

Concepción, dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.-

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada de fecha 10 de diciembre de 2019, con excepción del párrafo segundo del considerando 13º.-, y considerando 14º.- que se eliminan, y se reproduce la sentencia complementaria de 30 de diciembre de 2020.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS PRESENTE:

EN CUANTO A LA APELACIÓN DE LA DEMANDANTE:

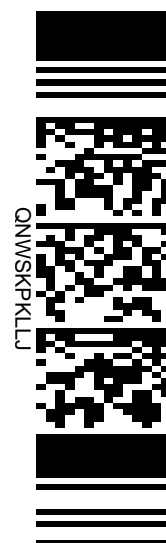
PRIMERO: Que la parte demandante se ha alzado en contra de la sentencia definitiva, solicitando a esta Corte para que conociendo del recurso, lo acoja, revocando la sentencia en aquella parte que rechazó la demanda de lucro cesante; o en subsidio, se pronuncie, acogiendo, la demanda de pérdida de una chance promovida por su parte y en cuya omisión incurrió el juez *a quo*, con expresa condenación en costas.

Funda la apelación señalando que la sentencia impugnada rechazó el lucro cesante ante una supuesta falta de incertidumbre (sic), la cual consistiría en una supuesta falta de “incerteza” en cuanto a las perforaciones y anclajes que su mandante ejecutó.

Señala que el fundamento anteriormente expuesto y que consta en la sentencia impugnada en su considerando 14º, adolece de una contradicción lógica con otro considerando del fallo recurrido, y que despeja toda falta de certidumbre. El juez *a quo* en su considerando 12º dio por sentado que el porcentaje de avance de las obras correspondía a un 63.39%, por lo que no resulta lógico que sostenga, para rechazar esta partida, que carece de certidumbre respecto de las obras ejecutadas por actora.

Agrega que tampoco se puede dejar de considerar que el lucro cesante lleva envuelto un problema de certidumbre intrínseco, pero el hecho de que perjuicio sea hipotético no implica que no deba indemnizarse.

Menciona que por definición el lucro cesante es un perjuicio hipotético, pues no hay una forma completamente cierta de saber si la ganancia se hubiera obtenido o no. Que ante el carácter hipotético de la partida indemnizatoria en cuestión, resulta necesario subrogar la certeza que suele exigirse al daño emergente por un requisito que pueda compatibilizarse con su



carácter hipotético. El recurrente señala doctrina y jurisprudencia sobre este tópico.

Así, expresa, que la procedencia del lucro cesante no requiere la certeza del daño, sino la probabilidad de ganancia que debe mensurarse según el curso ordinario de las cosas.

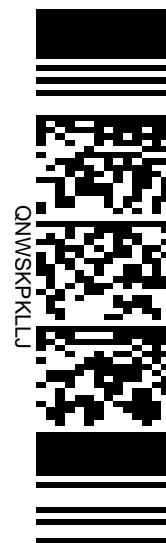
Que la pregunta que ha de formularse en este caso es si, según el curso ordinario de las cosas resultaba razonable pensar que, de no mediar el incumplimiento de la demandada, la demandante hubiese concluido la ejecución de las obras de reforzamiento del canal Peuchén por las que fue contratada; más cuando existía entre las partes un contrato legalmente celebrado que las vinculaba, contrato que hasta antes del grave incumplimiento de la demandada, su parte cumplió fiel y oportunamente, al punto que por la misma sentencia que se apela en lo que toca a esta partida indemnizatoria, se condena al pago del precio por dicha ejecución, dando por sentado el incumplimiento grave de la contraria.

Que, en relación a la petición subsidiaria, de la pérdida de una chance, expresa que no hubo pronunciamiento alguno en la sentencia impugnada.

Expresa que es indiscutido que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han recogido esta partida indemnizatoria que alivia los problemas de certeza propios del lucro cesante, concentrándose la certeza no en la ganancia hipotética que hubiere obtenido el demandante de haberse verificado el curso normal de las cosas, sino que, en la pérdida cierta de una oportunidad de ganancia.

Indica que bien puede ser el caso que no se logre acreditar la certidumbre razonable de obtener la ventaja —el haber realizado el negocio inmobiliario—, pero, en cambio, si pueda acreditarse la existencia de la oportunidad de obtenerla, Sería esa oportunidad frustrada por el ilícito que se reprocha a la demandada en estos autos.

Finaliza señalando que resulta claro que su representada, al menos tenía una oportunidad cierta de obtener una ganancia en razón del contrato de obra a suma alzada que suscribieron las partes. Resultando también indiscutido que la actora se ha visto privada de dicha oportunidad cierta, legítimamente adquirida, por un hecho imputable a la demandada, es decir, por su incumplimiento grave del aludido contrato.



SEGUNDO: Que, además, la demandante apeló de la sentencia complementaria de fecha 30 de diciembre de 2020, solicitando que esta Corte, se pronuncie subsidiariamente acogiendo la demanda subsidiaria de pérdida de una chance, ante el eventual rechazo del aludido recurso de apelación interpuesto respecto de la partida de lucro cesante, con expresa condena en costas.

Señala que en la sentencia definitiva ni en la resolución complementaria se indica fundamento alguno para rechazar esta solicitud subsidiaria a la indemnización del lucro cesante, lo que torna la resolución en esta parte, como manifiestamente carente de fundamentos.

Sostiene que la sentencia definitiva rechazó la partida de lucro cesante en cuanto la jueza *a quo* entendió que para que ella sea procedente se debió acreditar que efectivamente la actora ejecutó las perforaciones y anclajes, lo que no habría acontecido, y por ello, finalmente rechazó tal partida; por lo mismo, lo que correspondía era que se pronunciara fundadamente respecto de esta partida subsidiaria.

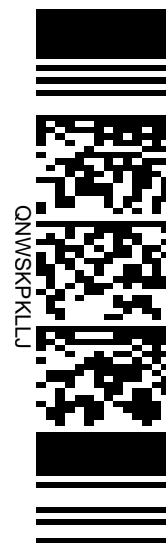
Indica que ante el rechazo del lucro cesante, se debió conceder al menos la pérdida de una chance, en la medida que dicha solicitud es procedente si existe certeza respecto de una pérdida de una oportunidad cierta.

Agrega que en estos autos se asentó que la demandada incumplió el contrato de obre, al impedir el acceso de la actora al lugar de las obras, razón por la que no pudo continuar con sus obligaciones contractuales y obtener el provecho que le reportaría el contrato de obra.

Manifiesta que existe una certeza indudable en cuanto a que la conducta de la demandada privó a la actora de una oportunidad cierta –concluir el contrato y obtener el pago estipulado en el mismo- bastando para asentar dicha certeza examinar la regla contractual establecida por las partes.

Finaliza sosteniendo que ante el rechazo de la solicitud de lucro cesante, se debió al menos haber acogido esta solicitud subsidiaria, debido a que se cumplen con los requisitos que la doctrina ha establecido para que proceda esta partida, o sea, a) incumplimiento; y b) una pérdida cierta de una ganancia, ventaja o beneficio.

TERCERO: Que la demandada también apeló en contra de la sentencia definitiva, solicitando a esta Corte que conociendo del recurso, la revoque en la



parte reclamada y declare: 1.- Que IMETAL LTDA. no dio la orden ni impidió el acceso a la obra a la demandante TROGEN LTDA.; 2.- Que conforme a lo anterior, IMETAL LTDA. no incumplió el contrato; 3.- Que la actora no dio cumplimiento al contrato a suma alzada, en la forma en que se obligó; 4.- Que IMETAL LTDA. siempre estuvo llano a cumplir el contrato; 5.- Que IMETAL LTDA. deberá pagar como saldo adeudado la cantidad de 499 UF más IVA y no 510 UF más IVA; 6.- Que la suma de \$ 9.880.000 por concepto de IVA se excluye, por encontrarse pagada; 7.- Se confirma la sentencia en todo lo demás.

En resumen, la demandada sostiene que no hubo prueba suficiente para sostener que su parte incumplió el contrato impidiendo el acceso a la demandante a la faena el día 19 de junio de 2015; que de igual modo, la actora no probó ninguno de los fundamentos de su demanda.

Por el contrario, estima que su parte probó la excepción de contrato no cumplido, ya que la actora no estuvo llana a cumplir el contrato ni lo quiso cumplir.

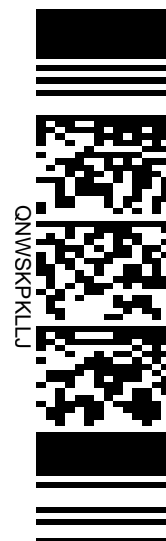
Finalmente, sostiene que los cálculos en la suma ordenada pagar son erróneos, pues lo pactado fue 2,53 UF por metro lineal por 90 perforaciones de 16 metros de profundidad, pero la sentencia establece, sin fundamento alguno ni con apoyo de prueba, 16,5 metros, lo que no corresponde.

Tampoco corresponde pagar la suma de \$ 9.880.000 por concepto de IVA, pues dicha suma ya fue pagada.

CUARTO: Que conforme a la prueba rendida por las partes y por lo reconocido por ellas mismas, se pueden dar por establecido los siguientes hechos:

a) Que entre Trogen Ltda. e Imetal Ltda., celebraron el 20 de abril un contrato de obra a suma alzada, pactando, entre otras cosas, el valor a pagar, siendo 2,53 UF por metro lineal, por 90 unidades de 16 metros de profundidad.

b) Que no obstante que el precio fue por 16 metros, la demandada en un correo electrónico 8 de julio de 2015, aceptó la propuesta liquidación de Trogen Ltda. que señalaba 16,5 metros de profundidad, en consecuencia, tal como se indicó en el considerando 7º. y 10º de la sentencia en alzada.



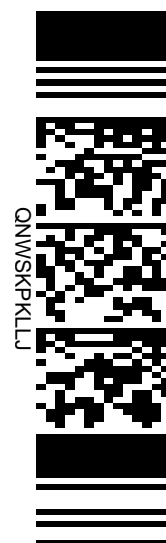
c) Que el trabajo realmente realizado por la actora Trogen Ltda. alcanzó al 63,39% de lo originalmente pactado, tal como se asentó en el considerando 12º. de la sentencia recurrida.

QUINTO: Que, en cuanto al incumplimiento por parte de la demandada Imatel Ltda., aquél ha quedado claramente probado con la declaración de los tres testigos señalados en el considerando 7º. de la sentencia recurrida, Rodolfo Omar Guerrero Sarmiento, José Agustín Avello Tapia y José Eduardo Parra Cruces, quienes fueron testigos presenciales que el día 19 de junio de 2015, fueron impedidos de ingresar a la obra, por orden expresa de la demandada. Al primero le consta porque trabajaba para Trogen Ltda. y al concurrir a la faena con su jefe, señor Arrieta y tres y trabajadores más, Espinoza, Durán y Venegas, en la portería se les negó el acceso. Mientras que Avello y Parra, les consta porque eran porteros de la Hacienda San Lorenzo, y por expresa orden de don Cristian Ortega, dueño de Imetal Ltda., no dejaron entrar al personal de la empresa Trogen Ltda.

Estos tres testigos están contestes en los hechos y circunstancias, no han sido tachados y dieron razón de sus dichos, hacen plena prueba de lo anteriormente descrito, por tanto, ha quedado probado que Trogen Ltda. no pudo continuar con las faenas por un hecho imputable a la demandada, cayendo ésta en el incumplimiento del contrato, tal como quedó consignado en el considerando 11º. de la sentencia en alzada.

De modo que, como contrariamente sostiene la demandada, quedó probado su incumplimiento en el contrato, ya que impidió a la actora terminar con la obra pactada.

SEXTO: Que para una mayor claridad del asunto debatido, se debe señalar que si bien en el contrato se estableció que la profundidad sería de 16 metros, aquél fue modificado por acuerdo de las partes, cuando Trogen Ltda. envió una propuesta de liquidación en que se indicaba que lo efectuado era 72 perforaciones de 16,5 metros, la demandada respondió con otra oferta, en que sólo cuestionaba el número de perforaciones, pero no los 16,5 metros (correo electrónico de 8 de julio de 2015). En consecuencia, la demandada aceptó que la profundidad era de 16,5 metros, quedando así establecido este nuevo acuerdo.



Por otra parte, en cuanto al porcentaje de la obra realizada, tampoco ha sido cuestionada por las partes, toda vez que la actora, en su apelación sólo reclama por el rechazo del lucro cesante y porque no hubo pronunciamiento acerca de la indemnización por pérdida de una oportunidad. En consecuencia, el porcentaje de trabajo realizado por la actora quedó fijado en un 69,39%.

En definitiva, el cálculo efectuado por el juez del grado en el considerando 12º. párrafo tercero, se encuentra correctamente efectuado, quedando un saldo insoluto por pagar a la actora de 510 UF.

SÉPTIMO: Que respecto al lucro cesante que reclama la actora, cabe señalar que, para que surja la obligación de indemnizar este daño es necesario que éste sea acreditado debidamente, lo que no ha ocurrido en la especie, toda vez que el solo incumplimiento contractual no es suficiente para dar por probado que ha existido una privación de las ganancias a que legítimamente habrían podido tener derecho los actores.

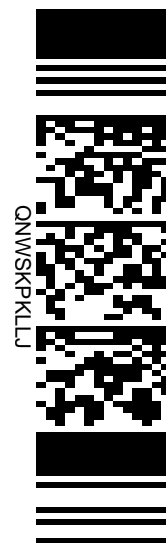
En efecto, la determinación del lucro cesante supone un examen de razonabilidad y probabilidad cierta de ocurrencia, distinto del solo análisis del curso razonable de las cosas, como lo supone el recurrente, por cuanto debió acreditarse cuál era la ganancia o utilidad que el curso del contrato le reportaría si se hubiese concluido la ejecución.

La ganancia cierta a que alude el demandante no viene asociada únicamente al valor del contrato y a la percepción de la totalidad del precio, habida cuenta que dicho monto no es equivalente a ganancia o utilidad al no considerar en el mismo, el gasto asociado a la ejecución del mismo contrato.

Así las cosas, no procede otorgar la indemnización por lucro cesante que pide la actora en su libelo de la demanda.

OCTAVO: Que en relación al pago del IVA, esta partida no corresponde que sea pagada por la demandada a la actora, por cuanto siendo un impuesto que grava la venta de bienes y servicios, éste debe ser recaudado por el vendedor o prestador del servicio y enterarlo en arcas fiscales, siendo el Servicio de Tesorería el titular de cobrar el impuesto en caso de no ser enterado por quien corresponda

En consecuencia, la actora no es titular para cobrar el Impuesto al Valor Agregado, por las razones ya dichas, en consecuencia, deberá revocarse la sentencia en la parte que dio lugar al pago de este rubro.



NOVENO: Que en cuanto a la indemnización que reclama bajo el rubro pérdida de una chance, es necesario realizar las siguientes precisiones.

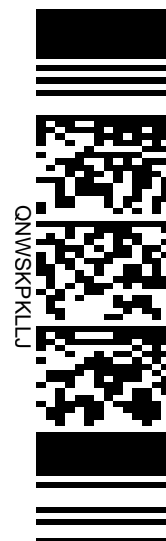
La pérdida de una chance constituye una situación jurídica en la cual una persona pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial, una ventaja o un beneficio, debido a la acción u omisión de otro individuo. En todos estos casos hay una negligencia, un acto ilícito, pero no se tiene certeza si ella efectivamente causó el daño, pero al menos se la tiene que destruyó una oportunidad de evitarlo. En concreto, existe una acción u omisión negligente del actor que destruye un potencial de oportunidades para la víctima.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido recogiendo el daño por pérdida de una chance como un perjuicio indemnizable en forma unánime haciendo eco de una tendencia hace años instalada en la doctrina europea, definiéndolo como la pérdida de oportunidad que pudo ser evitada con un obrar diligente o como la destrucción de una posibilidad por la negligencia en el obrar. Puesto el sujeto en la posibilidad cierta de obtener un beneficio o evitar un perjuicio, aquello se vio interrumpido por el obrar negligente, erróneo, doloso o culpable de un sujeto, por lo que su indemnización ha de estar relacionada con la reparación que la pérdida de oportunidad tiene en sí misma, definiendo el curso causal hasta ese momento, más que vislumbrando la certeza del resultado final¹.

Cabe considerar, asimismo, que lo que aquí se indemniza difiere sustancialmente del lucro cesante. La pérdida de una chance no es la indemnización del daño incierto e hipotético, puesto que no se reclama la ganancia que no se logró, sino el valor de la oportunidad de obtener esa ganancia o de evitar un daño². Es así que el lucro cesante difiere sustancialmente de la reparación por la pérdida de la chance, pues en el

¹ Varios Autores. CORRAL Talciani, Hernán (2013). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters, 2ª Edición actualizada, 2013; PASSALACQUA, Mónica (2013). La pérdida de la chance como daño indemnizable. Santiago: Círculo Legal Editores. Munita pp. 395-441.; RÍOS Erazo, Ignacio & SILVA Goñi, Rodrigo (2015). La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado (7) pp 165 – 178; TAPIA Rodríguez, Mauricio Pérdida de una chance: un perjuicio indemnizable en Chile, en Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650.

² RÍOS y SILVA, Obra Citada (2014).



primero es necesario tener la certidumbre de un daño futuro, mientras que en el segundo caso ha de responderse al criterio de la “oportunidad”; aludiendo, por tanto a “una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia”³. El lucro cesante refiere a la frustración de una legítima utilidad de no haber mediado el hecho dañoso. En cambio, en la pérdida de la chance se indemniza la privación de la oportunidad de acceder al beneficio.

DECIMO: Que ha sido un hecho de la causa que la actora no pudo terminar la obra para la cual fue contratada, por un acto imputable a la demandada, ya que ésta no dejó entrar a los trabajadores de Trogen Ltda. el día 19 de junio de 2015.

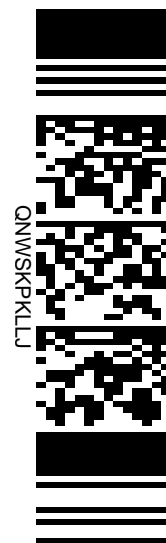
Que al no poder terminar la obra pactada por un hecho imputable a la demandada, efectivamente ha perdido la oportunidad de un beneficio, una oportunidad de ganancia, una chance que debe ser indemnizada. Existía una probabilidad cierta -si la demandada hubiera permitido el curso del contrato-, de que la actora recibiera el valor del contrato que debía ejecutar.

UNDECIMO: Que, sobre el particular cabe señalar que la pérdida de oportunidad en realidad no es un daño en sí mismo puesto que no es posible establecer un vínculo causal entre el hecho que produce la pérdida de oportunidad y la pérdida efectiva del bien, beneficio, ventaja o derecho que se pretendía obtener por el perjudicado, debido al carácter meramente hipotético de esta última situación. Sin embargo, el sentido común se niega a admitir la irresponsabilidad en un daño por quien, si bien no lo provoca, contribuye a su realización.

Por ello, se trata aquí de flexibilizar los presupuestos del nexo causal, de acuerdo a criterios de proporcionalidad sobre la significación porcentual que tiene el obrar negligente o ilícito del agente sobre la producción del daño final.

El monto de la reparación que ha de otorgarse por este motivo, no puede ser equivalente al valor que se espera percibir en caso de efectivamente haber obtenido el beneficio perseguido, sino que su cuantía debe ser evaluada en términos más restringidos. En la pérdida de chance concurre un elemento de certeza, referido a la oportunidad que era real y también sobre su pérdida

³ RIOS y SILVA, obra citada.



definitiva, pero también un elemento de incertidumbre, en cuanto a que no puede determinarse si, de no haber sido alterada la situación por el hecho del responsable, la ganancia se habría logrado o la pérdida evitada. De modo que la chance se encuentra a mitad del camino entre el daño cierto (resarcible plenamente) y el perjuicio puramente imaginado o hipotético (no resarcible).

DUODECIMO: Que, en consecuencia, el valor a indemnizar no puede ser el total del saldo insoluto, sino que un porcentaje del mismo.

Así las cosas, esta Corte estima que la indemnización por la pérdida de la chance de poder terminar el contrato, será establecida en términos prudenciales, en un treinta por ciento (30%) del saldo insoluto, teniendo en consideración que lo realizado fue un 69,39% del total de la obra y que faltaban cinco días para completar los 60 días pactados en el contrato, aun cuando cabe considerar que la actora estaba atrasada en los plazos.

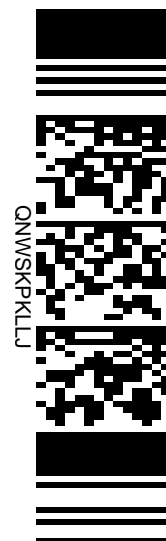
De modo que siendo el saldo insoluto de 1151 UF, el 30% de dicha cantidad asciende a 345,3 unidades de fomento (UF), siendo ésta la suma que se ordenará pagar como indemnización de perjuicio por pérdida de la oportunidad.

Por estas argumentaciones, disposiciones legales citadas y lo prevenido en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; se declara:

1º. Que **SE REVOCA**, sin costas, la sentencia de diez de diciembre de dos mil diecinueve, complementada con fecha treinta de diciembre de dos mil veinte, ambas dictadas por el Segundo Juzgado Letras de Los Ángeles, en la parte que condena a la demandada Imetal Ltda., a pagar a Trogen Ltda., la suma de \$9.880.00 por concepto de IVA, **y en su lugar se rechaza dicho concepto.**

2º) Que **SE REVOCA**, sin costas, la referida sentencia y su complemento en la parte que rechazaba la indemnización por pérdida de una chance y se dispone el pago de una suma equivalente a 345,3 unidades de fomento, la que deberá calcularse a la fecha de su pago efectivo, en moneda de curso legal vigente; con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que esta sentencia quede firme.

3º. Que, **SE CONFIRMA**, en lo demás, la referida sentencia y su complemento, sin costas.

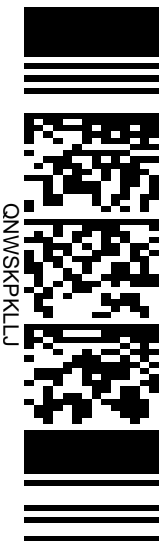


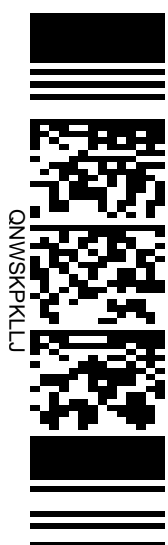
Se deja constancia que se hizo uso de la facultad del artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del ministro suplente Reynaldo Eduardo Oliva Lagos.

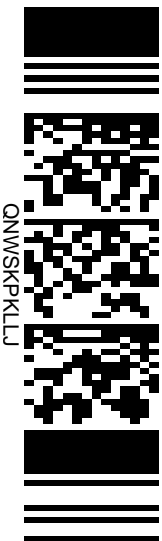
ROL CIVIL N° 237-2020.-





Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Carola Rivas V., Juan Angel Muñoz L. y Ministro Suplente Reynaldo Eduardo Oliva L. Concepcion, dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.