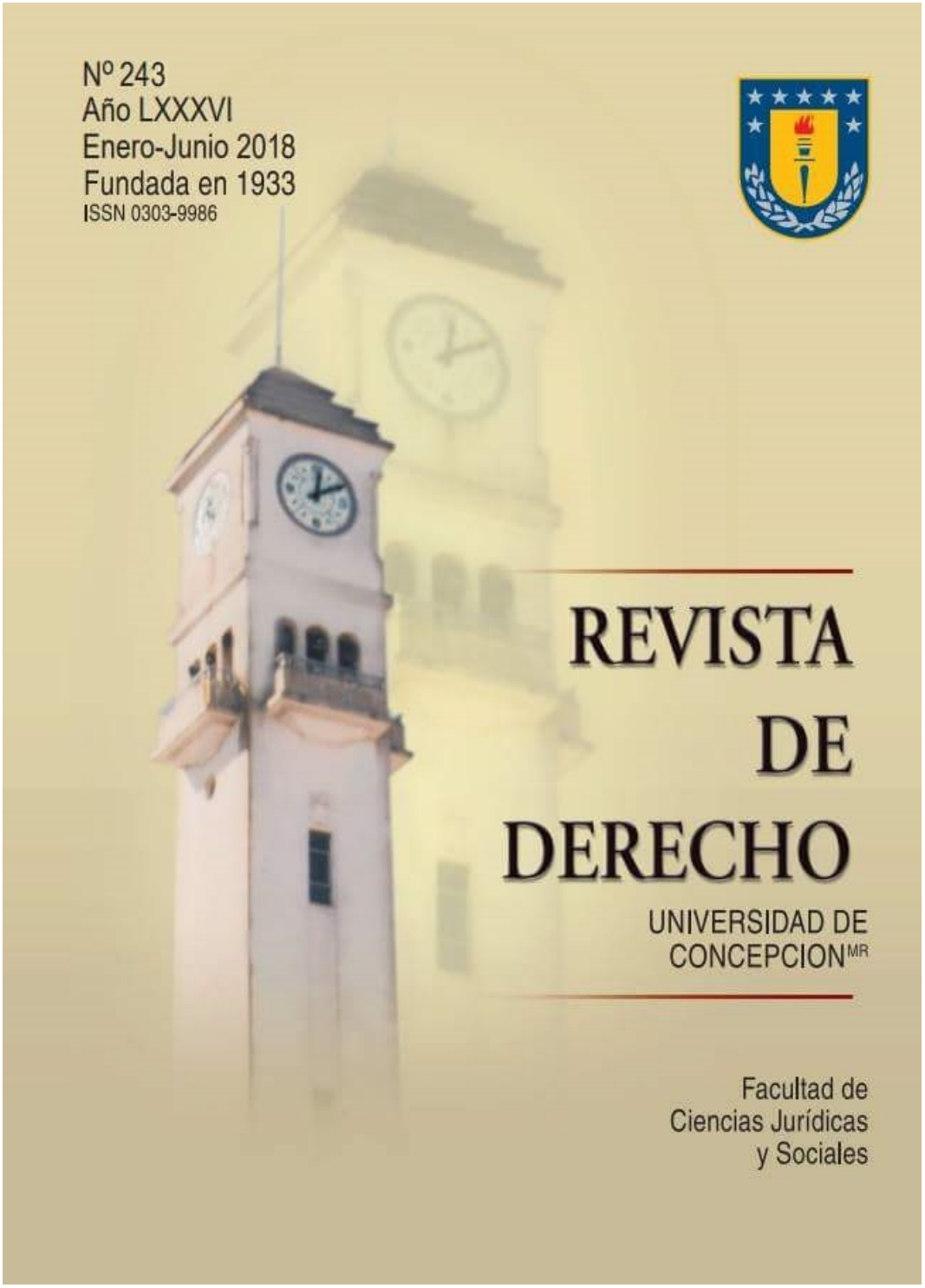
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

SOBRE EL LUCRO CESANTE

ABOUT LOSS OF PROFITS

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO*
Prof. de Derecho Civil
Universidad de Concepción
Concepción - Chile

RESUMEN

A partir de premisas fundamentales y en base a ciertos casos ilustrativos, el trabajo expone sobre el lucro cesante desde su concepto hacia sus características esenciales, centrando su análisis desde su dimensión económica, la exigencia de certeza en su determinación, el conflicto conceptual que ello genera y la abstracción que requiere; así como su recepción en los diversos textos jurídicos de Derecho Civil contemporáneo, y finalmente su relación con otros ámbitos de derecho patrimonial: el enriquecimiento injustificado y la libre competencia, respectivamente.

Palabras clave: Responsabilidad civil, indemnización de perjuicios, lucro cesante, elementos.

ABSTRACT

Based on fundamental premises and based on certain illustrative cases, this paper discusses the loss of profit from its concept to its essential characteristics, focusing its analysis from its economic dimension, the requirement of certainty in its determination, the conceptual conflict that it generates and the abstraction that it requires; its reception in the various legal texts of contemporary Civil Law, and finally, its relationship with other areas of patrimonial law: unjust enrichment and free competition, respectively.

* Abogado, Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción. Correo electrónico dpenaili@udec.cl.
Artículo recibido para evaluación el 16 de abril de 2018 y aprobado para su publicación el 23 de mayo de 2018.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Keywords: Civil liability; Damages, Loss of profit (loss of earnings), Requirements.

I. OBJETIVO

El objetivo de este estudio es presentar un panorama general del lucro cesante en su concepto y rasgos fundamentales, cotejarlo críticamente con la recepción que ha tenido en textos legales recientes, especialmente en códigos civiles latinoamericanos, y desprender algunas conclusiones que puedan servir para eventuales futuros acercamientos.

Siendo ese el propósito, la dirección es declaradamente hacia el examen comparado, pero, por la autoría, se observará una cierta preferencia por elementos del Derecho chileno.[1]

II. UN RESUMEN EXTREMO: LAS DOS PREMISAS FUNDAMENTALES

Las opiniones que siguen se vierten sobre una base constituida por dos premisas jurídicas fundamentales (la segunda anclada en la primera).

a. Por definición, ganancia esperada, el lucro cesante tiene un componente hipotético, que surge ya en su inicio con la futuridad.

b. Como en la generalidad de las legislaciones una regla expresa ordena indemnizarlo, la certeza, que es rasgo común a todo daño indemnizable, aquí debe ser constatada con un rigor atenuado, bajo consecuencia de ser desobedecida esa orden normativa.

[1] La interesante historia del lucro cesante puede verse en RODRIGO ALARCÓN, Azahara: "Evolución Histórica de la Figura del Lucro Cesante", *Anuario de la Facultad de Derecho Univ. La Coruña*, 2003, Nº 7, pp. 641-652. Dejando constancia de que la expresión comienza a ser usada en la Edad media, el autor inicia el examen evolutivo configurándola en términos más firmes en el período post-clásico (con la marcada influencia que ya venía teniendo en la materia el Derecho procesal), en que comienzan a atenuarse las diferencias entre una valoración general con criterios objetivos determinados por el valor de la cosa y las valoraciones individuales que atendían a las circunstancias del acreedor concreto (características subjetivas del perjudicado); destaca el cambio relevante producido en el Derecho Justinianeo (confrontando las actitudes del Digesto y de la Constitución *Cum pro eo* y analizando distintos pasajes del primero). En el desarrollo posterior relata vicisitudes en las obligaciones de dinero debido a la influencia del Cristianismo y la represión de la usura, y la labor de los Glosadores por elaborar un cuadro general de la situación prescindiendo de casos particulares (que se habían configurado a través del procedimiento formulario); postula que es en el Derecho Común en donde ya puede estimarse configurado claramente el concepto de lucro cesante, sobre todo cuando fue especialmente reconocido entre los comerciantes; luego se concentra en el análisis del lucro cesante en el campo delictual (con base en la *Lex Aquilia),* para terminar examinando el art. 1106 del cód. español y sus antecesores.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

III. CASOS ILUSTRATIVOS

3.1. La venta de castañas en Nápoles

Un comerciante compró unas toneladas de castañas en Nápoles. No las recibió oportunamente. Demandó al vendedor, pidiendo como indemnización la diferencia de precio entre Nápoles y El Cairo, donde demostró que las vendería. El Tribunal accedió a la demanda, pero le concedió sólo la diferencia de precio en el mismo Nápoles (debido a la cantidad, estaba claro que las compró para vender; pero el vendedor no podía prever que las vendería en El Cairo).[2]

3.2. La venta de carbón de gasómetro

Un genovés debía entregar 303 toneladas de carbón de *cok* de gasómetro a un comerciante de Milán. Incumplió. El acreedor lo demandó, pidiendo una gran indemnización, sosteniendo que si se le hubiere entregado el carbón a tiempo hubiese podido revenderlo en Milán a un precio muy elevado. El tribunal le concedió una diferencia de precio como lucro cesante, pero en base al valor en las condiciones ordinarias del mercado de Milán al tiempo de la oportuna entrega.[3]

Estos casos tienen la virtud de demostrar algunas de las principales características de esta variedad de perjuicio, en su estructura y funcionamiento; destacadamente permiten apreciar la superposición conceptual de la previsibilidad con el lucro cesante y, simultáneamente, la modificación que puede producirse en el resultado, considerando la adicional intervención de una asunción específica de responsabilidad por parte del deudor (según se verá más adelante).

Para examinar la llamada *remoteness rule* en el *Common Law* son mencionados como casos líderes, entre otros: el de la reparación de un *shaft* de un molino ("*Hadley v. Baxendale*", al que suelen agregarse "*Victoria Laundry Ltd. v. Newman Industries*" y "*Koufos v. C. Czarnikow Ltd*".) y el del arriendo del barco *Achilleas* ("*Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.*").[4]

[2] Giorgi radica el caso en Nápoles, citando una sentencia de 1870 (GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Edit. Reus, Madrid, 1977, T. II, p. 152; Gatica en Turín, citando a Ricci y a Alessandri (GATICA PACHECO, Sergio: *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato*", Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 103).
[3] GIORGI, cit. (n. 2), T. II, p. 140.
[4] El primero puede ser encontrado en muchos textos ingleses sobre Derecho de Contratos; nosotros hemos usado BEALE, H. G.; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; RUTGERS, Jacobien; TALLON, Denis; VOGENAUER, Stefan, *Contract Law. Cases, Materials and Text,* Hart Publishing, Oxford - Portland, 2010, 2ª Ed., p. 1005; el último, con su innovación, puede ser conocido, con un

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñajillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

IV. EL CONCEPTO Y SUS EXIGENCIAS

4.1. El concepto básico, su aplicación y el origen económico

La formación del concepto de lucro cesante está asociado a dos factores cercanos: el daño emergente y las dos ramas de la responsabilidad civil. En la vinculación, el primero cumple una función contrastante; el segundo, determina su principal campo de aplicación.

Con esos ingredientes, unidos al examen de doctrina, precedentes judiciales y textos que lo recogen (más adelante serán consignados) que van reiterando constantemente ciertos elementos que pasan a ser los substanciales, el concepto puede ser formulado mediante varias expresiones, equivalentes y breves; las más repetidas son: ganancia esperada, ganancia frustrada, pérdida de ganancia.

Sobre esa base podemos decir que mientras el daño emergente es la pérdida sufrida el lucro cesante es la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino.

Como es fácil de advertir, la circunstancia fundamental de que consiste en una ganancia esperada presenta varias dificultades, sobre todo cuando la noción es enfrentada a las exigencias que han sido erigidas al rango de comunes a todo daño para que conquiste la calificación de indemnizable y, más aún, cuando se pretende llevarlo a situaciones concretas.

Aquí serán examinadas algunas especialmente relevantes.

En fin, el ámbito de aplicación es extremadamente amplio, al punto de cubrir todo el Derecho Patrimonial. Desde luego, es aplicable tanto en el cumplimiento de contratos como en la responsabilidad extracontractual. Y en los contratos, no sólo en la contratación privada; en la contratación administrativa puede presentarse como una partida muy substancial. Con todo, hay materias específicas en las que su aplicación es particularmente frecuente, como la regulación de la libre competencia, la propiedad intelectual, los contratos con obligaciones de ejecución duradera, la provocación de daños corporales (en que es producida privación de la capacidad laboral).

Y no son admitidas las ganancias ilegales (por ejemplo, las procedentes de actividades delictuales).[5]

---

substancioso comentario, en GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "*The Achilleas*: La *Remoteness Rule* sometida a debate en la *House of Lords*", en PIZARRO W., Carlos (Director), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII. Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*, Univ. Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 295 y ss.

[5] Pero hay algunas situaciones que, por fronterizas, pueden motivar discusión. Por ejemplo, la ganancia proveniente de actividades consideradas inmorales (como la prostitución, que en ciertos ordenamientos no está formalmente declarada ilegal y en la práctica es tolerada; incluso, ahí puede

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En cuanto a la indemnización consiste en una suma de dinero (porque también hay otras formas de reparación) todos los rubros que la constituyen tienen naturaleza económica, pero aquí, por la composición o consistencia hay una vinculación más profunda con la economía, que llega hasta especializados conceptos, métodos y dispositivos técnicos que ha creado y conduce esa disciplina. Y en la casuística suelen emerger conflictos en los que ellos resultan de señalada utilidad (aunque no siempre sean empleados); precisamente para determinar cuantías, con los matices que adopta en la multitud de ámbitos materiales en los que este perjuicio puede concretarse.

4.2. El conflicto con la certeza

Por una parte, la generalidad de los textos legales dispone y la doctrina conviene que, para que sea indemnizable, el daño debe ser cierto; y, por otra, es decisión legislativa universalmente impuesta la de que el daño consistente en lucro cesante es indemnizable.

Este es probablemente el escollo principal para configurarlo; y, en todo caso, el más presente en la práctica judicial.

Si es ganancia esperada, entonces, por definición, el lucro cesante carece de certeza absoluta.

Para los efectos de aproximarse al examen de la certeza conviene también observar su supuesta futuridad. Es frecuente que el lucro cesante sea asociado a un daño futuro; pero la futuridad es condición dependiente del instante tomado para examinar su existencia y magnitud. Si se trata de determinar su indemnizabilidad en un litigio hay varias alternativas de posicionamiento, con la consecuencia de calificación como daño pretérito o futuro; al tiempo del incumplimiento o del hecho dañino, al día de la demanda (cuando es formulada la petición al tribunal), al día de la sentencia, etc.[6] Hay, pues, lucro cesante que al día de la demanda no es futuro, aunque

distinguirse la situación de quien es directamente víctima, de quien ha sido un beneficiado de ella, como un hijo); la de la ganancia proveniente de la llamada economía informal (donde quien la obtiene está incurriendo en infracciones administrativas); la proveniente de ingresos no declarados para el pago del tributo; etc. V. al respecto ALBIEZ DOHRMANN, Klaus: "El Tratamiento del Lucro Cesante en el Sistema Valorativo", *Revista de Derecho Privado* (Madrid), 1998, año 82, 5, p. 382; con datos jurisprudenciales de la Corte de Casación italiana y del Tribunal Supremo Federal alemán, en general contrarios a indemnizar por lucro cesante en situaciones de prostitución.

[6] V. a este respecto MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre Daño Actual y Daño Futuro, con relación al Daño Emergente y al Lucro Cesante", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid)*, 1975, p. 195 y ss.; PIZARRO, Ramón; VALLESPINOS, Carlos, *Obligaciones,* Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1999, T. 2, pp. 660 y ss.

Pero si temporalmente nos ubicamos al momento de producirse el incumplimiento del contrato o el hecho dañino, entonces es siempre futuro. De ahí que se haya dicho "El daño por lucro cesante tiene por objeto un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que aún no pertenece a una persona al tiempo en que el perjuicio mismo se ha ocasionado." DE CUPIS, Adriano, *El Daño.*

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

permanece su carácter hipotético; la ganancia esperada, durante el tiempo transcurrido entre el incumplimiento o el hecho dañino y la demanda, al día de la demanda ya es pretérito (o actual).

Pero son muchas las situaciones en las que es perseguida la indemnización de un lucro cesante que al día de la demanda es futuro. Y, como es sabido, lo futuro nunca es plenamente cierto (salvo la muerte, al menos hasta ahora).

Así, con estas advertencias, una ganancia esperada nunca será absolutamente cierta; siempre existe la posibilidad de que algún sorpresivo obstáculo la malogre.

Entonces, si se pide absoluta certeza, el lucro cesante no podrá ser indemnizado; pero acontece que –como se ha dicho– las normas legales ordenan su indemnizabilidad.

Parece no haber otra alternativa de solución que la de moderar la exigencia de la certidumbre.

Ha de pedirse, pues, un razonable grado de certeza, equivalente a una sólida probabilidad, que se traduce en una composición de los extremos y que se reflejará en la prueba. Por una parte, se excluirá un detallado rigor, sobre todo en la fijación de la cuantía; y, por otra, evitando proposiciones antojadizas o notoriamente aleatorias en su existencia ("sueños de ganancia", como han dicho algunas sentencias) se deberán probar elementos objetivos que permitan desprender verosímilmente un curso (futuro) normal sobre la base de una ganancia hasta ahora producida. Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina y jurisprudencia.[7]

Esta composición se justifica porque aquí se requiere de un criterio exterior que fije el límite hasta dónde se ha de indemnizar en esta tarea de reconstrucción hipotética de lo que pudo haber acontecido.

Teoría General de la Responsabilidad Civil, Edit. Bosch, Barcelona, 1975, p. 320 (estimamos que la expresión final es perfectible: al tiempo en que se produce el incumplimiento o el hecho dañino).

[7] Ese prudente equilibrio en las exigencias es claramente expuesto por Castán, con cita de otros y de varias sentencias del Tribunal Supremo español en esa dirección (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Edit. Reus, Madrid, 1978, T. III, pp. 232 y ss.). También puede verse a GIORGI, Jorge, cit. (n. 2), T. II, pp. 138 y 139; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños,* Edit. Civitas, Madrid, 1999, p. 323; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil,* T. II., Edit. Legis. Bogotá, 2008, 3ª reimpr., p. 641.
Para el Derecho chileno, GATICA PACHECO, cit. (n. 2), p. 108 y ss.; Corte de Santiago, 5 de octubre de 2011 (aludiendo al juicio de probabilidad); Corte Suprema, 19 de agosto de 2010 (aludiendo al curso normal de los acontecimientos); Corte Suprema, 28 de abril de 2009 (aludiendo al juicio de probabilidad); Corte Suprema, 25 de marzo de 2008 (que previene sobre la necesidad de probar elementos conducentes a establecer su existencia).

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los textos legales –como luego será visto con más precisión– generalizadamente ordenan la indemnización del lucro cesante y, por otra parte, han pedido certeza en el establecimiento del daño para indemnizarlo, pero no suelen abordar formalmente aquel enfrentamiento conceptual. Con todo, una extendida mayoría (sobre todo los códigos del siglo XX) entregan herramientas para la solución, del todo equivalentes a lo reseñado.

4.3. El necesario y razonable grado de abstracción en su establecimiento

En una concepción ya estimada tradicional y que ha disfrutado de consagración normativa, la determinación del daño patrimonial consiste en la comparación entre dos estados del patrimonio: antes y después de la infracción del contrato o del hecho dañino.[8] El método, eminentemente abstracto, es aceptable en cuanto se implante como punto de partida, que sienta una base normativa general.

Actualmente, con o sin normas complementarias, y como actitud ampliamente compartida, el daño es apreciado en concreto. Esa concreción se traduce, por una parte, en que es determinado el valor de cada perjuicio específico (considerando factores individuales de cada lesión) y, por otra, que se evita (aun para rubros específicos) la evaluación pre-establecida (estandarizada). Pero, por diversas razones, la generalidad de los sistemas indemnizatorios cede a este respecto ante ciertas situaciones; por ej. en prestaciones dinerarias, en reparaciones de la seguridad social, especialmente mediante seguros obligatorios; entre ellas está –al menos para ciertas actividades o hipótesis– la determinación del lucro cesante.[9]

4.4. La distinción entre su existencia y su avaluación

Para la fertilidad del análisis, en la aplicación práctica de las reglas reparatorias conviene distinguir entre existencia y determinación de cuantía.

Si para la concreta reparación esa distinción es propicia en el examen de todas las lesiones, es particularmente necesaria en categorías que ostentan componentes de contornos imprecisos, como acontece con el lucro cesante (también con el daño moral). Y el beneficio de esta separación se aprecia al vincularlo con la exigencia de la certeza; ya ha sido dicho que, atendida su

[8] El Cód. civil portugués (relativamente nuevo, de 1966) enuncia una regla general en estos términos: "Quien estuviere obligado a reparar un daño debe restituir la situación que existiría si no se hubiere verificado el evento que obliga a la reparación." (art. 562, que proviene de una regla muy semejante –1ª. parte del art. 2364– del código precedente, de 1867).

[9] V. al respecto BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual,* Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 258 y 259.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

naturaleza, en la existencia misma la certeza debe ser matizada; y ahora podemos añadir: pero sobre todo en la avaluación.

Por cierto, ese reclamo por considerar la distinción en las soluciones de la casuística se traduce directamente en el apropiado escrutinio de la *prueba*; allí es donde funciona en toda su intensidad. Y para que la advertencia no se confunda con postura complaciente, hay que añadir que los hechos (o bases) de los que se pueda desprender la ganancia esperada (y que en proyección configuran un futuro curso normal de los acontecimientos), deben ser probados sólidamente (ahí se conforma la existencia). Entonces, en la deducción y en la cuantía es donde ha de estar atenuado (sólo atenuado) el habitual rigor probatorio.[10]

Y en la solución de casos es aquí donde habitualmente radica el centro de las discrepancias: la determinación de su valor. Ciertamente, para el efecto con frecuencia la prueba pericial será de principal empleo.

En todo caso, tal como ya ha ocurrido con otros rubros indemnizatorios, la dificultad de la valoración no puede desalojar su indemnizabilidad.

4.5. La fuente de la ganancia y la ganancia propiamente, y el beneficio líquido

Para la demostración del lucro cesante también parece conveniente distinguir entre la fuente de la ganancia y la ganancia misma. Cuando se trata de actividades comerciales establecidas o empresas consolidadas puede ser fácil la prueba de la fuente y plausible su permanencia hacia el futuro, pero en actividades profesionales o de funcionamiento contingente o aleatorio será más difícil (y para el juez resultará más indispensable) la prueba de su mantenimiento en el tiempo para cualquier proyección. Asumiendo la distinción entre fuente de la ganancia y ganancia propiamente, puede percibirse que en la pretensión indemnizatoria los dos componentes están sometidos, por una parte, a distintas variaciones o contingencias y, por otra, a distintos medios probatorios y rigores de valoración de los medios que sean utilizados. Además, un examen separado permite con más realismo indagar

[10] Debe recordarse aquí el postulado, no muy compartido, de la presunción derivada del solo incumplimiento. La regla es que el daño debe ser probado. Pero –se ha dicho– la sola circunstancia de incumplir parece sentar una presunción de daño, porque por algo el contratante celebró el contrato y obtuvo el compromiso de la prestación; es porque le era útil. Entre quienes han sostenido este planteamiento puede mencionarse a GIORGI, cit. (n. 2), T. II, p. 128 y ss. El autor se extiende en esa presunción, que no parece haber ganado preferencia. Concluye que ella puede servir para una condena a pagar daños *in genere*, quedando luego de cargo del acreedor la prueba de los daños en concreto. La fuerza de esa presunción varía según se trate de perjuicios comunes o particulares; puede llegar casi a presunción de Derecho, en el caso de las deudas de dinero, por los intereses, y llega casi a extinguirse en daños muy particulares.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sobre las razonables probabilidades de que en el futuro la una seguirá existiendo y la otra seguirá siendo generada y en qué medida; incluso, la distinción ayuda a la solución de otra dificultad, asimismo frecuente y en ocasiones el escollo más complejo: el límite temporal que ha de considerarse para indemnizar.

En cuanto a la determinación de la ganancia frustrada asimismo es útil consignar la depuración de sus costos, que en las demandas suelen soslayarse y aun en las sentencias o no es expresada, con posteriores problemas de interpretación extemporánea. Es evidente que, si lo pedido es una ganancia razonablemente esperada, siendo aducidos ingresos globales o flujos periódicos, de esas sumas debe ser descontado lo que ha costado producir esas ganancias. Aunque es evidente, conviene dejar expresado el descuento de lo que ha costado producir esas ganancias. De no procederse a ese descuento es visible que se configuraría a favor del actor un enriquecimiento injustificado.

En este sentido, si a los litigantes les es exigible una mediana acuciosidad, quien persigue la indemnización de este lucro debe describir y probar, en naturaleza y monto, las partidas que integran el costo total en que hay que incurrir para obtener la ganancia que sostiene ha perdido o perderá. La disponibilidad probatoria conduce asimismo a esa conclusión: nadie sabe mejor que él la estructura de esos costos y sus valores. Por lo demás, sólo así es conferida al demandado la oportunidad de objetarlos y al tribunal las bases para la debida ponderación.[11-12]

[11] No obstante lo evidente de la afirmación, ha tenido que ser resuelto. Así: Corte Suprema, 12 de julio de 2017, *Hernández Ojeda con empresas Hites S.A., comisión y cobranza S.A.* (casación en el fondo), Rol 55.400-2016, sobre cobro de honorarios por servicios de cobranzas, en los que deben ser descontados los costos que implica obtener los honorarios (debe tenerse presente, por ej., que para efectos tributarios de las sumas percibidas son descontados gastos según contabilidad o un porcentaje de gastos presuntos (un 30%).
V. también VICENTE DOMINGO, Elena, *El Lucro Cesante*, Edit. Reus, Madrid, 2014, pp. 69 y ss. La autora se extiende en casos como el ilustrativo de los gastos en que debe incurrir un hotel para obtener ganancias que, por haberlas perdido, pretende le sean indemnizadas.

[12] Son muchos los problemas específicos que permanecen en relación con la avaluación del lucro cesante, que no serán tratados aquí. Uno, común a la indemnización de todo daño, es el de la compensación con una ganancia que, del mismo hecho dañino, le haya surgido simultáneamente a la víctima. Otro, también común, pero que es bien factible en la proyección del lucro cesante en el tiempo, es el de una variación con posterioridad a la sentencia (por circunstancias desconocidas o antes inexistentes), en que pudiere pretenderse una sentencia complementaria (v. al respecto CERDA OLMEDO, Miguel, "Responsabilidad Civil por Daños Futuros", *Anuario de Derecho Civil (Madrid)*, 1985, T. 38, pp. 623 y ss., especialmente p. 640 y ss.). Otro, el de la *acumulación de indemnizaciones*, que se presenta cuando, aparte de la indemnización que debe el autor del daño, una institución (por ejemplo, la Seguridad Social) paga a la víctima un valor por el mismo hecho (parece estarse acudiendo al procedimiento de descontar la suma pagada de la que deba pagar el responsable, concediendo a la entidad que pagó una acción de reembolso contra el autor del daño; al respecto puede verse ALBIEZ DOHRMANN, cit. (n. 5), p. 382). La indemnización por la *pérdida*

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñajillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4.6. El llamado "curso normal de los acontecimientos"

Enfrentando las dificultades que implica la determinación del lucro cesante, en el Derecho actual se ha acuñado con expandido éxito la expresión "curso normal de los acontecimientos."

Admitiendo el dinamismo habitual de las actividades productivas en el que acaece el incumplimiento de un contrato o el suceso que provoca el daño, la expresión sintetiza el planteamiento de que: para determinar el lucro cesante, en naturaleza y monto, ha de asumirse que *persistirán* en el tiempo las características de la persona, cosa o unidad productiva dañada y el entorno en que se ha celebrado el contrato o se ha cometido el hecho dañino. En otros términos, debe asumirse que las circunstancias (debidamente establecidas) en que se inserta el contrato, que por su naturaleza se desenvuelven en el tiempo produciendo sus efectos, se mantendrán en el futuro. Y, entonces, han de ser razonablemente proyectadas al futuro más o menos próximo, para detectar así las características y la magnitud del beneficio que la víctima ha dejado de percibir.

Por cierto, los hechos y circunstancias que configuran ese estado que va a ser proyectado deberán ser probados con el rigor que en general se requiere para el establecimiento de los hechos en un proceso.

La expresión está difundida en la doctrina, acogida en sentencias y, por último, recibida por muchas codificaciones de las más recientes.[13]

Ahora es fácil percatarse que estos dos últimos capítulos están en estrecha relación con el requerimiento de la certeza (ya antes aludida).

Por último, es también perceptible la dificultad que surge. Hay circunstancias que por su naturaleza o características tienen una duración breve y, sobre todo, definida (como un negocio que ha sido creado sólo para esta próxima temporada invernal o veraniega); pero otras permanecen indefinidamente o por tan extensos períodos que la proyección de este "curso normal de los acontecimientos" para determinar el lucro cesante puede

de una oportunidad ("chance"), concepto distinto pero emparentado con el lucro cesante, con el cual al fondo hay poco más que una relación de grado en la probabilidad de acaecimiento del beneficio, tiene sus particulares requerimientos y, sobre todo, medios de valoración; como que el nuevo Cód. Civil argentino los trata en unos mismos preceptos, según será visto más adelante al recoger reglas de códigos civiles de los siglos XX y XXI (para más antecedentes, puede verse RÍOS, Ignacio; SILVA, Rodrigo, *Responsabilidad Civil por Pérdida de la Oportunidad*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2014). Otro es el de la valoración en casos de *pérdidas de ganancia por tiempo indefinido*, en que se observa la conveniencia de fijar un plazo que será considerado para indemnizar. En fin, el de la conveniencia de *corregir* el valor fijado como indemnización por lucro cesante que se pagará de una vez, cuando la pérdida sufrida implicaba un beneficio que sería recibido por la víctima dilatadamente en el tiempo (continuamente o a tractos).

[13] V. por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Edit. Civitas, Madrid, 1996, T. II, p. 687; también las obras y fallos antes citados; textos legales, más adelante.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

producir incertidumbres o aun injusticias (al tener que conceder indemnización por lucro cesante, por ejemplo, mientras permanezca el establecimiento productivo).

Frente a estas situaciones, hay dos advertencias que convendría considerar al tiempo de resolver casos:

a. Mientras más se prolonga la proyección, aumentan las probabilidades de que ocurran factores externos que alteren el "curso normal de los acontecimientos" (por ej. fenómenos naturales de efectos masivos) que superan los efectos dañinos del incumplimiento contractual o del hecho, de modo que la frustración de la ganancia se habría producido aun sin el incumplimiento o el hecho; o que, por el contrario, podrían haber aumentado esa ganancia.

b. La consideración precedente conduce a la conveniencia de acudir a los expertos en *cálculo actuarial* o probabilístico (con elementos matemáticos, habitual en el diseño de seguros) que pueden ilustrar benéficamente al juez y que resulta útil en diversas situaciones que deben ser proyectadas al futuro; en materia indemnizatoria, especialmente en daños corporales (v. además lo dicho en nota 12).[14]

Con esas reflexiones, el corolario es que las dificultades deben ser abordadas con las particularidades del caso y, en ocasiones, con asesoría especializada.

4.7. La relación con la previsibilidad

El examen de la casuística conduce a apreciar una estrecha vinculación del lucro cesante con la previsibilidad.

En efecto, por una parte, está ordenado que el lucro cesante debe ser indemnizado; y, por otra, está asimismo dispuesto que el perjuicio indemnizable es sólo el previsible (salvo que el incumplimiento sea doloso).

Es natural que se produzca una superposición conceptual con el elemento de la futuridad; una ganancia esperada (con sólidos fundamentos, debidamente probados) que se frustró por el incumplimiento, debe ser indemnizada por un incumplidor que razonablemente ha podido preverla.

Queda por definir el día al que se examinará esta previsibilidad. Es sabido que la respuesta más aceptada es que debe ser examinada al día de la celebración del contrato (aunque en la responsabilidad contractual se ha vacilado si al tiempo de la celebración del contrato o del incumplimiento).[15]

[14] V. al respecto con información más específica, VICENTE DOMINGO, Elena, cit. (n.11), p. 135 y ss.

[15] V. en este sentido IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 150 y 151 (dejando a salvo las situaciones de dolo). A este respecto, el Código Civil portugués es suficientemente expresivo; el art. 564 dispone:

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Entonces, vinculando ambos conceptos y la última advertencia, la conclusión es que debe ser indemnizado el lucro cesante que sea previsible el día del contrato.

No se trata, pues, de una genérica previsibilidad. Se trata de que razonablemente haya podido preverse una ganancia; que el deudor haya podido razonablemente prever que con su incumplimiento el acreedor perdería una legítima ganancia.

Como está firmemente propuesto que el acreedor debe probar los sólidos antecedentes que fundan su pretensión (proyectando el curso normal de los acontecimientos), la conclusión es que esa proyección, así de sólida, debe razonablemente haber sido prevista por el deudor al celebrar el contrato.

Se puede avanzar algo más.

Prescindiendo de otras consideraciones, si el acreedor informa de la finalidad o destino y oportunidad de la prestación, es decir, informa al deudor de lo que ocurrirá si incumple, la duda está resuelta por esa vía.

Si esa información no se ha impartido, entonces el análisis de muchos casos concretos permite detectar que la naturaleza de las prestaciones, el entorno en que se convienen y la actividad que desarrollan los contratantes son algunos factores decisivos para resolver si en la especie se cumplen o no las exigencias para la indemnización. Es decir, de esos factores surgirá la respuesta para concluir si la ganancia esperada era o no previsible por el deudor al tiempo de contratar. Ahí es donde despliega su rol la expresión: "curso normal de los acontecimientos." Si, por la naturaleza de la prestación, el objetivo que persigue y el entorno en el que se inserta, incluyendo la actividad a la que se dedica el acreedor, era razonable que el deudor advirtiera lo que el acreedor iba a dejar de ganar, debe indemnizar esa ganancia esperada.

En algunas ocasiones, una circunstancia que puede erigirse en muy influyente a este respecto es la profesión o industria a que se dedican los contratantes. Puede ocurrir que sea la misma, que la comparten, en cuyo caso por este conducto aumentan al extremo las posibilidades de que para el deudor sea ampliamente previsible el perjuicio (lucro cesante) que podía generar su incumplimiento; él propiamente sabe lo que el acreedor dejará de ganar si le incumple. Aun no siendo la misma actividad, es posible también que le sea previsible o esté en muy buenas condiciones de haberlo previsto,

"1. El deber de indemnizar comprende tanto el perjuicio causado como los beneficios que el lesionado dejó de obtener como consecuencia de la lesión.
2. En la fijación de la indemnización puede el tribunal atender a los daños futuros, desde que sean previsibles…".

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

si la profesión o industria a la que él se dedica está conectada con la del acreedor: lo asesora o es asesorado por él, le suministra insumos o productos o es abastecido por él, sus obras o servicios son complementarios en obras o servicios que ejecutan a terceros, etc.[16] (es la ocasión de evocar el caso de la venta de castañas).

Desde otro punto de vista, en esta relación del lucro cesante con la previsibilidad, el instrumento del "curso normal de los acontecimientos" puede ser útil en dos sentidos. Por una parte, para el acreedor perjudicado, en cuanto facilita la prueba de la existencia y monto del lucro cesante. Y, por otra, para el deudor, en cuanto sólo hasta ahí indemniza (entonces constituye una frontera); más allá indemniza sólo si había tenido efectivo conocimiento o ha sido informado, lo que deberá ser probado (y así, para ir más allá del límite, ya se exige la prueba de rigor habitual).

4.8. La relación con la asunción del riesgo (el interés protegido por el contrato) y la interpretación contractual

Es posible que, expresa o tácitamente, el deudor haya quedado informado sobre las circunstancias en que se desenvuelven las prestaciones contraídas y, por tanto, proyectándolas, él puede percatarse de los beneficios que perderá el acreedor al incumplir; es, pues, un lucro cesante previsible y, por tanto, indemnizable por el deudor.

Pero, al menos conforme a considerable doctrina, eso todavía no parece suficiente para imponer la indemnización por lo que el acreedor deje de ganar. Para atribuir al incumplidor esa consecuencia indemnizatoria es necesario que, enterado de lo que dejará de ganar el acreedor por el incumplimiento, haya contratado asumiendo íntegramente la consecuencia; el deudor incumplidor responderá por cierta ganancia perdida si ha asumido la responsabilidad por esa ganancia que se perderá debido al incumplimiento (en expresión inglesa, responderá si hubo "*assumption of responsability*"); si ha asumido que tal es "el interés protegido por el contrato". El lucro indemnizable no es todo el lucro que el acreedor pudo obtener del contrato incumplido, aun previsible, sino el lucro "garantizado por el contrato": son indemnizables sólo las pérdidas irrogadas a los intereses del acreedor protegidos por el contrato.[17]

[16] Estos supuestos son muy plausibles, con similares consecuencias en el lucro cesante, en el ámbito de los ilícitos contra la libre competencia, en la responsabilidad extracontractual.

[17] Desde el punto de vista del acreedor, no es indemnizable toda ganancia perdida; ni siquiera la esperada (razonablemente) por él de haberse cumplido el contrato; ni siquiera la ganancia que el deudor sabía o debía saber que perdería con el incumplimiento. Es indemnizable sólo el lucro que podía esperar en base al interés protegido por el contrato (lo que, en base a lo convenido y asumido por el deudor, podía esperar).

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Un intento por dar acogida en Chile a esta exigencia en la indemnizabilidad del lucro cesante tropieza con el artículo 1558 del Cód. Civil; pero el obstáculo no parece del todo insalvable. Cuando el texto dispone que son indemnizables los perjuicios "que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", se trata de reinterpretar el verbo "prever", que queda como la clave. No es fácil. Para acoger la proposición habría que entender que prever aquí no significa simplemente "advertir", "representarse", "imaginarse" anticipadamente un daño que se producirá si el contrato es incumplido, sino, además, asumirlo, quedar decidido a responder por ese daño si llega a producirse; lo indemnizará porque integra el (forma parte del) interés que el contrato protege.

Aquí nuevamente habrá que examinar el caso. La voluntad de contratar, con la información anterior o coetánea sobre las consecuencias del incumplimiento, al menos en principio constituirán demostración de que las eventuales pérdidas de ganancia son asumidas. Deben ser, pues, dejadas a salvo situaciones en las que, por las circunstancias (entre ellas el tipo de contrato, los caracteres del contrato específico, el valor de la prestación recíproca), el riesgo de pagar esas consecuencias del incumplimiento no es asumido.[18]

Puede verse que por esta dirección el problema desemboca en el capítulo de la interpretación del contrato (efectuada objetivamente por el juez).[19]

V. en este sentido MORALES MORENO, Antonio, "Indemnización del Lucro Cesante en Caso de Incumplimiento del Contrato", en Pizarro W., Carlos (director), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII. Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*, Univ. Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 263 y ss. Un tratamiento ampliado, en MORALES MORENO, Antonio, *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Edit. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

En esa dirección, para el *Common Law* puede verse, por ej., ATIYAH, P. S.; SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 2005, 6a ed., p. 416 y ss. Luego de expedir comentarios a algunos precedentes los autores advierten que en la multiplicidad de situaciones hay otros factores que agregar, como la naturaleza y propósitos del contrato y, destacadamente, los riesgos real o presuntamente asumidos por el deudor.

[18] Al contratar un taxi el pasajero relata al taxista que debe llegar a cierta hora al lugar indicado porque celebrará un importante negocio que le reportará cuantiosos beneficios. La sola circunstancia de la aceptación a transportar (a cambio de la tarifa usual) no parece suficiente para concluir que el taxista asumía el riesgo de pagar una elevada indemnización si por llegar más tarde de lo proyectado el pasajero perdía el negocio.

[19] Algunas sentencias del Tribunal Supremo español ilustran conceptos de aquellos hasta aquí vertidos (disponibles en línea: www.indemnizacionglobal.com, publicados por Pedro Torres Romero en 10:35; Visita: 26 de diciembre de 2013, 19 hrs).

Antes de resumir algunas, esta es ocasión para prevenir que en las sentencias que rechazan la indemnización por lucro cesante deben ser *separadas* aquellas que lo rechazan por falta de prueba de las que lo rechazan por criterios de imputación, que declarada o subrepticiamente, obran (y ciertamente deben obrar) en la atribución del deber de indemnizarlo.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4.9. La relación con el deber de evitar o mitigar el daño

Por cierto, en la producción del lucro cesante como en la de cualquier otro daño, es aplicable también el deber del acreedor (o víctima en su caso) de evitar o, al menos, mitigar el daño. Si la víctima puede evitar la pérdida del lucro cesante o disminuirla, sin sacrificios extraordinarios, está obligado

---

- La Sala 1ª del T. S. en sentencia de 5 de junio de 2008, tiene declarado que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 del Cód. Civil (La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor), sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes (Sentencias de 17 de noviembre de 1954, de 6 de mayo de 1960, de 30 de diciembre de 1977, mencionadas en la de 30 de octubre de 2007; Recurso 5049/2000).
- Define el lucro cesante la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2003 -reiterada en la de 30 de octubre de 2007- al considerar que "a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso;" y añade esta sentencia que "el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener". Y la sentencia de 8 de julio de 1996: "que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico".
- El T.S. tiene reiteradamente establecido (STS. de 7 de junio de 1998 y 5 de noviembre de 1998, entre otras) que el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir. El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido; no incluyéndose los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna.
- La Sala 1ª del T.S. ha destacado la prudencia rigorista (así sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso indemnizatorio, el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 EDJ1996/3549 y 21 de octubre de 1996 EDJ1996/6432).
- El lucro cesante abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. En tal sentido dice la sentencia de 24 de abril de 1997 que la integración del *lucrum cessans*, como elemento de indemnización, no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos "sueños de ganancia", ni referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que, en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización. De esto resulta que el reconocimiento del lucro cesante está supeditado a la prueba de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a adoptar las medidas tendientes a ese objetivo. Mantenerse impávido, asilándose en la regla de que el daño que está sufriendo tendrá que ser indemnizado contraviene la buena fe; o, como también ha sido estimado, aquellos daños, en la medida en que pudo evitarlos, no han de indemnizarse porque estrictamente no surgen del (solo) agente y, por tanto, respecto de su hecho falta la relación causal.

Sin avanzar más en los conceptos y requisitos de ese deber, lo que aquí solamente dejamos dicho es que hay textos legales (de los siglos XX y XXI) que formulan una especial referencia a la vigencia de este deber, el que ha de ser considerado al tiempo de valorar el lucro cesante, lo que estimamos por cierto conveniente. Es la actitud adoptada por los códigos alemán y suizo; y, entre los proyectos, por el de Pavía (como se verá luego al transcribir los preceptos).

En todo caso, cuando se aprecia que la mayoría de los textos actuales no formula la mencionada referencia, de esa circunstancia no debe desprenderse que allí no habrá de ser considerado; hay que entender, simplemente, que en esos ordenamientos no ha sido considerado necesaria una mención expresa, y la aplicación del señalado deber queda entregada a las reglas generales (de ahí la bondad de aquellas reglas que lo expresan, que eliminan todo vestigio de duda).[20]

4.10. La aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual al ámbito de la extracontractual

Aunque este estudio está orientado a la responsabilidad contractual, conviene una breve referencia a este capítulo.

[20] Incluso, ha sido sugerido que, bajo pena de reducción de la indemnización, el acreedor debe evaluar con esmero el empleo de otros remedios ante el incumplimiento, particularmente la resolución. Al resolverse, el acreedor puede obtener ciertas ventajas de verse liberado del contrato (retiene o recupera lo que él debió transferir si el contrato se hubiere cumplido); eso debe considerarse para compensar ciertos daños recibidos, evitando enriquecimiento injustificado. También si el deudor está obligado a indemnizar el interés positivo, sería contrario a la conmutatividad del contrato sinalagmático, que no recibiera ninguna compensación económica a cambio (así MORALES MORENO, cit. (n. 17), p. 293; el autor se refiere a este deber separadamente, pero bien puede ser incluido, en este contexto, dentro del deber de evitar o mitigar el daño).
Por cierto, las medidas que debe adoptar la víctima para evitar o minimizar el daño han de ser las "razonables," y con derecho a reembolso de los gastos en que incurra. Para estos y muchos otros capítulos sobre el tema puede verse el completo estudio de SAN MARTÍN, Lilian, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Edit. Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
Para el *Common Law*, en donde por cierto es también aplicado, puede verse ATIYAH *et al*., cit. (n. 17), p. 420 y ss. Una contrastación sobre el deber de evitar o mitigar el daño entre el Derecho inglés y el francés puede verse en ROWAN, Solène, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press. Oxford, 2012, pp. 142 y ss.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La generalidad de los códigos civiles trata del lucro cesante al regular la indemnización de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin formular referencias en la responsabilidad extracontractual (excepcionalmente, en esta última materia el Código italiano, en su art. 2056, se preocupa de expresar remisión a lo dicho en los efectos de las obligaciones contractuales). Aunque normativamente también se ha optado por un método inverso.[21] Más aún, todo un sistema de conceptos y categorías, en relaciones de género a especie, que distingue clases de perjuicios (morales y materiales, previstos e imprevistos, actuales y futuros, etc.), dentro del que es insertada la distinción entre daño emergente y lucro cesante, es consignado en los estatutos reguladores de la responsabilidad contractual.

Pero también la generalidad de la doctrina y jurisprudencia de los respectivos ordenamientos no ha vacilado en aplicar esas categorías y conceptos a la indemnización en responsabilidad extracontractual; y es así por la simple explicación de que el daño es propiamente un elemento común a ambas responsabilidades, en estructura y características.[22] De ahí que este elemento sea uno de los más aducidos para intentar la unificación de ambas responsabilidades.

Asimismo, como es sabido, en el Código Civil chileno la indemnizabilidad del lucro cesante está dispuesta en las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1556, que sólo lo acoge, sin más pormenores). Y también entre nosotros, doctrina y jurisprudencia nunca han dudado de que este concepto (como otros tipos descritos en las normas sobre el daño) es también aplicable a la responsabilidad extracontractual.[23]

En todo caso conviene añadir –teniendo en vista unas ganancias esperadas– que en la sede contractual el incumplimiento incide en un proyecto de negocios del cual el contrato formaba parte (con un cierto riesgo de incumplimiento, por cierto) y que además implica un eventual problema de interpretación, lo que no acontece en la extracontractual, en que los proyectos o actividad futura de la víctima simplemente no contaba con ese hecho dañino que ha llegado.

[21] A la inversa de aquella actitud habitual, el Cód. Federal Suizo de las Obligaciones impone algunas reglas (generales) sobre la determinación de la indemnización al tratar la responsabilidad por hecho ilícito (art. 42) y luego, en las reglas de responsabilidad contractual se remite a ellas (art. 99 inc. 3°).

[22] V. por ej. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado de la Responsabilidad Civil,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, T. III, vol. I, N° 2361, p. 552.

[23] Así, por ejemplo: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1983, 2ª ed., T. II. p. 547; BARROS BOURIE, cit. (n. 9), p. 257, con cita de sentencias; DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El Daño Extracontractual: Jurisprudencia y Doctrina,* Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 164 y ss., con cita de sentencias.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

V. LA RECEPCIÓN EN LOS TEXTOS

El concepto, las adaptaciones ante la certeza, la necesidad de la vinculación causal, las herramientas para constatarlo y las atenuaciones del rigor probatorio, han sido acogidos por las codificaciones civiles, particularmente de los siglos XX y XXI, y por los Proyectos legislativos (tanto de reformas a códigos como de Derecho uniforme).

En esta labor queda exhibida una edificante contribución recíproca entre la creación doctrinaria, la experiencia pretoriana y la adopción de una definida política legislativa.

5.1. Los códigos del siglo XIX

Tal como ya ha sido insinuado, los códigos del siglo XIX sólo mencionan el lucro cesante como rubro que debe ser indemnizado, sin una regulación más específica que describa características o establezca requisitos. Con frecuencia sí añaden una expresión conceptual (entre ellos semejante).

El Código Civil francés lo alude como: "ganancia de que ha sido privado" (art. 1149); el italiano antiguo como "ganancia de la que se le privó" (art. 1227); el español también como "ganancia que haya dejado de obtener" (art. 1106); el argentino antiguo primero lo llama "utilidad que haya dejado de percibir" (art. 519) y más adelante, en los hechos ilícitos: "ganancia de que fue privado el damnificado…" (art. 1069).

5.2. Los códigos de los siglos XX y XXI

Podrá observarse que mientras los códigos civiles del siglo XIX sólo imponían la indemnizabilidad del lucro cesante, añadiendo una aproximación conceptual genérica, los de los siglos XX y XXI y recientes proyectos, persistiendo en el concepto (y recibiendo las proposiciones más compartidas de la doctrina), añaden algunas orientaciones al tribunal en la tarea de determinarlo.

En lo que aquí importa, el residuo más notorio que se percibe es que es aludido el "curso normal de los acontecimientos," ofrecen instrumentos para constatarlo, confieren alivio probatorio y eliminan la exigencia al perjudicado de probar la exactitud del monto.

Así (el destacado es nuestro), desde el Código Civil alemán ha sido habitual disponer que "como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con *el curso normal de las cosas* o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosímilmente esperada" (art. 252).

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Refiriéndose precisamente a la determinación del monto, el posterior código federal suizo de las obligaciones dispone que "cuando el monto exacto del daño no puede ser establecido, *el juez lo determina equitativamente* considerando *el curso ordinario de las cosas* y las medidas tomadas por la parte perjudicada" (art. 42).

Consolidando la tendencia, otro texto influyente en códigos posteriores, el Código Civil italiano, dispone que el resarcimiento del daño por el incumplimiento o el retardo comprende tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la *ganancia frustrada*, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa… (art. 1223). Y luego previene que si el daño no puede ser probado en su preciso monto *será liquidado por el juez equitativamente* (art. 1226) (más adelante, en el art. 2056, el texto aplica esta regla –junto a otras vecinas– a la indemnización por hechos ilícitos, con expresa mención, en el inc. 2º, del lucro cesante).

La referencia al *curso normal de las cosas* (de los textos alemán y suizo) y el recurso a la equidad entregado a la prudencia al juez (de los códigos suizo e italiano[24]) han hecho fortuna en los códigos y proyectos de los siglos XX y XXI.

El Código holandés, con algo de parquedad, dispone que "El daño patrimonial comprende la pérdida sufrida y la *ganancia perdida*" (art. 6:96).

Y agrega que: "El juez evalúa el daño de la mejor manera que corresponda a su naturaleza. *Cuando la magnitud del daño no puede ser establecida con precisión, ella es estimada*" (art. 6:97) (la cursiva es nuestra).

El Código boliviano, sin más aclaraciones dispone que: "El resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y *la ganancia de que ha sido privado*, con arreglo a las disposiciones siguientes" (art. 344). Aunque no ilumina mucho, es reconocible el precedente del art. 1223 del Código Civil italiano.

El Código peruano en su art. 1321 dispone que: "El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el *lucro cesante*, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución" (inc. 2°). La regla debe ser complementada con el art. 1332, conforme al cual, si el monto

[24] Puede verse el comentario de Messineo, referido precisamente a la responsabilidad extracontractual (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Edit. E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, T. VI, p. 557, final).

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del daño no puede ser probado con precisión, "deberá fijarlo el juez con *valorización equitativa*".[25]

El Código Civil paraguayo recoge la expresión más empleada, al disponer que: "El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas las consecuencias inmediatas, y las mediatas previsibles, o *las normales según el curso natural y ordinario de las cosas*…" (art. 1856).

El Código de Québec, en términos bastante escuetos, dispone que: "Los daños debidos al acreedor incluyen la pérdida sufrida y *la ganancia de que ha sido privado*" (art. 1611).

El Código brasileño, al menos, agrega algo más: "Salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, los daños debidos al acreedor incluyen lo que ha perdido efectivamente *y lo que razonablemente dejó de lucrar*" (art. 402).

El Código argentino (nuevo) dispone: "La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en *el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención* y la pérdida de chances. Incluye…" (art. 1738). Y agrega: "Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance…" (art. 1739).

Como puede apreciarse, son claramente perceptibles y constantes algunos rasgos que conforman tendencia: considerar el "curso normal de los acontecimientos," conferir alivio probatorio y eliminar la exigencia al perjudicado de probar la exactitud del monto del daño por este rubro.

5.3. Los Textos y Proyectos de Derecho uniforme y Proyectos de reforma a códigos civiles

También aquí aparecen las constantes (las cursivas son nuestras).

El Proyecto de Pavía dispone que "El daño patrimonial resarcible comprende: tanto la pérdida sufrida, *como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas* y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse –con certeza razonable– ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora" (art. 163 inc. 1°). Y el art. 165: "El daño futuro es resarcible y cuantificable conforme establece el artículo 168.1 *si existe la certeza razonable de que el incumplimiento o el retraso no han agotado su eficacia causal,* a menos que

[25] El anotador del volumen consultado alaba la norma sobre todo para el lucro cesante por tratarse de hechos futuros, en los que el juez muchas veces deberá contentarse con presunciones (GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil,* Edit. Científica. Lima, s/f. T. III, p. 162).

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la víctima del daño se reserve la posibilidad de exigir su reparación, de manera separada, después de que éste se haya producido."

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) contienen también preceptos, aunque escuetos. Dispone que:

> "(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108.
>
> (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:
>
> (a) Pérdidas no pecuniarias
>
> (b) *Futuras pérdidas previsibles y probables*" (art. 9:501).

Y agrega que: "El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y *las ganancias que haya dejado de obtener*" (art. 9:502).

Los Principios UNIDROIT por su parte disponen: "La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida *y cualquier ganancia de la que fue privada*, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios" (art. 7.4.2 inc. 1°). Y se agrega que:

> "(1) La compensación sólo se debe por el daño, *incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.*
>
> (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
>
> (3) *Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento*" (art. 7.4.3).

El Anteproyecto de reforma al Código español dispone que: "La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la *ganancia que haya dejado de obtener*.

Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias" (art. 1207, inc. 1° y 2°).

En fin, conviene insistir que cuando los textos (sobre todo del siglo XX y XXI) agregan al "curso normal de los acontecimientos" una expresión como "y considerando las medidas adoptadas," están aludiendo principalmente al

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deber que tiene la víctima de evitar o mitigar el daño (deber que, por cierto, es aplicable tanto al daño emergente como al lucro cesante), como aquí ya fue advertido (Nº 4.9).

5.4. El Código Civil chileno

Como es sabido, en el Código chileno la indemnizabilidad del lucro cesante está dispuesta en el art. 1556. Al igual que en los de su época, el texto sólo ordena, escuetamente, indemnizarlo. El precepto proviene del art. 1149 del Código francés, que a su vez sigue a Pothier.[26]

Tal como ya se insinuó, implantada su indemnizabilidad, si mantenemos un extremo rigor en la demostración de la certeza del daño, la consecuencia sería que por esta vía se estaría desvirtuando la efectiva vigencia del art. 1556, hasta dejarlo inaplicable. De ahí que lo procedente es moderar aquel rigor, primero conceptualmente y luego llevándolo a la práctica, en la apreciación de la prueba para tener por establecida su existencia y para la determinación de su magnitud, en la dirección de una razonable certeza.

Aunque no siempre con actitud definida y substanciosa, la doctrina chilena predominante mantiene esa tendencia.[27]

Compartiendo ese planteamiento, ante la falta de una regulación definida, por nuestra parte estimamos útil y ampliamente admisible la fórmula orientadora del "curso normal de los acontecimientos" antes referida.

Aunque sin una formal adopción, en ocasiones la jurisprudencia nacional también ha acudido a una expresión semejante que induce a un pronóstico de mayor y más decidida acogida.[28]

Asimismo, estimamos que, en la solución de casos concretos, al tiempo de determinar el lucro cesante que debe ser indemnizado, junto con la limitación que implica la previsibilidad debe incorporarse la restricción que importa determinar los riesgos asumidos en el contrato, conocidos por el deudor (por pacto o por la naturaleza del compromiso) y los intereses protegidos en el contrato, todo en los términos en que anteriormente fueron expuestos.

[26] "Se llama *daños y perjuicios* la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer." POTHIER, Roberto José, *Tratado de la Obligaciones*, s/t., Edit. Heliasta, Buenos Aires (Sao Paulo), 1993, N° 159, p. 91. Antes está el texto del Digesto (de Paulus) que, concisamente, formula la distinción entre daño emergente y lucro cesante: "se entiende por daño lo que he perdido o dejado de lucrar", D. 46.8.13.

[27] Así, por ejemplo: GATICA, cit. (n. 2) pp. 108 y 109; BARROS BOURIE, cit. (n. 9), pp. 262 y ss.; DIEZ SCHWERTER, cit. (n. 23), p. 68.

[28] Así por ejemplo Corte Suprema, 28 de mayo de 2002, *Gaceta Jurídica* Nº 263, p. 170.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y es ampliamente sostenible entre nosotros la vigencia del deber de mitigar el daño, como elemento que debe ser considerado al tiempo de determinar el valor del lucro cesante indemnizable, como también ya se dijo.

VI. LUCRO CESANTE Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

En ciertas hipótesis, la indemnizabilidad del lucro cesante puede ser conectada con la doctrina del enriquecimiento injustificado.

En ocasiones alguien causa daño a otro privándole simplemente de una legítima ganancia esperada. Pero en otras, junto con esa privación, el hecho dañino simultáneamente trae consigo, correlativamente, la obtención de una ganancia para el autor del daño.[29-30]

En tal situación, aparte del planteamiento de la indemnización surge otro de restitución. Junto a la indemnización por lucro cesante, para ese circunscrito rubro surge otro (alternativo) en la doctrina del enriquecimiento injustificado, que se concreta en una restitución.

Como es sabido, el principio es que el Derecho repudia el enriquecimiento injustificado (que carece de una explicación aceptable en Derecho, constituyendo una atribución patrimonial impropia). Y, por otra parte, configurado un enriquecimiento injustificado en una situación concreta, surge para el enriquecido una obligación de restituir (esa atribución

[29] Podría decirse que con el incumplimiento del contrato o el hecho dañino una ganancia es trasladada de titular; del patrimonio del acreedor o dañado, al del autor del hecho. Pero esa expresión parece algo tendenciosa y, por lo mismo, acusable de prejuzgar. Estrictamente, el incumplidor (o hechor) desplegó una acción y a veces otras actividades complementarias (entre ellas su talento) para producir la ganancia; así, podría sostenerse que esa ganancia al menos en parte también le pertenece.

[30] Por cierto, es posible que los valores no coincidan; el lucro cesante puede ser mayor o menor que la ganancia obtenida; se trata de acciones independientes, aunque, en principio, imputables en el producto. Más precisiones a este respecto pueden ser obtenidas al examinar métodos que han sido propuestos para determinar el monto del lucro cesante (y que se han desarrollado particularmente en las indemnizaciones por infracciones a las normas de la libre competencia y a la propiedad intelectual). V. a este respecto, por ej. BASOZÁBAL A., Xabier, "Método Triple de Cómputo del Daño: La Indemnización del Lucro Cesante en las Leyes de Protección Industrial e Intelectual", *Anuario de Derecho Civil (Madrid),* 1997, 50, III, pp. 1263 y ss. Suelen exponerse a propósito del *caso Ariston*, resuelto en sentencia de un tribunal alemán (de 8 de agosto de 1895). El demandado había utilizado unas composiciones musicales sin permiso del autor, reproduciéndolas en un aparato mecánico sí creado por él (por el demandado).
En extremo resumen los 3 métodos (que después desarrolla y comenta) son:
a. El del *valor de la diferencia* (o tradicional); el monto es la diferencia entre el estado actual del patrimonio del dañado y el que tendría si no hubiera existido el hecho dañoso.
b. El del *valor de la cesión*. El valor de la cesión del derecho de la víctima a explotar la obra intelectual, para que el hechor la hubiere explotado lícitamente.
c. El del *valor obtenido*; el valor que, con la intromisión, efectivamente obtuvo el autor del daño.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

patrimonial impropia) al perjudicado. Así, es un principio general y una fuente de obligaciones.

Se trata aquí de una acción restitutoria que, por cierto, prescinde de un eventual reproche requerido en las acciones indemnizatorias; y es dirigida en contra de quien está en poder de la atribución patrimonial impropia (en la responsabilidad contractual podrá ser el otro contratante o un tercero).

Se recordará que, en su desarrollo, para configurar la acción restitutoria, la que puede ser llamada doctrina tradicional (la más exigente) junto al enriquecimiento y la ausencia de causa exige un empobrecimiento y la llamada correlatividad (entre el empobrecimiento y el recíproco enriquecimiento); en cambio, la postura actual (a la que hemos adherido en un estudio desenvuelto para el Derecho chileno) prescinde de estas dos últimas exigencias, y requiere sólo el enriquecimiento y la ausencia de causa aceptable en Derecho.

Pues bien, aun instalados en la tesis más exigente, en aquellas aludidas ocasiones llega a concretarse una situación de enriquecimiento injustificado (con visible presencia de la correlatividad).

Así, el principio del repudio al enriquecimiento injustificado soporta también una petición equivalente a la indemnización por lucro cesante; sólo que, junto con el aparato conceptual distinto, debe ser cambiada la terminología: ya no habrá de decirse que ha surgido el deber de indemnizar un daño causado (en el rubro ganancia esperada), sino el deber de restituir lo indebidamente obtenido.

En las situaciones propuestas surgen, pues, dos acciones paralelas que, en la práctica, pueden ser propuestas en el tribunal una en subsidio de la otra: una indemnización por lucro cesante y, en subsidio, una restitución por enriquecimiento injustificado. O viceversa.[31]

En fin, que se presenten simultáneamente es ampliamente explicable, pues el núcleo substantivo de la controversia es el mismo: si ante determinados hechos u omisiones desplegados por un sujeto, corresponde o no que pague (sea indemnizando o sea restituyendo) cierto valor a otro.

En el párrafo siguiente se acudirá a un campo en el que se presentan hipótesis como las que han sido aquí aludidas.

La acumulabilidad ha sido discutida y es, por cierto, una dificultad grave (sobre el supuesto de que cada una reúna sus requisitos). Puede sostenerse que son compatibles y la víctima tiene derecho, por una parte, a la reparación del daño causado por el incumplimiento del contrato (o por el

[31] No puede dejar de advertirse que esta es una de las ocasiones en que puede plantearse un problema frecuente en la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado: el llamado problema de la subsidiariedad; por cierto, ampliamente discutido.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hecho dañino) y, además, a la restitución de la ganancia obtenida por el incumplidor (o hechor) que le pertenece porque fue con el incumplimiento del contrato o el hecho dañino con lo que obtuvo esa ganancia (desde luego, es evidente que sería la ganancia neta, descontados los costos que, habitualmente, son indispensables). En contra puede postularse que esa ganancia es del autor del único hecho (incumplimiento del contrato o hecho dañino) y que en cuanto incumple indemniza al otro contratante, con lo cual el otro contratante debe quedar satisfecho, y la ganancia que por otra parte obtiene es del incumplidor (o hechor), porque fue él quien desplegó la actividad; además, rara vez es suficiente un hecho (que provocó el incumplimiento) para obtener la ganancia, y es necesario otras actividades para obtenerla. En fin, en este sentido de rechazar la acumulación y admitir sólo la opción (la alternativa de demandar una u otra), se ha entendido que, al demandar la restitución de la ganancia, la víctima está consintiendo (purificando) el ilícito (el que hasta ahora era ilícito).

Parece que es difícil solucionar el problema con una regla única abstracta. Y en el objetivo de avanzar en la solución, estimamos que en la casuística son más las hipótesis que conducen al rechazo de la acumulación. Son infrecuentes las situaciones en las que un escueto hecho provoca simultáneamente el incumplimiento y la ganancia; generalmente habrá un incumplimiento (incluso a veces sin un "hecho" y más bien sólo con una "actitud") al cual el incumplidor agrega otros hechos, actitudes, iniciativa, destrezas, experiencia, talento, con los cuales conquista la ganancia; entonces, ahí se fortalece la conclusión de que la ganancia pertenece al incumplidor, debiendo indemnizar al otro contratante por el daño que le causó con el incumplimiento (sea mayor o menor que la ganancia obtenida).

VII. EL LUCRO CESANTE EN EL ÁMBITO DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.1. Una escena factible

El funcionamiento del lucro cesante en el ámbito de la libre competencia provoca algunas consecuencias que puede ser útil destacar.

En la constante lucha por la conquista del mercado, los competidores despliegan variadas actividades, con frecuencia al límite de la legalidad y a veces traspasándolo. Por cierto, cumpliendo su misión, el organismo público controlador suele detectar maniobras reprochables, que conduce al respectivo tribunal especializado. Si el tribunal declara la existencia de esas maniobras y sanciona al competidor desleal, suele generarse (así actualmente en Chile, por ejemplo) un litigio indemnizatorio por quien se considera víctima de

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aquellas actividades reprobadas. Y entonces, si la consecuencia de aquellas maniobras fue la de impedir u obstaculizar la penetración en el mercado o su expansión en él, esa víctima postulará que debe ser indemnizado por el hechor, destacando una partida indemnizatoria por la pérdida de una ganancia esperada, que habría obtenido conforme al "curso normal de los acontecimientos," y que quedó frustrada por aquellas maniobras anticompetitivas.[32]

7.2. La correlatividad

Una correlatividad perjuicio-beneficio es particularmente visible y más fácilmente evaluable con alguna precisión cuando, en la estructura actual del mercado, los competidores son dos; la pérdida de la utilidad de uno es correlativa de la ganancia del otro; la privación de una cuota de mercado en uno de los competidores (por una práctica reprochable) implica la conservación de esa cuota en el otro.

Por cierto, por la decisiva influencia del "mercado" en este ámbito, con sus complejidades por los elementos que lo integran y sus cambios a veces intensos y sorpresivos, los estudios allí desenvueltos para determinar naturaleza y monto han llegado a ser sofisticados, con directa incidencia de premisas económicas (incluyendo cálculos matemáticos) y es de donde en gran medida parte la elaboración de métodos para precisarlo (con comparaciones antes y después del hecho anticompetitivo, descuentos de costos de producción y financieros, impuestos, etc. y aun con restricciones fundadas en el fin o interés protegido por las normas, de modo que es indemnizable el daño que deriva de la actividad ilícita pero sólo en cuanto afecta el fin por el cual la norma dejó ilícita cierta actividad o práctica). Algunos de sus hallazgos o postulados pueden ser útiles por aplicables a casos (llamémoslos) individuales (fuera de ese ámbito de la libre competencia).

[32] V. a este respecto: BANFI DEL RÍO, Cristián, *Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Estudio de Derecho Chileno y Comparado*, Edit. Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2013, especialmente p. 165 y ss. y 187 y ss. (con cita de fallos); ARAYA JASMA, Fernando, "Daño anticompetitivo y daño indemnizable: Un ensayo de confrontación", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2005, Nº 4.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus: "El Tratamiento del Lucro Cesante en el Sistema Valorativo", *Revista de Derecho Privado* (Madrid), 1998, año 82, 5, p. 382 ss.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Ediar–Conosur Ltda., Santiago, 1983, 2ª ed., T. II.

ARAYA JASMA, Fernando, "Daño anticompetitivo y daño indemnizable: Un ensayo de confrontación", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2005, Nº 4, pp. 9-32.

ATIYAH, P. S.; SMITH, Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 2005, 6a ed.

BANFI DEL RÍO, Cristián, *Responsabilidad Civil por Competencia Desleal. Estudio de Derecho Chileno y Comparado*, Edit. Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2013.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual,* Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BASOZÁBAL A., Xabier, "Método Triple de Cómputo del Daño: La Indemnización del Lucro Cesante en las Leyes de Protección Industrial e Intelectual", *Anuario de Derecho Civil (Madrid)*, 1997, T.50, III, pp. 1263 ss.

BEALE, Hugh G.; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; RUTGERS, Jacobien; TALLON, Denis; VOGENAUER, Stefan, *Contract Law. Cases, Materials and Text,* Hart Publishing, Oxford - Portland, 2010, 2ª Ed.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 12° Ed. rev. y act. por García Cantero, Edit. Reus, Madrid, 1978, T. III.

CERDA OLMEDO, Miguel, "Responsabilidad Civil por Daños Futuros", *Anuario de Derecho Civil (Madrid)*, 1985, T. 38, pp. 623 y ss.

DE CUPIS, Adriano, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil,* Trad. de la 2ª. edic. italiana y estudio preliminar por Martínez Sarrión, Edit. Bosch, Barcelona, 1975.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños,* Edit. Civitas, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Edit. Civitas, Madrid, 1996, T. II.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El Daño Extracontractual: Jurisprudencia y Doctrina,* Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1959.

Artículo: Sobre el lucro cesante
Revista: Nº243, año LXXXVI (Ene-Jun, 2018)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Edit. Reus, Madrid, 1977, T. II.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, "*The Achilleas*: La *Remoteness Rule* sometida a debate en la *House of Lords*", en PIZARRO W., Carlos (Director), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII. Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*, Univ. Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 295 y ss.

GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil,* Edit. Científica. Lima, s/f. T. III.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado de la Responsabilidad Civil,* Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, T. III, vol. I.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Edit. E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, T. VI.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre Daño Actual y Daño Futuro, con relación al Daño Emergente y al Lucro Cesante", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid)*, 1975, p. 195 y ss.

MORALES MORENO, Antonio, *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Edit. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MORALES MORENO, Antonio, "Indemnización del Lucro Cesante en Caso de Incumplimiento del Contrato", en PIZARRO W., Carlos (Director), *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII. Incumplimiento Contractual. Nuevas Perspectivas*, Univ. Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 263 y ss.

PIZARRO, Ramón; VALLESPINOS, Carlos, *Obligaciones,* Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1999, T. 2.

POTHIER, Roberto José, *Tratado de la Obligaciones*, s/t., Edit. Heliasta, Buenos Aires (Sao Paulo), 1993.

RÍOS, Ignacio; SILVA, Rodrigo, *Responsabilidad Civil por Pérdida de la Oportunidad*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

RODRIGO ALARCÓN, Azahara: "Evolución Histórica de la Figura del Lucro Cesante", *Anuario de la Facultad de Derecho Univ. La Coruña*, 2003, Nº 7, pp. 641-652.

ROWAN, Solène, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press. Oxford, 2012.

SAN MARTÍN, Lilian, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Edit. Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil,* T. II., Edit. Legis. Bogotá, 2008, 3ª reimpr.

VICENTE DOMINGO, Elena, *El Lucro Cesante*, Edit. Reus, Madrid, 2014.