supuestos que la fuente de ganancia y la ganancia existían antes que el daño y es por su intromisión que se impide. Lógicamente se reconoce que existen otros mucho más difíciles de establecer, que son supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de muchos factores.

El lucro cesante abarca, no sólo las lesiones corporales, sino también, lo que es su rasgo principal, la pérdida o disminución de las capacidades laborales, es decir de obtener sus propios ingresos, por lo cual todo esto debe ser tenido en cuenta a la hora del cálculo de la indemnización. Ahora bien, este rubro presenta algunas dificultades que no las tiene el concepto de daño emergente y que precisamente se refieren al requisito de certidumbre, analizado en este trabajo. Por ello, a veces resulta de elevada dificultad concluir qué perjuicio es realmente el cierto y cómo indemnizar el mismo.

Coincidiendo con Elorriaga, en la doctrina chilena ha existido un problema de enfoques. El lucro cesante ha sido definido en oposición al daño emergente, en una suerte de antagonismo que no es real. *“No se trata de conceptos opuestos, sino de daños distintos, entre los que no existe necesariamente una oposición conceptual como parece desprenderse de la doctrina tradicional.”*⁴⁶ Alessandri⁴⁷, por ejemplo, define al daño emergente como *“la pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación o del cumplimiento imperfecto o tardío de ella; es el empobrecimiento efectivo, la disminución real del patrimonio que el acreedor sufre a consecuencia del incumplimiento de la obligación”*.

El lucro cesante es *“la utilidad que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento efectivo, oportuno e íntegro de la obligación...la privación de la ganancia, que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiere cumplido”*.

⁴⁴ RAMOS PAZOS, René (2003), *De la Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, pp. 82.

⁴⁵ DÍEZ PICAZO, L., (2000), *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, España, pp. 323.

⁴⁶ ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN (2006) *“El perjuicio patrimonial por daños físicos en Chile”*, en Revista Anales Derecho UC: Temas de responsabilidad civil, P.U.C., 2006, Núm. 1, pp. 231-258, pp. 237.

⁴⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1939), *Teoría de las obligaciones*, Santiago, pp. 97.

Por su parte, Fueyo⁴⁸ se refiere al daño emergente como “*la pérdida efectiva que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento en alguna de sus formas*”, y al lucro cesante como “*lo que el acreedor deja de ganar con motivo de la infracción del contrato*”

Las definiciones parecen referirse exclusivamente a los daños surgidos de las relaciones contractuales, dejando de lado las que se producen fuera de ese ámbito. La prueba que se rinda en relación a este rubro está destinada a acreditar con razonable certeza que éste existe, lo que implica demostrar que se percibían ingresos provenientes del ejercicio de alguna actividad y que “salvo hipótesis excepcional, era racional entender que los seguiría percibiendo”, el demandante.⁴⁹

Para Diez⁵⁰, el juez en materia extracontractual tiene facultades suficientes como para no rechazar las indemnizaciones por lucro cesante bajo el pretexto de que no se ha acreditado de un modo fehaciente su monto preciso o que existen dificultades en cuanto a su cálculo. Y esto se relaciona directamente con que la certidumbre del daño, en este rubro por lo menos, está en relación con su existencia y no con el monto.

En la jurisprudencia, también se ha discutido sobre la diferencia de estos conceptos. En este sentido, en términos generales, se ha definido al daño emergente como el empobrecimiento, disminución o pérdida que sufre el acreedor por el incumplimiento del contrato; y al lucro cesante como lo que el acreedor deja de percibir por el incumplimiento del contrato o la comisión de un delito o cuasidelito.⁵¹

Entonces, en cuanto al lucro cesante, se pueden realizar las siguientes observaciones: si bien no es un daño actual sino futuro, es un daño cierto, de difícil cuantificación; la determinación del grado de certeza y monto de la indemnización dependerá de la situación en la que se encontraba la víctima (si tenía trabajo estable, un proyecto en marcha o suficientemente desarrollado, dinero en el banco, casas en alquiler, etc.) y, que existen variados sistemas de cálculo de las indemnizaciones por este rubro.

En el caso de que exista una probabilidad suficiente o elevada de que de que el daño se vaya a producir, el derecho da por satisfecha la condición de certeza, la cual se aplica mayormente a los daños patrimoniales, porque en general, los morales se infieren de presunciones.

En párrafos anteriores se había expresado que los daños futuros aparecían como la prolongación o agravación del daño actual. Pero también puede haber daños futuros que no lo son, sino que son un nuevo daño o un daño distinto. Aquí corresponde advertir si los daños son

⁴⁸ FUEYO LANERI, F. (1991) *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Jurídica, Santiago, pp. 451.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA., R. Y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R., *Comentarios de Jurisprudencia*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 192, pp. 215.

⁵⁰ DIEZ SCHWERTER, J.L. (1997), *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp.23.

⁵¹ Hay numerosas sentencias que se pronuncian en este sentido como por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, 11/07/2000, Fallo del Mes, n° 503, pp.3659; Corte de Apelaciones de Santiago 09/07/2002, Fallo del Mes, n° 510, pp 959; Corte de Apelaciones de Santiago 10/07/2002, Fallo del Mes, n° 506, pp 5267, entre otros.

consecuencia necesaria del evento dañoso, porque, siguiendo a Zannoni, el juicio de imputación causal toma al daño como efecto de un hecho, de un acto productor de éste, de una causa⁵².

Si se trata de un daño futuro que con probabilidad cercana a la certeza va a ocurrir, la víctima no necesita esperar que se materialice y puede demandar su reparación anticipada porque se trata de un daño suficientemente cierto. Uno de los casos más frecuentes es el de los daños futuros por daño corporal y sobre todo los del lucro cesante. La reparación de daños futuros se hace a condición que sean daños inevitables.⁵³

En definitiva, respecto de los daños actuales no existe mayor problema. En cuanto a los daños futuros, los mismos deben revestir caracteres de certeza suficientes o elevados, para que sean avaluables y puedan ser reparados. El juez, en ejercicio de su discrecionalidad y prudencia solicitará los antecedentes y elementos necesarios para poder realizar la determinación y cuantificación del daño y su correspondiente indemnización o reparación.

2.2.- Daño futuro vs daño hipotético

Como el interés para demandar debe ser efectivo, real y cierto, no corresponde enfrentar al daño actual con el daño futuro, ya que ambos tipos revisten esas características. Lo correcto sería oponer el daño cierto- sea este actual o futuro- al daño eventual, ya que este último es meramente hipotético, consecuentemente, no sería objeto de reparación.

Se consideran como eventuales, por ejemplo, el riesgo a adquirir cáncer una persona que estuvo expuesta a contaminación o el caso de un recién egresado que sufrió un accidente, en relación a los ingresos que recibiría durante su vida laboral. En estos casos las demandas deben ser rechazadas porque resulta completamente incierto lo que podría suceder en el futuro.

El umbral entre daño futuro cierto y el eventual o hipotético queda al completo criterio del juez, quien es el que debe evaluar su admisión. Siguiendo a Barros⁵⁴, se puede decir que pareciera haber tres posibles hipótesis sobre la ganancia o pérdida futura que ayudan a la clasificación de esos daños: la primera, consiste en una elevada probabilidad, esto es, se produce cuando el daño casi se tiene por cierto. La víctima tenía un trabajo estable, los intereses que produce el dinero, la renta de una casa que ha sido destruida, la segunda se trata de una probabilidad significativa, lo que implica que el daño es tenido como meramente probable y no debería ser reparado totalmente. Por ejemplo, el caso del caballo que debía correr y se lesiona justo antes de la carrera por un hecho imputable al hipódromo, en este caso la indemnización que corresponde es la proporción calculada en base a la probabilidad que el mismo tenía de ganar la carrera, finalmente, la tercera, es la probabilidad remota: el daño es típicamente eventual y no da lugar a reparación.

⁵² ZANNONI, E., (2005) *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires, Argentina.

⁵³ Así, ALESSANDRI, MAZEAUD – CHABAS, VINEY – JOURDAIN, citados en BARROS BOURIE (2009) *Tratado*, cit., pp. 237

⁵⁴ BARROS BOURIE, Enrique (2009): *Tratado*, cit., p. 238-239.

El problema es establecer un límite razonable al daño reparable y como los mismos no están establecidos en la legislación, queda a criterio del juez, apoyado en la doctrina, el determinar esos límites.

2.3.- Certeza del daño e interés lesionado

El daño debe ser susceptible de apreciación pecuniaria para hacer posible el resarcimiento. No se pueden incluir en el concepto de daño, aquellos que son comunes a la vida en sociedad.

Anteriormente, la doctrina se dejaba llevar por lo establecido en la máxima “*de minimis non curat praetor*”, es decir, de lo insignificante o mínimo el pretor no se ocupa, y con ello afirmaban que el daño mínimo, insignificante, es carga del damnificado. La existencia del daño, es decir su certeza, como requisito de su indemnizabilidad presupone su magnitud.⁵⁵

En contra, se ha expresado que no existe ninguna norma que establezca ese principio y que casi nada significa algo, que por más ínfimo que sea, debe ser reparado.⁵⁶

Cuando la lesión o agravio afecta a un derecho subjetivo no debería estarse respecto de la magnitud del perjuicio, porque sin importar el *quantum* del mismo, lo que se afecta es un interés tutelado por la ley, lo que le atribuye un poder actuar.

Ahora bien, si se trata de un interés simple, corresponde discernir en cada caso si su lesión o agravio excede la razonable carga de soportar el perjuicio a la luz de los beneficios a la luz del *Ubi emolumentum ibi onus*.⁵⁷ En caso afirmativo se estaría por la demanda de la víctima para que le sean reparados los daños causados.

3.- El daño ante la probabilidad de resultados.

Se discute que las únicas alternativas sean que el daño pueda ser cierto o eventual. Si así fuere, en los casos de eventualidad el juez sólo tendría las opciones de declarar que la probabilidad es suficientemente alta como para estimar que la ganancia perdida es cierta, caso en el cual debe dar

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar Editores, Santiago, Chile, pp.213 no está de acuerdo con este criterio, expresando que si el interés es legítimo habrá daño reparable, aunque esa pérdida, detrimento o disminución no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación. En contra de esta posición se encuentran los profesores Domínguez A, Corral, Díez y la Corte de Santiago, 31/03/1970, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, t. LXVII, sec. 4º, pp 42. La jurisprudencia alemana por su parte habla de daños de bagatela y los circunscribe al daño moral consistente en turbaciones pequeñas y temporales del bienestar del demandante. Esta limitación de los perjuicios reparables incluso alcanza pequeñas heridas y privaciones de libertad por un par de horas en ocasión de redadas e incidentes. En Argentina, muchos autores compartían ese criterio, siguiendo a Pothier en cuanto su expresión “casi nada se mira como nada”.

⁵⁶ ZANNONI, E. (1982) *El daño en la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, p 27.

⁵⁷ *Ibid*, p 30.

lugar al total de los daños; o bien, que la probabilidad de ganancia es baja o aleatoria, de modo que el daño debe tenerse por eventual y no hay lugar a reparación alguna.⁵⁸

La discusión en este ámbito se da porque pueden presentarse preguntas respecto de los límites entre certeza y mera eventualidad, surgiendo una situación intermedia, que es la de la probabilidad, en los casos en que el daño ya se ha producido, pero no se sabe con exactitud si es atribuible al hecho del demandado. Es lo que sucede si el hecho del demandado aumentó el riesgo que se produjera un daño o provocó la pérdida de oportunidad de obtener beneficios o evitar algún tipo de pérdida.

Por ello es importante distinguir la pérdida de oportunidad del daño eventual. En el caso del daño eventual, la incertidumbre afecta a la materialización del daño, es decir no se tiene certeza sobre si el daño se producirá; en la pérdida de oportunidades, los daños ya se han producido, pero la dificultad reside en la atribución cierta del mismo al hecho del demandado, aunque no se tenga una elevada certeza debe tenerse por lo menos una conocida probabilidad de esa relación de causalidad.

Entonces, para que el daño sea resarcible, también en este caso, debe ser potencialmente cierto, real y efectivo, ya que si el mismo reviste más caracteres de eventual o hipotético no corresponderá otorgar ningún tipo de indemnización.

Por otra parte, lo expresado con anterioridad, no se traduce en que el daño debe ser actual, perfectamente puede ser futuro, pero debe revestir los caracteres de certeza exigidos para ese tipo de daños.

3.1.- Pérdida de chance o de oportunidades

Suele ser difícil apreciar la certeza del perjuicio cuando el demandado ha privado por su culpa al demandante de una probabilidad de tener una ganancia o evitar una pérdida. No cabe esperar aquí para ver si el perjuicio existirá o no. Por causa del demandado el desarrollo del acontecimiento, que podría haber generado la pérdida o ganancia, ha terminado.⁵⁹

La doctrina francesa utiliza la expresión “*perte d'une chance*” para los casos en que el demandante reclama indemnización porque por el hecho culpable del demandado no pudo aprovechar una oportunidad o ejercer un derecho, del cual con alta o baja probabilidad, pero no con certeza, obtendría un beneficio o evitaría una pérdida.⁶⁰

En estos casos sucede que el hecho dañoso provocó que la víctima padezca la pérdida de una chance u oportunidad de acceder a beneficios futuros o evitar pérdidas. En este supuesto no estamos frente al lucro cesante, sino frente a una expectativa o esperanza de obtener

⁵⁸ BARROS BOURIE (2006), *Tratado*, cit., pp. 239.

⁵⁹ MEZA BARROS, (1980) *Responsabilidad civil*, Editorial Edeval, Santiago, Chile, pp. 104

⁶⁰ BARAONA GONZALEZ, J. (2004), *La cuestión causal en la Responsabilidad Civil Extracontractual: Panorama de derecho comparado*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N° 2, pp. 211

beneficios económicos futuros. La víctima no tenía la certeza de que lograría ese beneficio o evitaría la pérdida, pero si tenía la esperanza de ponerse en la situación correcta para obtener lo que esperaba y postular a ello, y es eso lo que le ha sido frustrado.

En la pérdida de chance siempre coexisten un elemento de certeza y uno de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el hecho, el dañado mantendría la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida. Incertidumbre de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho, que era el presupuesto de la chance, se hubiera obtenido la ganancia o evitado la pérdida.

Los ejemplos clásicos en esta materia son: el caballo de carrera que debía participar de una competencia y por culpa del transportista no llega a tiempo para la misma, con lo cual el dueño del caballo ve frustrada su expectativa de ganar el premio; o el caso de abogado o procurador negligentes que dejan vencer los plazos para presentar un recurso y le hacen perder al cliente la chance de ganar el pleito.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha debido entonces recurrir a precisiones en punto a la certeza del daño futuro. Es claro, las esperanzas, probabilidad o chances, no permiten afirmar con certeza que, por ejemplo, el caballo habría ganado la carrera o el litigante habría triunfado en el pleito.⁶¹

Pero considerando eso, cabe preguntarse si la pérdida de chance ¿es un daño simplemente eventual o hipotético? ¿Puede constituirse en más que eso?

Si bien los tribunales no tienen dudas en conceder la indemnización en los casos en que el daño es cierto –sea este actual o futuro- y rechazarla cuando el daño es puramente hipotético o eventual, se encuentran sin embargo con situaciones que no son tan claras, como ocurre en el caso de la pérdida de chances. La dificultad proviene de que, esta vez, ya no es posible esperar para saber si el perjuicio ocurrirá o no; la realización del perjuicio ya no depende de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada podrá ya modificarla; por culpa suya, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o pérdidas.⁶²

Lo anterior se ha ido modificando, en el sentido que se ha ido reconociendo que en la pérdida de chances o posibilidades, existe efectivamente una probabilidad que tiene en sí misma un valor económico que debe ser apreciado al evaluar los daños reparables⁶³.

En un célebre fallo francés⁶⁴, el propietario de un caballo impedido de participar de una carrera demanda la indemnización fundada en la chance perdida de ganar el premio⁶⁵. En

⁶¹ ZANNONI E., (1982) *El daño en la Responsabilidad Civil*, cit., p 49.

⁶² MAZEAUD H. - MAZEAUD L., (2008) *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Parlamento Ltda., p. 32.

⁶³ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón (2000): “Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil” en *Revista Actualidad Jurídica* N°2 pp.333 y 334.

⁶⁴ Rouen 08/08/1903, DP 1904, 2, 175

Francia existen numerosos casos en este sentido,⁶⁶ y fueron introducidos especialmente como consecuencia de los casos de negligencia y sobre todo médica⁶⁷.

En Chile, la doctrina se plantea si debe indemnizarse la pérdida de chance, entendida esta como una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida.

Domínguez Águila, comentando una sentencia de la Corte de Concepción, precisa que la reparación de una chance “no equivale a reparar un daño hipotético, sino uno que es cierto, en cuanto la probabilidad puede ser también un valor apreciable en dinero, es decir, con valor patrimonial”.⁶⁸ Por otra parte este autor explica que existen algunas situaciones donde es problemático saber cuándo hay certeza, especialmente en la pérdida de chances. “Nunca se ha aceptado que ella pueda ser un daño reparable, justamente por falta de certeza, siguiéndose sin discusión la opinión de Alessandri... sin

⁶⁵ DELEBECQUE P. - PANSIER (2003), *Droit des Obligations. Responsabilité civile, délit ET quase délit*, Editorial Litec, Lexis Nexis, pp 74.

⁶⁶ “Ainsi furent indemnisés la perte d’une chance pour une veuve de profiter de la situation brillante que pouvait espérer son époux étudiant de médecine (Cass. Crim 24/02/1970: JCP 1970, II, 16465), la perte d’une chance d’une fiancée de se marier (Rouen 09/07)1952: D 1953, p. 13) ou encore la perte de chance de survie (Cass civ. 25/05/1971: JCP 1971, II, 19859).

La Cour de Cassation doit souvent apprécier la réalité d’une perte de chance, avancée par l’une des parties. “Attendu qu’ Eric et Philippe Petit ont demandé l’indemnisation du manque de gagner résultant pour eux de la charge de la rente que le défunt servait à leur mère, a titre de prestation compensatoire, charge qu’ils assument désormais aux lieu et place du débirentier sans la contrepartie de ses salaires;

Que pour rejeter cette demande, les juges d’appel retiennent, par motifs adoptés, que la rente n’est qu’une modalité d’exécution d’une obligation résultant du divorce de la victime qui, si elle avait donné lieu un versement en capital, se serait imputée sur l’actif successoral; qu’ils ajoutent que la charge de cette rente ne résulte pas de l’accident, mais de la transmission universelle du patrimoine du défunt;

Attendu qu’en se prononçant ainsi, la Cour d’appel a justifier sa décision;

Qu’en effet, la dépense résultant, pour l’héritier, de l’obligation prévue par l’article 276-2 du code civil, d’assumer la charge de la rente que servait leur ayant cause a titre de prestation compensatoire, ne constitue pas un élément du préjudice né directement de l’infraction d’homicide involontaire (...) (Cass. Crim. 18/11/1998: Bull crim. N° 304; Gaz. Pal. 199, 1, chron crim p 53; D 1999, inf rap. P. 36)

- Parfois, c’est le fonctionnement même de la Justice qui et à l’origine d’une perte de chance; il n’est pas contesté que les nombreux dysfonctionnement, qui ont affecté l’enquête (saisi d’une plainte consécutive a l’agression, le service public de la justice n’a pas ouvert d’information judiciaire, ni procédé aux investigations minimales, notamment a la prise d’empreintes, etc) et empêché, outre des poursuites pénales contra l’agresseur de la demanderesse, l’obtention par celle-ci d’une juste indemnisation du préjudice qu’elle a subi, revêtent le caractère d’une faute lourde du service public de la justice ouvrant droit à indemnisation pour la victime.

Le préjudice que la demanderesse a subi résulte tout à la fois de la perte d’une chance d’obtenir la condamnation de son agresseur pour les faits de viol, de torture physique et morale dont il s’est rendu coupable sans considération aucune pour la vie humaine, et de l’impact au plus profond d’ello-même, notamment au plan physique, des dysfonctionnements qu’elle a pu constater et qui ont pu la faire douter du rôle et du sens de la justice.

Par suite, condamnation de l’agent judiciaire du Trésor à la Somme de 800.000 F à titre de dommages-intérêts (IGI Paris, 21/02/2001: D 2001, inf. Rap. P 1364)”, en Philippe Delebecque, Frédéric Jérôme, (nota 11) pp. 74.

⁶⁷ Un médico no advirtió la fractura de muñeca en un paciente que 7 años más tarde fue detectada, pero como consecuencia de no haber sido tratada a tiempo. La Corte estimó que el daño estaba en la pérdida de la posibilidad de cura. El punto de fondo es captar que la pérdida de chance es un daño en si mismo, por lo que debe siempre acreditarse el vínculo causal en daño y negligencia. BARAONA GONZÁLEZ, J., *La cuestión causal en la responsabilidad extracontractual: panorama de derecho comparado*, Revista Chilena de Derecho, vol 31, n°2, pp 221.

⁶⁸ En RAMOS PAZOS, René, op. cit., citando la *Revista de Derecho U. de Concepción*, N° 188, pp 150.

*embargo los problemas se resuelven si se tiene en cuenta que el daño a intereses patrimoniales se produce cuando hay una pérdida a un interés con valor económico. Así, el problema no es tanto de establecer la certeza física, sino de acreditar si se ha perdido un interés que, de acuerdo con las reglas de mercado, tenga un valor patrimonial. Por lo tanto una “chance” es un valor reparable, en la medida en que ella corresponda a un valor que se trance en el mercado y que se le atribuya un valor económico, y si es así, hay daño cierto en ella, desde que la víctima ha perdido ese valor”.*⁶⁹

En relación con la pérdida de chance, es interesante conocer la doctrina de dos sentencias dictadas por los tribunales franceses comentadas por los Dres. Domínguez Águila, Domínguez Benavente, y Domínguez Hidalgo, citadas por Ramos Pazos.⁷⁰ En la primera de ellas se resolvió que *“debe repararse como pérdida de una chance el perjuicio sufrido por un estudiante que, a consecuencia de un accidente de circulación, no ha podido presentarse a un examen, en el que, visto sus antecedentes académicos, tenía grandes posibilidades de ser admitido* (Corte de Apelaciones de Limoges, 2ª Cámara civil, 19/10/1995 J.P.C 1995, IV, 897); y en la segunda, se estableció que *debe repararse el daño consistente en la pérdida de una chance de evitar el robo en una casa, debido al desperfecto de un sistema de alarma que, al no funcionar, impidió la concurrencia oportuna de la policía* (Corte de Apelaciones de Dijon, 1ª Cámara, 21/06/1995, JCP 1995, IV, 173)”.

Los profesores mencionados, explican que en estos casos *“se trata de situaciones muy claras en que no se ha reclamado por meras posibilidades demasiado hipotéticas, sino por chances u oportunidades evidentes de obtener un beneficio que, por el hecho culpable ajeno, se han perdido. Por lo tanto, esas chances tenían un carácter de certeza, si no les constituían en daños ciertos, tampoco eran puramente eventuales”*⁷¹.

Los tribunales en estos casos están obligados a reconstruir ficticiamente qué habría sucedido si se hubiera ejercido la chance; y es eso justamente lo que le da una cierta flexibilidad para realizar las estimaciones correspondientes, pudiendo dar lugar a situaciones muchas veces inverosímiles para el común de las personas⁷².

⁶⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA., R., (2006) *El daño en el derecho civil chileno*, Revista Anales de Derecho UC, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 1, Agosto, p. 265.

⁷⁰ RAMOS PAZOS, (2003), *De la Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile. Lamentablemente, no ha sido posible obtener la cita en original.

⁷¹ Idem.

⁷² Sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires, 29/06/1965, I.L., 119-394. Se trataba del cliente habitual de un vendedor ambulante de lotería que, desde hacía varios meses, le compraba a este el entero de un número de la lotería de la provincia de Buenos Aires. El vendedor ambulante adquiriría este número y otros de una agencia autorizada. Resultó que ese número, comprado invariablemente por el cliente todas las semanas, resultó sorteado con el premio mayor sin haber podido venderse en una oportunidad debido a que por un error, imputable a la administración de la lotería, el número fue remitido a otra agencia la que lo devolvió sin que existiese tiempo material para su venta, por lo cual se incineró. Sobre esa base se demandó a la lotería de la provincia de Buenos Aires reclamándose el pago del premio. Lo singular en este caso es que más allá de que la demanda fue rechazada por existir demasiada eventualidad, uno de los miembros de la Corte votó en disidencia, argumentando que la bolilla con el número debía haberse retirado antes del sorteo, motivo por el cual debía hacerse lugar a la demanda.

Existen algunos casos donde, una vez operada la reconstrucción ficticia, la incertidumbre surge respecto de cuál es el valor que debe indemnizarse. Si bien la pérdida de chance es un daño resarcible, no puede identificarse con el valor total de la pérdida del beneficio, lo que debe indemnizarse es la frustración de la oportunidad de postular a la obtención de ese beneficio; este es el daño cierto que se ocasiona en estos casos.

Desde un punto de vista lógico se busca resolver la cuestión de las siguientes formas, la primera consiste en la posición todo o nada, así, si las probabilidades son mayores al 50% se indemniza todo porque se tiene como probada, si es menos de ese porcentaje, contrariamente se niega la reparación, la segunda se trata de determinar el incremento del riesgo, esto es, se indemniza por la diferencia que se provocó al incrementar el mismo. Por ejemplo, si una persona que sufría cáncer tenía el 50% de probabilidades de vida si los exámenes médicos le hubiesen detectado oportunamente la enfermedad, frente a un 20% que tenía en la época posterior al diagnóstico de la enfermedad, la indemnización que corresponde es por la diferencia no por el daño completo.

Por otra parte, con la evolución de este instituto, se han presentado demandas de todo tipo, incluyendo aquellas que plantean si la vida puede constituirse en un daño. Es así que en Estados Unidos y luego en Europa, han surgido casos donde se plantea el hecho de que el nacimiento de un niño es constitutivo de daño indemnizable a favor de sus padres o de él mismo, ya que tiene limitaciones físicas desde el nacimiento.

Estos casos son de dos tipos⁷³: El primero, en que los padres realizan la demanda por tener que hacerse cargo de las responsabilidades que les corresponde frente al nacimiento imprevisto de un hijo e imputan negligencia médica o una falta de información en la práctica de una esterilización o de un aborto frustrado. Estos son denominados por la doctrina, sobre todo la anglosajona, como *wrongful birth*; el segundo se refiere a los casos en los que si existió algún error en la práctica de exámenes o diagnóstico prenatales y con ello no se advirtió que el hijo venía con discapacidad, los centro médicos deben indemnizar por daños patrimoniales y morales a los padres del niño que nació enfermo, son los denominados *wrongful life*.⁷⁴

⁷³ CORRAL TALCIANI, H., (2004) *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 160.

⁷⁴ Fallo adoptado por la asamblea plenaria de la Corte de Casación francesa en el llamado “Affaire Perruche”. Arrêt N° 457 del 17/11/2000. Es el caso del hijo que demanda indemnización porque fue afectado por la rubeola de la madre cuando estaba embarazada y que no fue detectada por los análisis clínicos.

- Se puede observar otro similar en la jurisprudencia española STS 06/06/1997, en el cual una gestante, ante un diagnóstico de alto nivel de riesgo para la madre como para el feto, acude al hospital donde el doctor que le atiende le prescribe la realización de amniocentesis. Dicha prueba fracasa y no se conocen los resultados hasta pasado un tiempo, no comunicándosele a la madre a pesar de su insistencia. Cuando la madre conoce el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder legalmente a la interrupción voluntaria del embarazo y el niño nace con Síndrome de Down.

4.- Conclusiones

De lo expuesto en el presente trabajo, es importante dejar en claro que aún no existe un criterio unificado respecto a los daños resarcibles, cuestión que se torna compleja desde la misma conceptualización de daño y su regulación.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia han hecho enormes esfuerzos en regular este instituto y adaptarlo a las situaciones que van surgiendo con su evolución, en la legislación aún no se han dado pasos firmes en ese sentido.

Mientras el concepto de daño siga siendo tan amplio y general se necesitará de otros elementos para poder delimitar su esfera de acción e impedir avalanchas de demandas por situaciones que no correspondería tratar en el ámbito judicial. Dentro de esos elementos, uno de los más relevantes, es el de la certeza. Este elemento pretende que sólo sean indemnizables los daños que son reales, ciertos, que han sido inferidos, causados o sufridos por la víctima como consecuencia de un hecho del demandado.

Que un daño sea cierto, no significa que deba ser solamente actual, sino que también pueden reclamarse aquellos daños conocidos como futuros, que son los que van a producirse necesariamente luego del evento dañoso. Lo que no corresponde indemnizar son los denominados daños eventuales o hipotéticos, por no existir probabilidades o razones suficientes para inferir que el mismo se producirá. Y recordemos que si no hay daño no puede existir responsabilidad civil.

Entre los daños ciertos y los eventuales –no indemnizables- ha surgido una situación intermedia, en la cual el hecho dañoso se ha producido, pero existe dificultad para determinar las consecuencias del mismo y la relación causal con el daño producido. En los mismos, lo que ha resultado dañado es la esperanza que existía en el sujeto de llegar a obtener ganancias o evitar pérdidas ante determinada situación a la que postulaba. En este caso, utilizando analogía con el lucro cesante, dependerá del grado de desarrollo o cercanía de la persona con el beneficio que esperaba obtener.

Son los casos denominados como pérdida de chance o de oportunidades, que si bien es materia antigua en algunas jurisprudencias -como la francesa, española o argentina- en Chile es aún de poco tratamiento.

Se ha revisado acuciosamente la doctrina chilena, y son pocos los autores que han tratado este tema. Entre los mismos se destacan Domínguez Águila, Domínguez Benavente y Domínguez Hidalgo, que no sólo analizan sentencias extranjeras y chilenas, sino que también comentan en detalle el fundamento de la pérdida de chance, aceptando que el mismo se refiere a situaciones donde no se reclama por daños hipotéticos, sino por daños ciertos, que con mayor o menor probabilidad, aunque no con certeza, hubieran dado una ganancia o evitado una pérdida al demandante.

Por último destacan dos casos que están produciendo discusiones actualmente en otros países, pero que es posible que con la evolución de este instituto en el sistema jurídico chileno se lleguen a dar en algún momento, para lo cual se debe estar preparado. Son los denominados *wrongful birth* y *wrongful life*, donde llega a tal nivel el reclamo por daños que hasta la misma vida o nacimiento es considerada como un perjuicio.

Bibliografía:

- Acuña Anzorena, *Hechos Ilícitos*, en Salvat, IV, n° 2729, pp.77, nota 4.
- Alessandri Rodríguez, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago, 1939.
- Barros Bourié, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Brun, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ledis Nexis, Litec, París, 2005.
- Corral T Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Jurídica de Chile, 2004.
- Court Murasso, E, (compilador) y otros., *Derechos de daños*, Lexis Nexis, Santiago, 2002
- Díez, José Luis, *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina. Una visión histórico comparativa*. Revista Anales UC, segunda Jornada. Pontificia Universidad católica de Chile, 2005.
- *El daño extracontractual jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- Elorriaga de Boris Fabián. *El perjuicio patrimonial por daños físicos en Chile*. Anales UC, Segunda Jornada, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- Fueyo Laneri, F. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Jurídica, Santiago, 1991.
- Larenz, citado en J. Santos Britz. *Derecho de obligaciones*, versión española, tomo I, en Díez Picazo Luis, *Derecho de daños*, ed. Civitas, Madrid, Reimpresion, 2000.
- Mazeaud Henri, Leon Mazeaud, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Parlamento Ltda., 2008.
- Meza Barros Ramón, *Responsabilidad civil*, Edeval, Santiago, 1980.
- Roca Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.
- Rodríguez Grez, citado en René Ramos Pazos, *De la Responsabilidad extracontractual*, Lexis Nexis, Santiago, 2003.
- Scognamiglio, en Novissimo Digesto Italiano, vol. XVI, voz “*Risarcimento del danno*”, Torino, 1969, en Díez Picazo Luis, *Derecho de daños*, ed. Civitas, Madrid, Reimpresion, 2000.
- Yzquierdo Tolsada, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Zannoni Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*. Astrea. Buenos Aires, 1982.