

EL PERJUICIO PATRIMONIAL POR DAÑOS FÍSICOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

1. Aspectos generales¹

En Chile, como antiguamente en el derecho comparado, ha sido tradicional dividir los daños en materiales y morales. A los primeros, que son los que ahora interesan, se los ha concebido como los que afectan o a las personas o a las cosas. El deceso de una persona, las lesiones que se le infieran e incluso el contagio de una enfermedad, han sido normalmente calificados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales como daños o perjuicios materiales².

Sin embargo, la tendencia moderna es la de proponer una clasificación más amplia y más técnica de los daños. En la actualidad, se plantea una división de los perjuicios entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. El criterio básico de distinción, entonces, es la noción misma de patrimonio³.

- 1 Versión escrita de la intervención en las II Jornadas de Responsabilidad Civil, tituladas "El daño indemnizable: en el epicentro de la responsabilidad civil. Jornadas en conmemoración de los 150 años del Código Civil", realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Santiago, los días 29 y 30 de noviembre del 2005.
- 2 Cfr. Abeliuk Manasevich, R. *Las obligaciones*. T. I, Santiago, 1993, p. 204; Alessandri Rodríguez, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, 1983, reimpresión, pp. 221 a 223; Gatica Pacheco, S. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, 1959, pp. 93 y ss.; Meza Barros, R., *De las fuentes de las obligaciones*. T. II, Santiago, 1979, p. 249, y Rodríguez Grez, P. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, 1999, pp. 289 y 290.
- 3 En extenso sobre este punto, De Cupis, A. *El daño*. Barcelona: 1975, pp. 120 y ss., y Vicente Domingo, E. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona, 1994, pp. 47 y ss.

Los perjuicios patrimoniales son los que afectan intereses estrictamente patrimoniales de la víctima y, por lo tanto, son directamente valorables desde la perspectiva económica. La doctrina y la jurisprudencia desde tiempos remotos han admitido su reparación en este aspecto, tanto del daño emergente como del lucro cesante. El primero representa la disminución patrimonial experimentada por la víctima a consecuencia del siniestro. El segundo, la ganancia o utilidad dejada de obtener como resultado del suceso dañoso. Se aplican incluso en sede extracontractual los criterios propios de la responsabilidad contractual, establecidos en el Código Civil en el artículo 1556, habida cuenta de que los artículos 2314 y 2329 imponen el principio de la reparación de todos los daños, sin distinguir acerca de su naturaleza o configuración.

Los perjuicios no patrimoniales, en cambio, son los que afectan aspectos o elementos de difícil estimación pecuniaria, ya que su contenido no es económico, o al menos no lo es directamente. Su resarcimiento no puede ser por compensación, sino que necesariamente debe serlo por equivalencia; se le reemplaza por una suma sustitutiva. En este sentido, son perjuicios no patrimoniales el daño moral y el daño físico.

Se entiende por daño corporal, también denominado perjuicio físico, biológico o, incluso, fisiológico, 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 hombre⁴.

El daño corporal, en estricto rigor, tiene una entidad propia, es un capítulo aparte que requiere de indemnización y que normalmente no ha sido considerado. De él se derivan perjuicios económicos y no económicos. Los primeros identificados con el daño emergente y el lucro cesante, y los segundos con el daño moral. Una cosa es que un individuo experimente un detrimento en su cuerpo, y otra muy diferente son las consecuencias que de ello se puedan derivar. La pérdida de un dedo, por ejem-

plo, implica una objetiva disminución corporal. De ello se derivan consecuencias económicas a título de daño emergente y lucro cesante; y consecuencias no económicas, como lo es el perjuicio moral⁵.

La configuración del daño físico respecto a sus consecuencias económicas y al daño moral, resulta doctrinalmente bastante clara en países como Inglaterra, Francia, Italia y España. Con todo, todavía es posible observar una buena cantidad de fallos en los que el daño corporal no tiene un contorno preciso, o porque se le incluye dentro de los perjuicios patrimoniales —concretamente en la incapacidad laboral— o bien dentro de los denominados daños espirituales.

2. El daño físico en Chile

En Chile, la autonomía del daño físico no ha sido reconocida por regla general. La doctrina, e incluso algunas sentencias, consideran el daño físico como un perjuicio de carácter material.

Ello ocurre porque se ha confundido el perjuicio corporal con sus consecuencias económicas; concretamente con la incapacidad que tiene el lesionado para generar ingresos y utilidades. Se piensa que quien ha experimentado un detrimento en su cuerpo está incapacitado para trabajar y, por lo mismo, inhabilitado de generar ingresos. Luego, si no se genera ingresos a consecuencia de este daño, quiere decir que tiene una configuración material.

En este sentido, anota Vodanovic que: “La pérdida de un brazo empobrece al individuo: es un capital humano cercenado y la merma de sus facultades para la lucha por la vida representa un daño material valuable en dinero como el que más. En el caso que ponemos, el sujeto ha quedado extraña y tremendamente empobrecido. Su capacidad de trabajo —para no referirnos a otros rubros de la vida— ha quedado disminuida y acaso tronchada su profesión natural como la de pintor o violinista eximio”. Agrega que: “El daño físico es un daño material. Que a su vez genera dolores, molestias constitutivas de daño moral, es otra cosa. El individuo que en un accidente pierde un brazo soporta un daño material. ¿Quién lo duda? Y al mismo tiempo un daño moral por los sufrimientos psíquicos y pesadumbres”⁶.

4 Cfr. Fernández Sessarego, C. *Protección a la persona humana*. En: Daño y Protección a la Persona Humana, Buenos Aires, 1993, p. 76; Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, 1985, p. 515; Malavet Vega, P. *Derecho de daños y Law of Torts*. “La experiencia de Puerto Rico en el derecho codificado y common law”. En: *Derecho de daños*. Ponencias coordinadas por Ribó Durán, L. Barcelona, 1992, p. 139, y Vicente, ob. cit., p. 51. En términos más descriptivos explica Sainz-Cantero que: “Cuando se trata de resarcir daños corporales, en la indemnización suele tenerse en cuenta el tiempo que tardaron en curar las lesiones y la asistencia sanitaria que han requerido; así mismo, las secuelas físicas (anatómicas, funcionales o estéticas) y psíquicas (psicosis, neurosis, psicopatías y otras alteraciones) que resulten” (*Tratado práctico sobre el sistema de responsabilidad civil y penal en el accidente de circulación*, Granada, 1994, pp. 122 y 123).

5 Al respecto, ver Elorriaga De Bonis, F. “Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales”. En: Cuadernos Jurídicos, n.º 1, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar.

6 *Derecho y jurisprudencia del tránsito y de los vehículos motorizados*, Santiago, 1994, p. 148.

En semejante sentido escribe Gatica: “Son daños materiales no solo los que afectan los bienes económicos del acreedor, sus derechos reales y personales, sino también los que alteran o menoscaban su salud, su fuerza, su destreza y, en general, todos los que tengan significación económica para el acreedor, como la belleza física de una artista, la solvencia de un hombre de negocios, etc.”⁷. También sostiene Meza Barros, refiriéndose al perjuicio material, que: “El daño puede afectar a la persona física, como una lesión corporal, o a los bienes de dicha persona, como la destrucción de una cosa de que es dueña”⁸.

Por su parte, Abeliuk sostiene que el “daño material es el que sufre una persona en su patrimonio o en su propia persona física, ya sea que el ilícito cause enfermedad, lesiones o muerte”⁹. En sentido parecido afirma Rodríguez que: “El daño material puede recaer, indistintamente, en la persona o en sus cosas o bienes”¹⁰. Más categórico a este respecto es Alessandri, para quien “el daño material puede recaer en las personas o en las cosas: no solo es indemnizable la pérdida, deterioro, sustracción o destrucción de una cosa mueble o inmueble (...), sino también la muerte de una persona, toda lesión que se le infiera (pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna, de una mano, fractura de un hueso, etc.) y aun la transmisión de una enfermedad contagiosa o venérea”¹¹.

En el mejor de los casos las sentencias consideran que el daño físico es una forma de daño moral, ya que produce un sufrimiento o padecimiento que cuadra bien con la amplísima noción de daño material que rige en Chile.

3. Consecuencias económicas del daño corporal

Dentro del rubro de las consecuencias económicas del daño físico se comprenden los perjuicios patrimoniales. En sentido estricto, estos daños no son perjuicios materiales, pues estos son los que afectan a las cosas, y el que afecta el cuerpo de una persona obviamente no está en esta situación.

En esta materia rige el principio de reparación integral del daño. Por lo tanto, caben como partidas indemnizatorias tanto el daño emergente como

el lucro cesante; es decir, los gastos efectivamente realizados y las ganancias dejadas de percibir a causa del daño físico.

3.1. El daño emergente

El daño emergente es toda y cualquier disminución que experimenta el patrimonio de la víctima como resultado del siniestro o del accidente. En términos económicos es una pérdida de valor presente. El activo real del patrimonio del individuo lesionado disminuye, o bien aumenta su pasivo.

El principio que en este extremo se ha acuñado por la doctrina y la jurisprudencia comparadas, es que la cobertura indemnizatoria debe ser total en la medida de lo razonable. Este principio implica tres cosas diferentes:

a) En primer lugar, importa que la indemnización debe abarcar desde la atención primaria hasta la recuperación síquica y física, incluidos los desembolsos por concepto de rehabilitación, comprendiendo gastos asistenciales, honorarios médicos, paramédicos y enfermeros, farmacia y, como se ha dicho, los necesarios para la completa recuperación.

b) En segundo término, este principio de reparación exige que los gastos hayan sido real y efectivamente cubiertos por la víctima o sus familiares¹², y no cuando estos hayan sido proporcionados gratuitamente a la víctima en virtud de cualquier prestación de salud derivada de un contrato de seguro, del seguro automotriz obligatorio, del seguro general de accidentes del trabajo o, incluso, de las simples prestaciones asumidas por el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) o de una Institución de Salud Previsional (Isapre); sin perjuicio del hipotético y eventual derecho de reembolso que pudiera tener la institución que soportó en definitiva los costos de las lesiones y su recuperación.

c) En tercer lugar, en este principio subyace la idea doctrinaria de que los gastos a indemnizar sean los razonables atendida la naturaleza de la lesión corporal. La noción de desembolso razonable —desarrollada principalmente en el derecho inglés— es esencialmente subjetiva, por lo que requiere de algunas precisiones¹³.

Se reconoce el derecho de la víctima para escoger el centro de salud y la atención médica que más garantías le ofrezcan, público o privado, sin que ello pueda ser impugnado u obstaculizado por el culpable del perjuicio.

12 Cfr. Malvet, ob. cit., p. 142.

13 Cfr. Viney, G. y Markesinis, B. *La réparation du dommage corporel: Essai de comparaison des droits anglais et français*. París, 1985, p. 63.

7 Ob. cit., p. 94.

8 Ob. cit., p. 249.

9 Ob. cit., p. 204.

10 Ob. cit., p. 290.

11 Ob. cit., pp. 221 a 223.

cio corporal¹⁴. La víctima tiene, por consiguiente, libre elección en esta materia, y el obligado al pago de la indemnización no puede exigir que la atención médica sea proporcionada por un determinado servicio sanitario, ni cuestionar el que pueda haber elegido el lesionado. El límite de lo razonable apunta en esencia en dos direcciones diferentes:

Por una parte, se debe tener muy en cuenta la pertinencia del medio utilizado para obtener la curación. Si bien hay libertad de elección en el sistema que se utiliza para la curación de la víctima, se descarta la reparación de grandes gastos innecesarios o superfluos; por ejemplo, la atención en el extranjero cuando ella no es imprescindible o cuando no resulta justificada¹⁵.

Por otra parte, el límite de la razonabilidad apunta a los grandes discapacitados, como parapléjicos u otros de gravedad parecida. En estas hipótesis los gastos sanitarios son enormes y su duración es normalmente indefinida. La reparación completa puede resultar ilusoria y el límite de lo razonable se hace difícil de precisar. En una situación de esta naturaleza los desembolsos médicos pueden superar fácilmente la capacidad económica del causante del daño. En la doctrina y la jurisprudencia comparada pareciera primar la idea de que en estos casos son gastos razonables, y, por tanto, indemnizables, el equipamiento de estas víctimas en su propia casa, con todo el material técnico necesario, y, por supuesto, la asistencia sanitaria y farmacéutica¹⁶.

3.2. Lucro cesante

En el campo de las rentas que la víctima ha dejado de percibir o la pérdida de la legítima utilidad que ha experimentado a causa del hecho dañoso, también rige el ya citado principio de la compensación integral. Se pretende que la indemnización en este rubro sea efectivamente compensatoria, es decir, que tenga la virtualidad de reparar en justa medida la pérdida de los ingresos esperados¹⁷.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 64 y ss.

¹⁵ Es interesante en este punto una ya antigua sentencia española de la Audiencia Provincial de Valencia, del 25 de octubre de 1990, que declaró que: "El derecho de aquellos al que consideraban el mejor tratamiento médico no puede ser mediatizado por nadie y menos por quien resulta responsable del daño, ya que el perjudicado puede escoger el centro sanitario que más garantía le ofrezca en orden a recuperar la funcionalidad del órgano lesionado, y a ello solo puede oponerse quien debe indemnizar, demostrando que el tratamiento médico o quirúrgico empleado no fue el adecuado o que el precio del importe a que asciende el mismo fue desorbitado".

¹⁶ Cfr. Vicente, *ob. cit.*, pp. 104 y 105.

¹⁷ Sobre el particular, Elorriaga De Bonis, F. "Daño físico y lucro cesante". En: *Derecho de daños*, Santiago, 2002, pp. 53 y ss., y "Métodos de cálculo del lucro cesante por daño físico". En: "La responsabilidad por accidentes del trabajo", Cuadernos de extensión jurídica, n.º 10, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2005, pp. 155 y ss.

Para configurar el lucro cesante solo se deben tener en cuenta las ganancias netas que habría experimentado la víctima de no ocurrir el siniestro, y no los ingresos brutos, pues ello sería tanto como operar en favor de la víctima un enriquecimiento sin causa, toda vez que se trataría de ingresos que no se iban a recibir efectivamente por la víctima, sino que, por ejemplo, irían a parar al fisco por concepto de impuesto a la renta.

4. Los problemas del lucro cesante

Uno de los principales inconvenientes que ha experimentado el lucro cesante a los efectos de su indemnización, es el de haber sido aparejado a la idea de perjuicio incierto. A partir del principio según el cual el daño para ser indemnizado debe ser cierto, se entiende que todo perjuicio que no sea cierto no puede ser indemnizado, y ocurriendo que el lucro cesante en muchos casos no puede ser precisado enteramente, parece que se debiera concluir que tal perjuicio es incierto y, por lo mismo, no indemnizable.

En esta materia, ha existido un problema de enfoques en Chile. En efecto, el lucro cesante ha sido definido —normalmente— 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.

Así, por ejemplo, señala Alessandri que el daño emergente es la "pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, o del incumplimiento imperfecto y tardío de ella; es el empobrecimiento efectivo, la disminución real del patrimonio que el acreedor sufre a consecuencia del incumplimiento de la obligación". A su turno expresa que el lucro cesante es "la utilidad que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento efectivo, oportuno e íntegro de la obligación... viene a ser, en buenas cuentas, la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera cumplido". El mismo autor explica que de los daños patrimoniales posibles, "sin duda alguna, el más importante es el daño emergente, y lo es porque supone una pérdida real, efectiva y manifiesta en el patrimonio del acreedor (...). No sucede lo mismo con el lucro cesante, que es algo hipotético, que es algo que anda en el terreno de las suposiciones; y de ahí, la gran dificultad que hay en la práctica para establecerlo"¹⁸.

¹⁸ Alessandri Rodríguez, A. *Teoría de las obligaciones*, Santiago, 1939, p. 97.

En el mismo sentido, Gatica manifiesta que: “El lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres”.

Así mismo, estima Fueyo que el daño emergente es “la pérdida efectiva que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento en alguna de sus formas. Envuelve cercenamiento, disminución real, descuento efectivo de un valor determinado”; en tanto el lucro cesante “comprende lo que el acreedor deja de ganar con motivo de la infracción del contrato”¹⁹.

De la misma manera sostiene Meza Barros que: “El incumplimiento de la obligación puede causar un efectivo empobrecimiento al acreedor y, a la vez, privarle de las ganancias que intentaba procurarse (...). El daño emergente es, pues, la disminución o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio; el lucro cesante, la privación de la legítima ganancia que le habría reportado el cumplimiento de la obligación”²⁰.

Si se examinan estas concepciones, se podrá observar sin dificultades que al daño emergente se le tiene por un daño cierto, real y efectivo, lo que hace suponer que el lucro cesante pareciera no gozar de estas características, pasando a ser, aunque no se diga explícitamente, un daño incierto, irreal o no efectivo.

5. La jurisprudencia chilena

Esta concepción, en general, ha sido seguida de cerca por la jurisprudencia tradicional, la que ha señalado de manera reiterada que el daño emergente es empobrecimiento, pérdida o disminución real y efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de un contrato o de un hecho ilícito. En tanto, el lucro cesante ha sido concebido como lo que dejó de percibir el acreedor como resultado del incumplimiento de la obligación o del delito o cuasidelito. Ello ha llevado a que por muchos años los tribunales hayan tenido una posición reticente a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización a título de lucro cesante.

Así, por ejemplo, existen varias sentencias libradas por la Corte de Apelaciones de Santiago, que siguen esta línea:

19 Fueyo Laneri, F. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago, 1992, pp. 451 y 452.

20 Ob. cit., p. 303.

En sentencia del 26 de septiembre de 1990, se resolvió que: “Los daños propiamente patrimoniales deben ser acreditados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto, situación dentro de la cual se encontraría en autos la indemnización que el actor caracteriza como lucro cesante y que evalúan en un eventual menor ingreso que soportará la familia ante la pérdida del jefe de hogar; pero es el caso que ello es insuficiente, a juicio de esta Corte, para determinar con precisión dicho daño, ya que no basta la simple estimación de la posible vida laboral de la víctima para inferir de ello lo que su familia habría dejado de percibir con motivo de su muerte, toda vez que existen eventualidades, como enfermedades, el despido, el término de labores para que fue contratado, que por el solo hecho de concurrir echarían por tierra todos los cálculos efectuados con anterioridad sin mayor acopio de antecedentes”.

Entre tanto, en sentencia del 28 de octubre de 1999, se resolvió que: “En cuanto a los daños y perjuicios solicitados por la actora, que corresponde a la remuneración última del occiso por cada uno de los meses de vida activa que le habría correspondido trabajar hasta su jubilación, no se

Para establecer la existencia y monto del lucro cesante es necesario un juicio de probabilidad sobre su existencia y cuantía, sin que este deba ser seguro, matemático, exacto o infalible

ha acreditado en autos el daño patrimonial efectivamente causado (...) para estimar el lucro cesante, esta Corte estima que no es posible hacer el cálculo que hace la actora, pues es improcedente acoger beneficios hipotéticos que habrían correspondido a la actora, en caso de que hubiera permanecido unida a su conviviente por el promedio de vida de este”.

La misma Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, con fecha 11 de julio del 2000, que si bien la víctima tenía treinta y dos años a la época del accidente y, por lo tanto, no es descartable que hubiese podido continuar desempeñándose en las faenas en las que se lesionó, no lo es menos que esta judicatura carece de evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora durante toda su vida laboral, “por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del siniestro hubiere necesariamente de perdurar de por vida y, siendo así, no se da la indispensable responsabilidad que siempre va aneja a la obligación de indemnizar” (FM, n.º 503, p. 3659).

Nuevamente la Corte insiste en este predicamento en fallo del 11 de marzo del 2002, cuando resuelve que: “La posibilidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo”, no es cierta, “puesto que los contra-

tos de trabajo y sus condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias”²¹.

La referida Corte ratifica esta línea en sentencia del 9 de julio del 2002, que rechaza el capítulo del lucro cesante, entendiendo que, según lo prevenido en el artículo 1558 del Código Civil, “no hay elementos que permitan determinar el tiempo durante el cual —de no mediar el accidente— se habría extendido la relación laboral que vinculó a las partes, todo lo cual impide establecer la relación de causalidad que exige la norma recién citada e impide dar lugar al cobro que por este concepto se formula en la demanda”²².

Este criterio de solución se manifiesta en varias sentencias de otras cortes de apelaciones chilenas. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 25 de junio de 1997. La sentencia de primera instancia estimando procedente la indemnización de lucro cesante de la víctima la determinó tomando en consideración “el porcentaje de incapacidad del actor, la remuneración percibida por este a la fecha del accidente y sus expectativas de duración en el mismo cargo con más sus reajustes”, cantidad que se fijó en \$12.000.000.

La Corte señaló, en cambio, que en el proceso se había acreditado que desde el accidente la empleadora del actor siguió pagándole la remuneración y que, además, le cambió el contrato que tenía a plazo fijo por uno indefinido; por lo tanto, “como consecuencia de lo anterior, cabe concluir que el actor no ha sufrido lucro cesante con motivo de su accidente y si bien debe soportar una incapacidad parcial de un 27,5%, obtuvo el subsidio o indemnización que para este efecto contemplan las leyes laborales (...) la circunstancia de que en el futuro el demandante pueda sufrir alguna merma en las remuneraciones que espera obtener en sus actividades laborales, no es posible determinar y constituyen simples expectativas que no se pueden considerar lucro cesante”.

También la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió, por sentencia del 1.º de agosto del 2001, que: “Para que el lucro cesante sea indemnizable, debe tratarse de la privación de una ganancia cierta y no de la posibilidad de su obtención en el largo plazo como se plantea en autos, toda vez que los contratos de trabajo y sus condiciones futuras se encuentran sujetos a diferentes contingencias que no pueden deducirse solo con los antecedentes agregados al proceso”²³.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo del 10 de julio del 2002, sentenció que no existe certeza alguna de que el demandante viviría “26 años más y que durante ese lapso de tiempo conservaría su anterior empleo”²⁴.

Finalmente, y en el mismo sentido antes expuesto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia del 13 de diciembre del 2002, resuelve que el lucro cesante no se puede establecer multiplicando los ingresos del fallecido por el tiempo que faltaba para que cumpliera 65 años, ya que ello “es un mero cálculo de probabilidad que no resiste mayor análisis certero que produzca la convicción para admitirlo o ratificarlo una decisión jurisdiccional”²⁵.

6. La situación en el derecho comparado

La concepción del lucro cesante que se comenta está francamente abandonada por la moderna doctrina y jurisprudencia comparadas. En el derecho comparado esta partida tiene, en muchos casos, bastante más importancia que el daño moral, el que permanece más bien como un capítulo indemnizatorio complementario²⁶.

No se discute que el lucro cesante para ser indemnizado debe ser cierto; pero esta certeza, por la naturaleza de este capítulo indemnizatorio, es de carácter necesariamente relativa. No es posible exigir certeza absoluta allí donde, por la configuración de este perjuicio, no pueda haberla.

No es posible aspirar a una certeza completa ahí donde, por definición, ella no se puede dar. Precisamente, la idea que impera es que la certidumbre que es procedente en esta materia no es la absoluta, sino relativa y fundada en antecedentes objetivos.

Sobre esta base, toda la doctrina, jurisprudencia e incluso legislación modernas están conformes en que para llegar a establecer la existencia y monto del lucro cesante, es necesario un juicio de probabilidad en cuanto a su existencia y cuantía, sin que este necesariamente deba ser seguro, matemático, exacto o infalible.

A este respecto, se deben establecer 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. De

24 FM, n.º 506, p. 5267.

25 Causa Pizarro y otras v. Codelco Chile, División Radomiro Tomic, Rol n.º 257/03.

26 Sobre el particular se puede consultar Le Roy, P. *Diferencias en el derecho de indemnización por daños personales en Europa*, de junio del 2003. Disponible en: www.genre.com.

21 Causa Sepúlveda Allendes con Pesquera Sopesa Alimar S.A., Rol 1895/03.

22 FM, n.º 510, p. 959.

23 Causa Contreras Sánchez v. Zuzulich Vásquez, Rol n.º 420/00.

lo contrario, ocurre que en beneficio de la certeza absoluta se deja de lado la reparación de un daño que es real.

En ese orden de razonamientos para determinar el lucro cesante que ha experimentado una persona por daño físico, resulta razonable, normal y dentro del curso natural de los acontecimientos considerar 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.

En el curso natural de los acontecimientos es razonable pensar que una persona que ha quedado incapacitada para laborar por un período más o menos largo de tiempo, queda privada de un ingreso más o menos equivalente al que tenía antes del suceso por el período que ha permanecido en ese estado. El juicio de probabilidad indica que es razonable entender que existe una utilidad frustrada, que se debe reparar con el auxilio de un cálculo estimado de las pérdidas por este concepto.

242

El Tribunal Supremo de España, en sentencia del 31 de mayo de 1983 y manteniendo un criterio que ha permanecido en el tiempo, resolvió que a los efectos de la indemnización del lucro cesante, ello “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”.

En Argentina, se falló 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)”. También ha fallado 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”²⁷.

El parágrafo 252 del Código Civil alemán (BGB) señala que: “Considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales cir-

En caso de muerte de la víctima no existe un sistema de puntuación por las lesiones sufridas sino que se tiene en cuenta una tabla de indemnizaciones básicas, según sus circunstancias

cunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas”.

Aplicar este juicio de probabilidad conduce a excluir los meros sueños de ganancia por parte de la víctima; o las utilidades posibles, pero no probables; ni las ganancias que impliquen sucesos en verdad extraordinarios, ya que ello se aleja del curso ordinario de las cosas, por lo que en caso alguno pueden ser considerados como criterio base para determinar el lucro cesante. No sería coherente con un juicio de probabilidad y el curso normal de las cosas, que la víctima en el futuro hubiere podido obtener un trabajo con una renta ostensiblemente mayor a la que percibía por la labor desempeñada a la fecha de los sucesos, puesto que si bien ello teóricamente es posible, no resulta probable, y las sumas así establecidas se acercan a los sueños de ingresos prodigiosos, pero se alejan de las probabilidades reales en la vida de la víctima. Para amparar la pretensión de lucro cesante, no se podrían esgrimir grandes y lucrativos negocios que en el futuro la víctima pretendía otorgar, en circunstancias que ello, supondría situaciones que no encuentran respaldo en la naturaleza de los negocios que efectivamente celebraba a la fecha del ilícito.

243

Por otro lado, y en sentido inverso, también se deben descartar los sucesos extraordinarios que se suelen suponer para evitar la concesión del lucro cesante. Es frecuente que ante la posibilidad de calcular matemáticamente lo que la víctima habría percibido entre el accidente y la fecha del cese de la vida útil o esperada, se oponga que ello es imposible, ya que en ese período temporal la víctima podría haber enfermado gravemente, o podría haber sufrido un accidente, o podría haber perdido el trabajo, todo lo que le habría impedido percibir las sumas de dinero que se contabilizan en el cómputo del lucro cesante. 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.

7. El lucro cesante estimable no se puede confundir con el irreal

Todo lo antes dicho acerca de la configuración del lucro cesante no puede permitir que a su amparo se pretenda construir acomodaticamente un perjuicio inexistente o irreal. El lucro cesante para ser indemnizado debe ser real, es decir, debe existir efectivamente, además, no se puede construir artificialmente un lucro cesante allí donde en verdad no existe. Hay lucro cesante cuando una persona tenía ingresos reales y los deja de percibir a consecuencia de una lesión física que le impide seguir produciéndolos. También hay lucro cesante cuando una persona —efectiva y realmente— obtiene de otra un determinado ingreso y deja de percibirlo

27 Sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial de Santa Fe, de fecha 30 de abril de 1976 y del Tribunal Supremo de Córdoba, de fecha 14 de abril de 1989, citadas por Zavala de González, M. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: 1996, T. 2.º, pp. 310 y 311.

por la muerte de ella. Así, la cónyuge o los hijos pueden tener lucro cesante por la muerte de su padre. Pero no experimenta lucro cesante quien no tenía ingresos de otra que fallece a consecuencia de un hecho ilícito. Por ejemplo, no es posible que la madre pretenda lucro cesante por la muerte de su hijo si es que este, efectivamente, no le proporcionaba a ella un ingreso real.

En este sentido, se debe precisar que todo cuanto dice la doctrina respecto de la configuración del perjuicio físico y sus consecuencias, es con el fin de contar mejor los daños, pero en caso alguno se pretende crear un perjuicio allí donde no existe. Por lo mismo, la aplicación de estos criterios no puede tener por objeto abultar la indemnización que se solicita mediante la agregación imaginaria de perjuicios que en verdad no existen. Lamentablemente, eso es lo que muchas veces acontece en los hechos, pues abundan las demandas en las que el capítulo del lucro cesante parece tener como único propósito aumentar las cifras, siendo que ese perjuicio no ha existido.

244

8. Jurisprudencia chilena que reconoce el lucro cesante por daño físico

A pesar de lo que antes se mencionó sobre cierta inclinación judicial a rechazar el capítulo indemnizatorio por lucro cesante, existe un nutrido número de sentencias que, apartándose de este criterio, adoptan uno más flexible a la hora de conceder y ponderar esta partida indemnizatoria.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que en caso de muerte es posible determinar el lucro cesante por la suma que resulte del importe de un ingreso mínimo mensual por un plazo de diez años²⁸. También se ha fallado que el lucro cesante se puede establecer sobre la base de sueldos vitales mensuales de un empleado particular del Departamento de Santiago escala "A", debido a los dos años de cicatrización de heridas y que han dejado a la víctima con incapacidad funcional casi definitiva²⁹.

En el mismo sentido, se ha dicho que el lucro cesante se puede determinar sobre la base del salario mínimo del occiso, su edad, competencia, buena salud, buena conducta, multiplicando sus ingresos diarios por los años restantes de vida³⁰.

28 Cfr. RDJ, T. 85, 4, p. 26.

29 Cfr. RDJ, T. 72, 4, p. 162. También en FM, n.º 199, p. 72.

30 Cfr. GT, 19220, T. 2, s. 86, p. 432.

Otras veces, casi de manera prudencial, se ha estimado que con la muerte del jefe de hogar resulta un lucro cesante para su familia, ya que ella sufrirá un perjuicio económico al dejar de percibir ingresos a consecuencia del fallecimiento del padre joven, con un empleo estable desde 1960 y que percibía un buen sueldo para la época de la sentencia³¹.

Esta manera de abordar la reparación del lucro cesante se ha mantenido en algunas sentencias más recientes. En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 23 de septiembre de 1991, resolvió que: "En cuanto dice relación con el lucro cesante los actores demandan la suma de \$ 73.098.255 al 1.º de julio de 1987. Al respecto, halla acreditado en autos que el señor (...), debido a su juventud y a sus grandes expectativas de trabajo en empresas dedicadas al rubro de transportes frigorizados, en constante aumento, fuera de contar con una buena educación contaba con un ingreso promedio de \$ 300.000 (trescientos mil pesos), el que extendido a treinta y cinco años más de vida, que estima el sentenciador como promedio de vida laboral del señor (...) nos deja una cantidad de \$ 126.000.000 (ciento veintiséis millones de pesos), pero atendido a lo pedido por los actores, se fijará en la cantidad de \$ 73.098.255 (setenta y tres millones noventa y ocho mil doscientos cincuenta y cinco pesos), como lucro cesante".

245

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 9 de julio de 1996, ha resuelto que: "La circunstancia de que el demandado haya continuado trabajando en la empresa (...) fundada esencialmente en que la incapacidad anotada le impediría ganar el auténtico salario que le corresponde hasta cumplir los 65 años, si se encontrare en normales condiciones físicas, sin la grave amputación que recibiera en su pierna izquierda".

Entre tanto, la sentencia de la Corte Suprema, del 28 de mayo del 2002, autos Rol 4.758/01, ha señalado que: "En la especie, que es un accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor. Le produjo una disminución de la ganancia percibida a esa fecha, la que de acuerdo al curso natural de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente".

Lo mismo acontece en el fallo pronunciado el día 25 de enero de 1999 por el Cuarto Juzgado Civil Talca, cuando en su considerando vigésimo séptimo señala que con relación al lucro cesante demandado, esto es, "las expectativas de ganancias de carácter económico que tenía su cónyuge a la fecha de su fallecimiento, quien contaba con 28 años de edad, derivado

31 Cfr. RDJ, T. 55, s. 4, p. 209.

de su actividad laboral, cabe señalar que resulta indiscutible que el abrupto deceso de una persona en plena actividad laboral produce perjuicios económicos a su entorno familiar, toda vez que en lo sucesivo no se contará con parte de los ingresos del fallecido para la mantención familiar.

Independientemente de la dificultad para determinar un monto equitativo del rubro en análisis y de diversos sistemas que la doctrina ha elaborado para su justa cuantificación, es importante observar que para su adecuado establecimiento se deben considerar cuatro aspectos fundamentales:

(i) Determinar los ingresos efectivos que percibía el difunto a la fecha de su muerte; (ii) considerar su edad y de allí establecer su vida útil en el campo laboral; (iii) fijar una media de los años de vida útil laboral que le quedaban, toda vez que por las oscilaciones propias del trabajo, como por las circunstancias de la vida, no cabe siempre considerar que la plena actividad laboral o la duración de la vida de una persona siempre se va a extender a los 65 años y (iv) descontar de sus últimos ingresos la proporción que correspondía a su propio sustento, habida consideración que no resulta ajustado a la equidad realizar operaciones matemáticas de acuerdo al ingreso íntegro percibido a la fecha del fallecimiento de una persona, en atención a que en vida de la misma, parte de dicho ingreso se invertía en su propia subsistencia³².

9. Métodos de cálculo del lucro cesante

Para los efectos de la contabilización del lucro cesante, se han venido desarrollando una serie de mecanismos que procuran proporcionar una fórmula objetiva, lo más aceptable posible, que permita calcular cuánto ha afectado el siniestro la capacidad de la víctima para generar ingresos y cómo es posible pronosticar la pérdida económica futura.

El objetivo de todos estos métodos no es, como se pudiera pensar a primera vista, la construcción de un daño donde no lo hay o el aumento de la cuantía indemnizatoria. La finalidad de todos estos sistemas resulta meramente instrumental. Solamente pretenden evaluar un daño que se sabe cierto de la manera lo más correcta y objetiva posible, a fin de que personas que experimentan una misma lesión tengan como contrapartida una indemnización acorde con ella. No persiguen, en caso alguno, ser criterios de evaluación obligatorios y aplicables en todo caso sin matices, ni privar a los tribunales de las funciones que les corresponden en la valo-

32 Confirmada con declaración por la Corte de Talca el día 20 de junio del 2001 y rechazados los recursos por la Corte Suprema el día 27 de mayo del 2003.

ración de los perjuicios, sino que sirven de orientación objetiva en la ponderación del daño a partir de datos enteramente comprobables científicamente³³.

Una ilustrativa sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Córdoba, con fecha 22 de marzo de 1984, señala que el *quantum* del lucro cesante “no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas realizada de una manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso concreto, al resultado a que se arriba. Por el contrario, tiene que ser el fruto de un razonamiento exteriorizado en la sentencia, sobre bases objetivas y cuyo desenvolvimiento puede ser controlado desde la óptica de la sana crítica racional (...), lo que ‘hace aconsejable la elección, dentro de lo posible, de un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del Tribunal de Casación y del público en general, sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquel monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por el libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios’³⁴.

9.1. Método de cálculo por puntos

Este sistema se basa en la existencia de una serie de tablas que, por una parte, cuantifican la extensión del daño corporal bajo la fórmula de atribuirle puntaje y, por otra, lo valoran al asignarle un valor concreto a cada punto de incapacidad. Naturalmente esto supone la aprobación legal de una tabla de incapacidades en la que a cada lesión física se le asigne un número de puntos, de suerte que un mayor número de lesiones o una mayor gravedad de ellas determina un puntaje superior. Así mismo, este sistema implica que, también por vía legal, se establezca un valor económico a cada punto. El valor del punto no siempre es igual, pues él aumentará en la medida en que la edad de la víctima sea menor, ya que la menor edad determina más años de supervivencia con las secuelas. De esta forma, la cuantía de la indemnización es proporcional al porcentaje de incapacidad y a la edad de la víctima. A menor edad, mayor indemnización y a mayor incapacidad o gravedad de la lesión, mayor indemnización.

33 Cfr. Lambert-Faivre, Y. *Droit du dommage corporel*. París, 1996, p. 186.

34 Citada por Iribarne, H. *Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daño a la persona*. En: Derecho de Daños, Buenos Aires: 1996, p. 211.

En el caso de muerte de la víctima inicial, no existe un sistema de puntuación por las lesiones sufridas, sino que se tiene en cuenta una tabla de indemnizaciones básicas que son mayores o menores dependiendo de las circunstancias personales de la víctima.

Aplicando estas tablas a cada caso concreto, es posible determinar la indemnización básica que le corresponde a la víctima directa de las lesiones físicas, o a las víctimas por rebote o reflejas en el caso de muerte.

En cuanto a la aplicación del cálculo del lucro cesante, la indemnización que resulta determinada en la forma antes señalada, se corrige dependiendo de los ingresos anuales de la víctima. De este modo, un sujeto de mayores ingresos tendrá derecho a que la indemnización básica que determine la aplicación de las tablas le sea corregida hacia arriba en un porcentaje establecido por una tabla de adecuaciones.

248 Este sistema ha sido objeto de bastantes reparos doctrinarios a la hora de cuantificar el lucro cesante. Se le considera, en general, un método abstracto, en la medida en que prescinde de los ingresos reales de la víctima, y porque, además, confunde el daño corporal puro con sus consecuencias económicas.

Este método de cálculo estaba recogido en España en la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, según la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la *Ley 30 de 1995, del 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Hoy lo está en el Real Decreto Legislativo 8 del 2004, del 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*.

En todo caso, se debe advertir que el anterior sistema fue parcialmente declarado inconstitucional por una sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 29 de junio del 2000.

Según ella, en este sistema de valoración tasada se introducen ciertas normas en las que el legislador ha llevado hasta tal extremo su voluntad generalizadora con relación a determinados derechos vinculados al resarcimiento del daño personal, que ha impedido que los perjudicados en accidentes de tránsito puedan obtener en el proceso, indemnizaciones individualizadas y reales. Al tratarse de un sistema legal de tasación de carácter cerrado, que no incorpora una

La determinación del lucro cesante se debe hacer sobre parámetros objetivos y matemáticos. Esta debe ser corregida por el juez según las circunstancias subjetivas de la víctima

previsión que permita la compatibilidad entre las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso por la pérdida real sufrida, establece un impedimento insuperable para la individualización del verdadero alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso. Esto frustraría la legítima pretensión resarcitoria del afectado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación del sistema. Esto, a juicio del Tribunal Constitucional, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución española. Por ello, la sentencia ha considerado que cuando existe —judicialmente declarada— culpa relevante que sea la causa determinante del daño a reparar, los perjuicios económicos se hallarán afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener, podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso³⁵.

9.2. Método multiplicador o lineal

Quizás por su sencillez, el método multiplicador o lineal sea el más extendido para calcular la pérdida patrimonial futura derivada de siniestros que afectan la integridad física de las personas. Consiste en multiplicar los ingresos anuales de la víctima adquiridos con anterioridad a la ocurrencia de los hechos (multiplicando), por el número de años que presumiblemente le restan por vivir o sufrir el daño al afectado (multiplicador).

35 En cualquier caso, las críticas a este sistema ya eran patentes en la jurisprudencia. La Segunda Sala del Tribunal Supremo resolvió, el 5 de julio de 1999, que: "Con independencia de los razonamientos empleados para demostrar la inconstitucionalidad de la norma, cuya solución no nos corresponde por falta de competencia, nos inclinamos, desde una perspectiva general de hermenéutica, por entender, cómo de un modo amplio hace la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 1997, que no se puede sustraer a la función jurisdiccional la aplicación del *quantum* indemnizatorio en cada caso concreto, por ser a los jueces y a los tribunales, según una interpretación lógica de los citados artículos 109 y siguientes, a los que corresponde examinar las circunstancias concurrentes en los hechos y de ahí deducir las sumas a pagar por el agente comisario a favor de la víctima, de sus herederos o perjudicados por el suceso, función jurisdiccional que no puede en modo alguno verse constreñida o encorsetada por unas normas tan tajantes y monolíticas como las contenidas en la Ley de 1995 y concretamente en su anexo. Ello no quiere decir, sin embargo, que hayamos de desecharlas de plano, porque indudablemente pueden servir de indicativo o vía analógica para el correspondiente acuerdo indemnizatorio y su cuantía, o, lo que es lo mismo, no es admisible que se impongan a los tribunales como de obligado cumplimiento, pero sí que estos puedan aceptar esa norma y aplicarla con los matices y diferencias que crean conveniente dentro de su arbitrio imperativo, aunque con el deber de motivar adecuadamente la solución a la que lleguen".

Si el afectado sufre de incapacidad absoluta para generar rentas y antes del accidente tenía ingresos permanentes y uniformes, la aplicación de este método no ofrece mayores dificultades, reduciéndose a una mera operación aritmética a cuyo resultado se pueden aplicar los factores de corrección que se estimen pertinentes. Por el contrario, si la incapacidad no es absoluta o la persona no gozaba de rentas uniformes, la aplicación de este procedimiento se complica.

La incapacidad relativa de la víctima lleva a pensar que del resultado de la multiplicación se debe descontar toda aquella cantidad que el sujeto esté en condiciones de producir a pesar de su daño corporal.

El problema está en que el porcentaje de incapacidad funcional no siempre incide proporcionalmente en la capacidad para producir ingresos, pudiendo ser más o menos grave dependiendo de la profesión del individuo, cuestión que necesariamente debe tener en cuenta el juez.

Así, por ejemplo, un abogado que pierde una mano tiene la misma discapacidad funcional que la que puede tener un médico cirujano en iguales condiciones, pero es evidente que la capacidad para generar ingresos del abogado se mantiene en gran medida a pesar de la inhabilitación parcial, cosa que no sucede con el médico cirujano.

En estos casos, no basta con decir que si la discapacidad es de un 30%, la renta futura también se debe reducir en esa cantidad, pues, como se ha dicho, el porcentaje de invalidez no repercute directamente en el montate de las ganancias. En cualquier caso, es difícil pensar en una forma más objetiva para estos efectos, y nada impide que si el resultado conduce a algún tipo de injusticia, pueda ser corregido por el juez de la causa.

En cuanto a las personas con rentas variables, la única alternativa razonable, si se sigue este método, es buscar el promedio de ganancias que la víctima experimentó en los años inmediatamente anteriores al accidente, para que una vez obtenida esta cifra se proceda a la multiplicación.

9.3. Método del capital rentable

El método del capital rentable consiste en la determinación matemática de una suma de dinero que colocada convenientemente en el mercado bancario o financiero a interés, sea capaz de generar una utilidad equivalente a los ingresos del lesionado, anteriores a los hechos que provocaron su incapacidad.

Este sistema presenta el inconveniente práctico consistente en que la víctima al final de su incapacidad dispondrá de un fondo patrimonial que permanecerá intacto después de años de haberse reajustado y generado

intereses, originándose un enriquecimiento para la víctima³⁶. Por ello, en los casos en que se ha considerado procedente, su aplicación ha resultado bastante particular.

Así, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de Inca, España, de fecha 28 de octubre de 1986, condenó a una aseguradora a "constituir un fondo patrimonial de 40.000.000 de pesetas en entidad bancaria susceptible de devengar intereses que se acumularán al capital, siendo dicha suma de propiedad de la entidad obligada al depósito (la compañía de seguros), los cuales quedarán afectos, durante toda la vida del presunto incapaz, al cumplimiento de todos los gastos causados o que se pudieran causar, tales como farmacéuticos, clínicos, hospitalarios y médicos".

En todo caso, se debe tener presente que el fallo no se refiere propiamente al lucro cesante, sino que al daño emergente. Sin embargo, el principio es el mismo: un capital susceptible de generar el dinero que sea necesario para la víctima.

9.4. Método del capital amortizable o matemático financiero

Se puede sostener que el método del capital amortizable o matemático-financiero es una adecuada corrección de la fórmula concebida a través de un capital rentable.

Se trata aquí de salvar el problema que representa un capital que no se vaya consumiendo a lo largo de los años. De acuerdo con este modelo, el lucro cesante debe ser determinado mediante una operación matemático-financiera, denominada por algunos fallos como "fórmula Moore", que consiste en determinar un capital que colocado a un interés del 6% anual, se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieren recibido de no haber mediado el evento.

Como se aprecia, la principal diferencia con el sistema anterior radica en que en este sistema se va consumiendo el capital, de suerte que al fin del tiempo previsto este se agote³⁷.

En Argentina este es un método que se aplica con relativa frecuencia a fin de precisar de la mejor forma posible el capítulo del lucro cesante. Los

36 En este sentido, Lambert-Faivre, ob. cit., p. 185.

37 Véase, en este sentido, Azpeitia, G.; Lozada, E. y Moldes, A. *El daño a las personas. Sistemas de reparación*. Doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires: 1998, pp. 156 y ss.; Iribarne, ob. cit., pp. 208 y ss. y Zavala, ob. cit., T. 2 b, pp. 466 y ss.

tribunales argentinos han resuelto, por ejemplo, que “la indemnización a otorgar por la muerte de una persona debe ser de una cuantía tal que permita a los beneficiarios obtener una renta que supla la carencia de los aportes de la víctima y cubra las necesidades de aquellos, de tal modo que su prudente inversión permita consumir los intereses y el capital en el lapso probable en que estas necesidades exigieran esos aportes”³⁸.

También se ha fallado que: “El monto de la indemnización por fallecimiento no puede estar dado por la acumulación de lo que serían los ingresos que hubiera obtenido la víctima después del accidente y hasta lo que presumiblemente hubiese sido el fin de su vida o durante el tiempo en que sus hijos no hubieren alcanzado la edad que les permitiera atender su propia subsistencia. Lo que corresponde es fijar una suma tal que, con los intereses que vaya devengando y con la paulatina disminución de su monto —hasta quedar consumido al finalizar el término—, tenga la virtud de asegurar a los damnificados la posibilidad de gastar mensualmente una suma que equivalga al ingreso mensual que estos deberían percibir durante todo ese tiempo”³⁹.

De igual manera se ha resuelto que esta reparación “debe estar dada por un capital que puesto a interés del 6% anual se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieran recibido de no haber mediado el evento”⁴⁰.

También se ha sentenciado que “la reparación por lucro cesante a favor de la viuda debe fijarse en un capital que, puesto a interés, permita un retiro periódico similar al que el causante hubiese destinado para subvenir en las necesidades de aquella, tornándose, en principio, como límite de amortización el término de la vida útil del causante, pues razonable es presumir que este se hubiese acogido a los beneficios de la jubilación al cumplir la edad necesaria para obtener el haber previsional máximo”⁴¹.

Por último, también se ha fallado que “la indemnización que corresponde otorgar a los hijos de la víctima en concepto de lucro cesante debe reflejar el efectivo detrimento patrimonial provocado por el deceso, debiendo determinarse el aporte mensual que aquel efectuaba asistiendo a

sus deudos. Para ello corresponde adoptar la ‘fórmula Moore’, que permite fijar un capital que, al ser colocado a interés, permitirá obtener una renta similar al detrimento patrimonial generado a partir del hecho dañoso, a la par que se verifica el consumo de parte del capital, que se extinguirá totalmente al concluir el término de vida útil considerado”⁴². Esta fórmula a la que aluden la doctrina y los fallos recién citados, se expresa así:

$$C = a \times \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+i)^n}}{i} \right] \text{ (o bien } C = a \times (1 - V^n) \times \frac{1}{i}$$

C: Representa la incógnita, el capital buscado y que se debe poner a interés.

a: Pérdida anual de capacidad de ganancia de la víctima, es el porcentaje de incapacidad de trabajo.

n: Es el número de períodos a considerar.

i: Es la tasa de interés.

Ejemplo:

Víctima	
Ganaba	\$ 10.400.000 anuales
Porcentaje de incapacidad	80%
Vida útil	65 años
Edad	33 años
Años que restan	32 años
Interés	6% anual

$$\text{Capital} = 8.320.000 \times \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+0,06)^{32}}}{0,06} \right]$$

Indemnización: \$ 117.174.000.

38 Sentencia de la Sala 2.ª de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, de fecha 6 de noviembre de 1987, citada por Zavala, ob. cit., 2 b, p. 476.

39 Sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, de fecha 10 de julio de 1974, citada por Zavala, ibídem, pp. 476 y 477.

40 Fallo de la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha 16 de junio de 1978, citada por Azpeitia, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 157.

41 Sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha 7 de junio de 1984, citada por Azpeitia, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 158.

42 Sentencia de fecha 12 de marzo de 1998 de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de Posadas, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 901.

9.5. Método concreto

El método concreto es el llamado por algunos no-método, ya que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de cualquier criterio matemático o aritmético a los efectos de computar el lucro cesante, quedando entregada su ponderación a la libre apreciación judicial sobre la base de los antecedentes probatorios aportados al proceso y teniendo en cuenta solo las particulares circunstancias del caso.

Hasta antes de la incorporación de las fórmulas matemático-financieras en el cómputo del lucro cesante, este había sido el criterio adoptado en general por los tribunales. De hecho, alguna vez se resolvió en Chile que si no es posible establecer el lucro cesante por medio de una regulación precisa, se debe determinar equitativamente⁴³.

Parte de la doctrina argentina, por ejemplo, después de una revisión de la jurisprudencia sobre el particular, ha concluido que los factores más relevantes a tener en cuenta en esta materia serían los siguientes⁴⁴:

a) Circunstancias particulares de la víctima directa:

- Sexo.
- Edad.
- Tiempo de vida útil.
- Educación.
- Nivel cultural.
- Ocupación u oficio.

- Especificidad o especialidad de sus labores.
 - Cuantía de sus ingresos.
 - Aptitudes y talento para el trabajo.
 - Nivel de vida y posición social.
 - Posición económica y social.
- b) Circunstancias de las víctimas por rebote:
- Grado de parentesco.
 - Edad de los reclamantes.
 - Edad de los hijos menores.
 - Ayudas que recibían de la víctima.
 - Esfuerzo y energías personales.
 - Potencialidad de ayuda económica perdida.
 - Número de miembros de la familia.
 - Estado de la fortuna.

9.6. Métodos combinados

Como su nombre lo indica, estos sistemas resultan de la combinación de algunos de los ya mencionados, entendiéndose que de esta forma se llega a soluciones menos objetivas, pero más justas que las más abstractas a las que podría conducir la rígida aplicación de las fórmulas anteriores.

9.6.1. Combinación del método multiplicador o lineal con el de capital amortizable

Se ha planteado y resuelto en más de una ocasión que, para efectos de una adecuada ponderación del lucro cesante, se debe distinguir entre el lucro cesante pasado y el futuro. El primero es el que experimenta la víctima desde el accidente hasta que se dicta la sentencia que fija la indemnización; el segundo es el que va desde el pronunciamiento de la sentencia hacia el futuro.

Respecto del lucro cesante pasado, algunos consideran que se debe aplicar el método multiplicador, puesto que en este caso resulta objetivo que durante todo ese lapso la víctima ha estado total o parcialmente privada de ingresos. Este devengará intereses desde que cada ingreso perdido debió pagarse o dejó de percibirse.

Respecto del lucro cesante futuro, en cambio, se aplicará el método del capital amortizable, el que por su formulación está diseñado sobre la

43 Cfr. RDJ, T. 23, s. 1, p. 273.

44 Cfr. Azpeitúa, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 154. En el mismo sentido, por ejemplo, se ha resuelto que: "Para fijar el *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente debe adoptarse un criterio que, en cada caso, contemple las específicas circunstancias de la víctima, especialmente las referidas a edad, estado familiar, preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción y la incidencia que esta tiene para el cumplimiento de las tareas que desarrollaba, inclusive en su vida de relación, como también el nivel socioeconómico en que se desenvolvía" (sentencia del 15 de abril de 1999 de la Cámara Nacional en lo Civil, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 850). En el mismo sentido se ha fallado que: "Para fijar la indemnización no corresponde utilizar cálculos matemáticos ni actuariales, así como tampoco son aplicables sin más las decisiones de otros tribunales, pues en cada caso deben sopesarse y valorarse las circunstancias específicas y concretas demostradas" (sentencia del 15 de febrero de 1999 de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 864). También se ha fallado que: "Para establecer el *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente, corresponde analizar la aptitud de la víctima para futuros trabajos, su edad, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, número de hijos, si estos son capaces o menores de edad, situación económico-social de la unidad familiar y cantidad de personas a cargo del afectado, entre otras pautas a considerar" (sentencia del 5 de febrero de 1998, de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 499).

base de los ingresos que va a requerir la víctima en el futuro. Cualquier interés solo se computará a partir de que la sentencia quede ejecutoriada⁴⁵.

9.6.2. *Combinación de los métodos matemáticos con el concreto*

Otra combinación que parece satisfacer bastante a la doctrina y a los jueces a la hora de efectuar el cálculo de la utilidad perdida, es la de utilizar un padrón objetivo y uno subjetivo.

Un gran número de autores y jurisprudencia comparada han venido afirmando que la determinación de lucro cesante se debe hacer sobre parámetros objetivos y matemáticos, lo que resulta inevitable, pero que los resultados así establecidos deben ser corregidos por el juez de la causa sobre la base de los elementos o circunstancias que concurran en la víctima principal y la víctima por rebote.

Se ha fallado, por ejemplo, que “para fijar la indemnización por muerte deben prevalecer elementos objetivos, sin incurrir en simple discrecionalidad judicial. Los módulos que proporciona el cálculo matemático deben ser corregidos en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pero expresando concretamente cómo incide cada uno de los factores a los que se atribuye virtualidad modificatoria de las pautas matemáticas”⁴⁶.

También se ha resuelto que “solo a partir y luego de computada la retribución real o presunta del muerto y el resto de su vida útil laborativa, es dable ponderar las particularidades de la causa para obtener la adecuada solución de lo que es comprensible de la prudencia que se rescata para la determinación del monto, pues permite al juez decir por qué y cómo llega al resultado y, además, se conforma al principio de integridad regulatoria”⁴⁷.

En el mismo sentido se ha sentenciado que “si bien los informes periciales relativos a la incapacidad de la víctima constituyen un elemento importante a considerar por los jueces a fines indemnizatorios, no conforman una pauta estricta que deba seguirse inevitablemente, toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las demás consecuencias que afectan a aquella”⁴⁸.

45 Este método ha sido aplicado por alguna jurisprudencia argentina (Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba, 15 de junio de 1989) y también sugerido por votos disidentes en fallos de mayoría (cfr. Azpeitia, Lozada y Moides, ob. cit., pp. 172 y ss.).

46 Sentencia de la 2.ª Sala, Cámara en lo Civil y Comercial de Morón, confirmatoria de la primera instancia, del 14 de diciembre de 1979, citada por Zavala, ob. cit., T. 2 b, p. 467.

47 Sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín, del 20 de septiembre de 1988, citada por Zavala, ob. cit., T. 2 b, pp. 467 y 468.

48 Sentencia del 15 de diciembre de 1998 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 1.090.

RAMÓN HORACIO DOMÍNGUEZ ÁGUILA

Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Toulouse (Francia). Especialista en Docencia Jurídica de la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y de la Universidad de Stanford (Estados Unidos). Es director del magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad del Desarrollo (Chile), donde se desempeña como profesor de Derecho Civil, al igual que en la Universidad de Concepción (Chile). Socio fundador del estudio jurídico Domínguez y King.