

Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante^(*)

Configuration, testing and quantification of lost profits

Juan Carlos García Huayama¹

Sumario: Introducción. **1.** Concepto de lucro cesante. **2.** Lucro cesante “actual” y “futuro”. **3.** Lucro cesante y el daño por pérdida de oportunidad. **4.** Lucro cesante y actividades inmorales. **5.** ¿Existe lucro cesante en el caso personas desempleadas o que realizan actividad no remunerada al momento del evento dañoso? **6.** El costo de sustitución de servicios no remunerados aportados por la víctima y la privación de un bien de uso particular: ¿constituyen lucro cesante? **7.** Prueba de la existencia del lucro cesante. **8.** Cuantificación del lucro frustrado. **9.** Lucro cesante y el deber de mitigar el daño. – A modo de conclusión. – Referencias bibliográficas.

Resumen: La evaluación desplegada en el presente trabajo permite arribar a la conclusión, entre otras, de que el estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con certeza la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel

(*) Recibido: 03 agosto 2019 | Aceptado: 17 setiembre 2019 | Publicación en línea: 1ro. octubre 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía Civil y Familia de Chiclayo. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.
juancarlosgh1@hotmail.com

de prueba exigido está constituido por una razonable probabilidad de que, a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico.

Palabras clave: carga probatoria dinámica, daño *res ipsa loquitur*, negligencia médica.

Abstract: This article evaluates the different instruments that have been applied in the judicial evidentiary activity in order to assign the burden of proof in a process in which medical malpractice liability is discussed on the basis of various cases that have occurred in the national territory and also on the basis of comparative experience. The result of this evaluation allows us to come to the conclusion, among others, that the standard or dose of proof required of the victim differs, depending on whether it is a question of proving the emerging damage or the loss of profit. In the case of emergent damage, it is necessary to provide evidence that accredits with certainty the existence of the actual damage suffered in the victim's estate, by removing an entity that was already part of it. On the other hand, in the case of loss of profit, the level of proof required is constituted by a reasonable probability that, as a consequence of the damage, the injured party will not increase his assets because he will not receive some expected income according to the normal course of things and the circumstances of the specific case.

Keywords: dynamic burden of proof, damage *res ipsa loquitur*, medical malpractice.

Introducción

El concepto de lucro cesante es milenario y, teóricamente, ha permanecido hasta nuestros días sin variaciones verdaderamente significativas², no obstante, en la práctica judicial que se realiza sobre esta clase de daño, se incurre en diversos equívocos, tales como considerarlo equivalente a un

² MORALES MORENO señala que desde el Derecho romano se mencionan y separan reiteradamente los dos ámbitos del daño patrimonial: daño emergente y lucro cesante (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 22).

daño futuro, o inclusive suponer que es una modalidad de la denominada “pérdida de una oportunidad” (*perte d'une chance*).

Se verifica igualmente que un sector de nuestra jurisprudencia asume un criterio excesivamente riguroso en la determinación del lucro cesante, exigiendo para su reconocimiento certeza absoluta de la ganancia frustrada, sin tener en cuenta que por su propia naturaleza, el lucro cesante “ofrece muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbre propias de los conceptos imaginarios”³ y que, por lo tanto, para su demostración basta una probabilidad objetiva que resulte del desarrollo normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, sin que esto conlleve a reconocer “sueños de ganancias”.

En ocasiones, se llega al absurdo de sostener que para resarcir el lucro cesante no bastará con acreditar su existencia, sino también demostrar el monto matemáticamente preciso de las ganancias perdidas, desestimando injustamente el resarcimiento de un perjuicio inequívoco simplemente porque al accionante no le fue posible debido a las dificultades inherentes de este tipo de daño —no por desidia o negligencia—, establecer el alcance exacto de la ganancia frustrada.

A través del estudio de doctrina y jurisprudencia, en el presente artículo nos proponemos tratar de manera breve diversos aspectos problemáticos que se presentan en torno al lucro cesante, para llevar a la reflexión que contrariamente a lo que con frecuencia se supone, se trata de un tema donde aún queda mucho por explorar.

1. Concepto de lucro cesante

En términos generales, corresponde señalar que no existe controversia en admitir que la categoría de daño patrimonial está integrada por el daño emergente y el lucro cesante. El primero está constituido por la disminución patrimonial efectivamente sufrida por el perjudicado a consecuencia del hecho dañoso, en tanto que se concibe como lucro cesante a aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino; o en otros términos, se corresponde con “el no incremento en el patrimonio del dañado”⁴ sea por el incumplimiento de un contrato o por el acto ilícito. Se aprecia que a diferencia de lo que ocurre con el daño emergente, donde

³ Sentencia del Tribunal Supremo español del 27 de junio de 1967, citada por LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Universitaria, 2010, p. 115.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 6.^a ed., Lima: Rodhas, 2011, p. 247.

el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del perjudicado.

Diferenciados los conceptos de daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*), podemos concluir que el primero constituye un empobrecimiento patrimonial, mientras que el segundo constituye una falta de enriquecimiento o falta de crecimiento patrimonial; en el primero, la pérdida o detrimento consiste en algo que sale del patrimonio, mientras que en el segundo consiste en algo que deja de entrar en él; en un caso, hay riqueza perdida, algo que se va y, en el otro, riqueza no conseguida, algo que no llega; en un caso, hay la disminución de una utilidad integrada previamente en el patrimonio del sujeto perjudicado y, en el otro, privación de una utilidad no poseída, pero que se habría poseído y formado parte de su activo patrimonial⁵.

La catedrática de la Universidad Complutense de Madrid Elena VICENTE DOMINGO⁶ refiere que a pesar de la clara diferencia conceptual entre daño emergente y lucro cesante, la jurisprudencia española los confunde con cierta frecuencia, como ocurrió en el conocido “Caso del fresón”, donde una empresa fabricante de fresones defectuosos, resarcía a los progenitores de un niño que se asfixió al comer este dulce, pues resultó acreditado que presentaba un defecto de diseño ya que tenía un tamaño superior al permitido. El caso se emitió en los medios y la publicidad que Antena 3 le dio fue errónea, pues se equivocó en el nombre de la empresa fabricante del fresón. Como consecuencia de la alarma social que provocó la noticia, la empresa relacionada de manera equivocada sufrió una considerable disminución en sus ventas y accionó contra el citado canal de televisión por los daños ocasionados con la información incorrecta. Al resolver el caso, la Audiencia de Madrid con sentencia de fecha 23 de mayo del 2000 entendió que la reducción en el volumen de facturación de las mercancías era daño emergente y no podía proyectarse en el futuro. Fue el Tribunal Supremo quién corrigió este error con la STS de fecha 21 de octubre del 2007, indicando lo siguiente:

[S]e ha acreditado la existencia de efectiva reducción en el volumen de facturación de las mercancías comercializadas. No estamos ante la pretensión de obtener unas ganancias futuras o meras expectativas sino ante un lucro cesante con verosimilitud suficiente a la vista de la trayectoria de la empresa [...] Por todo ello debe estimarse el presente motivo de

⁵ MEDINA CRESPO, Mariano, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Recuperado de <<https://bit.ly/2X6EnDD>>.

⁶ VICENTE DOMINGO, Elena, *El lucro cesante*, Madrid: Reus, 2014, pp. 25-30.

casación y determinar la obligación de indemnizar el lucro cesante considerando la proyección del beneficio empresarial.

Otro caso que expone la aludida profesora es el referido a las consecuencias patrimoniales derivadas de haber adquirido una sección o piso de un inmueble en cuya edificación hubo vicios⁷. El Tribunal Supremo equivocadamente calificó al reclamo de estos daños como lucro cesante, específicamente, como sueño de ganancia no reparable, estableciendo en la STS del 24 de abril de 1997 lo siguiente:

[S]e prevé una depreciación de futuro si es que los inmuebles de los actores se enajenan y se obtiene, por ende, una disminución del valor de mercado, lo cual, supone supeditar tal menoscabo a circunstancias aún no acontecidas y, lo que es peor, no acreditadas, porque puede ocurrir que se vendan o no los inmuebles, que el precio de venta sea o no inferior al real, y en especial, que, tras la reparación que también se ordena a cargo del recurrente, no se restaure la anomalía.

En realidad, en el caso analizado se trataba de daño emergente por vicios de construcción, pues la depreciación o pérdida de valor en el bien consiste en un daño patrimonial efectivo y real, con independencia de que el bien se venda o no. Si se hubiera considerado de esta manera —agrega la citada jurista—, en vez de rechazarse la pretensión se debió haber indemnizado la pérdida de valor del bien como daño emergente.

2. Lucro cesante “actual” y “futuro”

Es equivocado asumir que el daño emergente siempre se identifica con un daño actual y que el lucro cesante invariablemente corresponde a daño futuro. El momento para considerar la actualidad y futuro del daño está determinado por la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros. Al respecto, Félix TRIGO REPRESAS y Marcelo LÓPEZ MESA aclaran que desde el momento en que todo daño es efecto o consecuencia de una acción u omisión, cronológicamente es siempre posterior al suceso en que tal acción u omisión vino a consistir. Sin embargo, cuando hablamos de la clasificación de daño presente o actual y daño futuro, el momento de análisis es aquel en que se expide la resolución judicial que resuelve sobre los mismos⁸.

⁷ *Ibid.*, pp. 30-32.

⁸ TRIGO REPRESAS, Félix y Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 451. En el mismo sentido DE TRAZEGNIES GRANDA opina: “Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden

En la misma línea se ubica Fabián ELORRIAGA DE BONIS⁹ cuando sostiene lo siguiente:

El lucro cesante puede ser pasado o futuro. La distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso. La suma del lucro cesante pretérito con la del lucro cesante futuro es el lucro cesante total al que tiene derecho el perjudicado.

En similares términos, se ha pronunciado la Corte Suprema de la República en la Casación N.º 1318-2016-Huancavelica, en cuyo cuarto considerando se alega lo siguiente:

[M]ientras en el daño emergente un bien sale o saldrá de la esfera patrimonial de la víctima; en el lucro cesante un valor no ingresa o no ingresará al referido patrimonio. Por ello no es posible identificar daño emergente con el perjuicio pasado y lucro cesante con el futuro, pues no es el tiempo de su producción lo relevante para distinguirlos, sino que salga o no ingrese algún bien patrimonial a la esfera económica del sujeto perjudicado. De allí que pueda existir daño emergente y lucro cesante pasados o futuros, respectivamente: daño emergente pasado: reintegro de gastos efectuados; daño emergente futuro: sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago; lucro cesante pasado: lo que se dejó de percibir desde la producción del daño hasta la liquidación; lucro cesante futuro: lo que se deja de percibir desde la liquidación hasta la finalización del periodo indemnizable.

En este sentido, para la doctrina y jurisprudencia actual es irrefutable que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o

ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras". (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, 7.ª ed., Lima: PUCP, 2001, p. 37).

⁹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "Daño físico y lucro cesante", en AA. VV, *Derecho de daños*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002, p. 58. Igualmente, MANZANARES CAMPOS indica que: "El lucro cesante puede ser tanto actual (privación de ganancias de un sujeto lesionado, por imposibilidad de trabajar desde el ilícito hasta la sentencia), como futuro (ganancias frustradas por la subsistencia de la incapacidad para laborar, más allá de la sentencia, o cuando la misma es permanente). Esto no significa que el daño emergente sea permanente, mientras el lucro cesante sea futuro. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras. (MANZANARES CAMPOS, Mercedes, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*, Lima: Grijley, 2008, p. 44.

futuros, delimitándose ambos estadios por el momento en que se expide la resolución que pone fin al proceso. Esta conclusión se ilustra claramente con un ejemplo referido a un accidente vehicular con lesiones corporales, donde será: i) *daño emergente actual*, el costo de reparación del vehículo y gastos médicos de los afectados antes de finalizar el proceso; ii) *lucro cesante actual*, son los ingresos que las víctimas dejan de percibir en tanto dure la incapacidad para laborar; iii) *daño emergente futuro*, los gastos que corresponderá afrontar luego de dictada la sentencia, a consecuencia de la incapacidad permanente; y iv) *lucro cesante futuro*, las ganancias o ingresos que se dejarán de percibir luego de finalizar el proceso como consecuencia de la incapacidad permanente para realizar actividad lucrativa¹⁰.

3. Lucro cesante y el daño por pérdida de oportunidad

En la pérdida de *chance* concurre un elemento de certeza, referido a la oportunidad que era real y también sobre su pérdida definitiva. Y otro 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)¹¹.

No hay argumento válido que permita equiparar la figura de la pérdida de oportunidad con un supuesto de lucro cesante, pues la discusión que se da en los eventos en que se presenta la pérdida de oportunidad es bien diferente; aquí no se trata de dejar de percibir unos ingresos respecto de los cuales ya se tenía el derecho a recibirlos cuando se presenta una situación nociva, sino de verificar qué tipo de consecuencias se generan cuando se frustran unas posibilidades o esperanzas de obtener un beneficio o evitar una pérdida que, por la acción del tercero, nunca se sabrá si se iban a producir o no¹².

¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2015, p. 167.

¹¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Frustración de chances en la responsabilidad profesional”, en MORELLO Augusto M. y María M. AGOGLIA (coord.), *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, en La Plata: Platense, 1992, p. 220.

¹² Similar parecer tiene NAVEIRA ZARRA, para quien la pérdida de oportunidad —a diferencia del lucro cesante—, se caracteriza por falta de certeza acerca de la consecución del resultado perseguido y que se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio. (NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, p. 91). También DE

Ahora bien, se ha dejado sentado que en materia de chance lo que se busca resarcir no son las ganancias que hubiera obtenido el agraviado de no haberse verificado el evento dañoso, pues se trata de un concepto incierto y por demás aleatorio. Tampoco se pretende indemnizar la probabilidad de obtener dichas ganancias, como hubiera sucedido si verdaderamente existiese un lucro cesante que reclamar; por el contrario, lo que se busca reparar es la pérdida de oportunidad que tuvo el agente dañoso de mantenerse en una situación que seguramente le hubiese otorgado la posibilidad de obtener beneficios. En este sentido, será preciso evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente, de acuerdo con las calidades del sujeto frustrado¹³.

Como se observa, el lucro cesante no comparte con la pérdida de oportunidad la incertidumbre intrínseca, pues aquel para ser reparado debe estar dotado de certeza y, por lo tanto, no resarce la pérdida de una mera expectativa o una simple posibilidad de conseguir futuros beneficios. En

TRAZEGNIES, opina que “A primera vista, la indemnización por pérdida de *chance* u oportunidad puede ser una variante del lucro cesante. Sin embargo, no puede dejar de señalarse las diferencias entre esta situación y la normal en el caso del lucro cesante. Quizá la distinción fundamental consiste en que la pérdida de *chance* u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible [...] Notemos que no hay una ganancia cierta que se frustra, como en el caso típico del lucro cesante: lo único que era cierto e indubitable era la posibilidad de participar en un evento que quizá podría aportar una ganancia. Estamos, pues, ante una combinación de certidumbre y de incertidumbre en una proporción determinada” (DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 46-47). Igualmente, FEMENÍA LÓPEZ alega que: “la delimitación entre la pérdida de oportunidad y el lucro cesante corresponde realizarse en base al juicio de probabilidad referido a la producción del perjuicio. En este sentido, la pérdida o frustración de una expectativa o posibilidad de ganancias futuras no debe identificarse con el lucro cesante, ya que el beneficio o ganancia que éste comporta es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo en la percepción de dichos lucros al momento de producirse el evento dañoso”. (FEMENÍA LÓPEZ, Pedro, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 94).

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso, “La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332 del Código Civil”, en *Osterling Abogados*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>.

este sentido Eduardo ZANNONI¹⁴, refiriéndose a los eventos por pérdida de oportunidad, indica:

[N]o se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que este importa es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de estos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras: el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, *título*, al tiempo en que acaece el *eventus damni*.

Sin embargo, en diversas ocasiones se asimila erróneamente el lucro cesante con la pérdida de oportunidad. Así sucede con el fallo emitido por la Cámara de Apelación de Rafaela, Argentina¹⁵, en donde se adoptan como equivalentes ambos conceptos.

El actor solo solicitó resarcimiento por *pérdida de chance* o *lucro cesante*, por lo cual y ponderando el fallecimiento del menor de 19 años que iba en la moto y sin casco, no respetando la prioridad de paso de los vehículos que transitaban por la derecha, ni deteniendo el suyo a pesar de poder hacerlo, fue atropellado por el conductor de un Ford Fiesta, cuya responsabilidad se adjudicó en segunda instancia en un 60 %, condenándose al pago de la suma de US\$8 180, siendo la de la víctima del 40 %.

Igualmente, en el caso de una joven profesora de matemáticas que falleció a consecuencia de un error de diagnóstico en un centro hospitalario, al omitirse practicar un examen que habría permitido reconocer el trauma encéfalo craneano que padecía, la jurisprudencia argentina sostuvo que, a pesar de no obrar prueba en el expediente de la existencia de un lucro cesante para los padres, debía indemnizarse dicho rubro como una pérdida de oportunidad de recibir ayuda económica en el futuro. En el caso relatado, el daño presentado era la muerte de la profesora, y el tema de los ingresos dejados de percibir por los padres con ocasión de la muerte de su hija debía ser entendido como lucro cesante, que debió quedar plenamente demostrado. No debió acudirse, como se hizo en este caso, ante la falta de prueba de estos perjuicios, a la aplicación de la pérdida de oportunidad¹⁶.

De igual forma, la jurisprudencia colombiana en casos sobre no obtención de futuros ascensos debido a la muerte o lesiones que sufre la víctima,

¹⁴ Eduardo ZANNONI, citado por GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 90.

¹⁵ GIRALDO GÓMEZ, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 92.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 93-95.

analiza el tema como una consecuencia que debería tenerse en consideración al momento de calcular el lucro cesante¹⁷. Acá consideramos que, bajo la apariencia de lucro cesante, realmente se esconde la denominada pérdida de oportunidad.

4. Lucro cesante y actividades inmorales

Ha quedado establecido que con el lucro cesante no se modifica el patrimonio de la víctima en la forma que tiene al acontecer el hecho ilícito, sino que se afecta la posibilidad de incrementarlo o aumentarlo de forma *legítima*¹⁸. Esto último, para un sector de la doctrina supone excluir la reparación de aquellas ganancias que el perjudicado hubiera obtenido con infracción de preceptos legales imperativos, así como aquellas otras cuya obtención se realice a través de medios inmorales o contrarios a las buenas costumbres. Esta línea de opinión es seguida por Alejandra ABREVAYA, para quien quedan excluidas de indemnización por lucro cesante, no solamente todas las ganancias obtenidas en actividades ilícitas, sino también aquellas que se perciben por actividades inmorales “pues es claro que el derecho no puede convalidar, ni siquiera en el campo resarcitorio, actividades que al mismo tiempo condena por una u otra vía, más allá de resultar írrita su reclamación y consecuente admisión”¹⁹. Así también lo entiende cierta jurisprudencia italiana, que denegó resarcimiento por lucro cesante a una mujer dedicada a la prostitución, estableciendo que esta actividad “aunque penalmente lícita, es contraria a las buenas costumbres, la ganancia que de ella deriva es consecuencia de relaciones que no tienen tutela legal por la ilicitud de la causa, de modo que no constituye daño resarcible el impedimento, total o parcial, del ejercicio de la prostitución causado por el hecho ilícito de un tercero”²⁰.

Sin embargo, otro sector doctrinario propugna que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmorales. Esta posición asume Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA cuando alega que no debe confundirse moralidad con legalidad. Y,

¹⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹⁸ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 57.

¹⁹ ABREVAYA, Alejandra, *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 301.

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Disminuciones psicofísicas*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 440. En sentido contrario resolvió cierta jurisprudencia colombiana, que reconoció indemnización por lucro cesante a unas hijas que lo reclamaron por la muerte su madre que vivía de la prostitución y para determinar el quantum se tomó como referencia el salario mínimo vital (Cfr. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y Catalina MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11.ª ed., Bogotá: Temis, 2003, p. 333).

por ejemplo, en el caso de la prostitución, sí se encuentra proscrita en un determinado país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda que la damnificada en estas actividades ejercidas clandestinamente, no puede aspirar a una indemnización. Pero si la actividad considerada como inmoral no se encuentra prohibida sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente, dentro de las condiciones, no parece haber razón válida para que la indemnización no sea procedente: moral y derecho son disciplinas profundamente relacionadas, pero no idénticas²¹.

Concordamos con la última postura, pues si bien no puede pretenderse resarcimiento por actividades que infringen preceptos legales imperativos, sin embargo, respecto a las ganancias frustradas derivadas de actividades que contrarían las buenas costumbres, sí pueden originar el deber de resarcir.

5. ¿Existe lucro cesante en el caso personas desempleadas o que no realizan actividad lucrativa al momento del evento dañoso?

Si una persona que realizaba actividad remunerada fallece o queda incapacitada para laborar a consecuencia de un hecho ilícito, nadie discute que ello genera un lucro cesante que puede ser reclamado por ella misma o por otros legitimados, según el caso. El problema se presenta, en el supuesto de las personas que al momento del hecho lesivo no trabajan por diversas razones, como sucede con los desempleados, jubilados, aquellos que no pueden laborar en razón a su edad o se encuentran todavía en fase de aprendizaje, etc.

El profesor argentino Luis MOISSET DE ESPANÉS²² opina que en aquellos casos donde al momento del hecho dañoso el perjudicado no obtiene ingresos, pero pueda llegar a producirlos, se deberá distinguir los siguientes supuestos:

- Como regla, la persona potencialmente productiva pero que no obtiene ingresos actualmente no podrá reclamar lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería meramente conjetural (se pierden ganancias que se obtendrían si esta persona que no trabaja, hipotéticamente, trabajara).
- No obstante, si las lesiones sufridas se traducen en una incapacidad prolongada o permanente, el lucro cesante sí sería indemnizable,

²¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 39-40.

²² MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Guillermo TINTI y Maximiliano CALDERÓN, “Daño emergente y lucro cesante”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZjyuAx>>.

pues de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas y a la necesidad difundida de trabajar para vivir, puede presumirse verosímilmente que a pesar de la inactividad actual, la persona hubiera trabajado en el futuro.

Sobre el particular consideramos que las personas potencialmente productivas pero que están desempleadas o no realizan una actividad remunerada al tiempo que acaece el daño, en principio no deben obtener resarcimiento a cuenta de lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería hipotético o conjetural, sustentado en posibilidades de trabajos que no desarrollaban en la realidad. Así, en el caso de una persona de avanzada edad, que al momento de su fallecimiento no realizaba actividad lucrativa, se rechazó la indemnización que solicitó su hijo por lucro cesante, alegando el órgano jurisdiccional lo siguiente:

[E]ste perjuicio está representado por lo que el occiso producía y se trasladaba o beneficiaba a su familia. La víctima en caso de autos y conforme surge de las propias manifestaciones del reclamante, contaba a la fecha del fallecimiento con ochenta y cuatro años de edad, se encontraba internada en un instituto geriátrico. Frente a esta realidad, no puede haber dudas que en el plano que ahora me ocupa, el doctor (L) hijo de la fallecida, no ha sufrido perjuicio económico alguno, de manera que el ítem bajo estudio merece ser rechazado²³.

En cuanto a la pérdida de posibilidades de reinserción laboral que a consecuencia del daño sufren los sujetos que no generaban ingresos en este momento, consideramos que se trata de un daño por pérdida de oportunidad, pues se frustra su legítima expectativa de incorporarse al mercado laboral, siendo evaluada en función a las circunstancias del caso concreto, entre las que merecerían destacarse la edad, la cualificación profesional o el grado de incapacidad.

En los supuestos donde son los padres quienes reclaman lucro cesante por la muerte de un hijo menor de edad que no realizaba actividad lucrativa, indica Mariano MEDINA CRESPO, que en primer lugar, desde el punto de vista económico lo normal es que los hijos, hasta que se independizan económicamente, constituyen para los padres un costo y no una fuente de ingresos, de modo que el fallecimiento de un hijo conlleva, en términos puramente monetarios, una disminución de gastos y no una pérdida de ingresos; en segundo lugar, lo común es que los padres conserven su autonomía económica y no precisen ayuda de los hijos, quienes destinan sus ingresos laborales al sostenimiento del núcleo familiar constituido al

²³ GHERSI, Carlos Alberto, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, 4.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 218.

independizarse; y tercer lugar, el único supuesto en que los padres sufren un perjuicio económico por la muerte de su hijo es cuando éste contribuía en vida al sostenimiento de la familia. Salvo este último supuesto, es sumamente difícil que pueda resarcirse a los padres de una víctima menor de edad que no trabaja, ni en concepto estricto de lucro cesante, ni por concepto de pérdida de oportunidad, pues esta constituye una mera posibilidad, sin rango alguno de probabilidad y verosimilitud²⁴.

En el caso de quienes se encuentran todavía en fase de aprendizaje (por ejemplo, estudiantes universitarios que están próximos a culminar sus estudios profesionales), no se produce realmente una pérdida cierta de ganancia, sino que el daño afecta a la oportunidad de obtener una ganancia futura. No se trata, de un lucro cesante porque cuando se le producen las lesiones o la muerte, no cobra rentas ni tiene salarios, ni su actividad más común (ser estudiante), es susceptible de producir ganancias. Se trataría, en cambio, de un daño resarcible dentro de la categoría de la pérdida de oportunidad, siempre que las posibilidades de que hubiera conseguido una ventaja no fueran desdeñables²⁵.

Cuando se trata de personas jubiladas, no debe descartarse el resarcimiento a cuenta de lucro cesante si la víctima acredita que desempeñaba de manera regular o permanente otras actividades que le generaban ingresos adicionales a los beneficios previsionales por ley reconocidos y, que a consecuencia del hecho dañoso no continuará percibiéndolos.

6. El costo de sustitución de servicios no remunerados aportados por la víctima y la privación de un bien de uso particular: ¿constituyen lucro cesante?

Cierto sector de la doctrina argentina considera que el lucro cesante no debe ser restringido a pérdida de “remuneraciones” por una determinada tarea, pues hay otras que generan “beneficios materiales no dinerarios”, en interés propio o de allegados, cuya pérdida también configura un lucro cesante en sentido amplio, tal como ocurre, en el típico ejemplo del ama de casa, cuya actividad genera utilidades para ella y el grupo con el que convive, y quien de ninguna manera puede ser equiparada a un desocupado²⁶.

²⁴ Mariano MEDINA CRESPO, citado por FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., pp. 100-101.

²⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Disminuciones psicofísicas*, ob. cit., p. 432.

Similar parecer asume el profesor Javier TAMAYO JARAMILLO²⁷, quien comentando el artículo 1614 del Código Civil colombiano —que define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que dejó de reportarse”—, entiende que habiéndose incluido el término genérico “provecho”, se generará lucro cesante no solo ante la supresión del ingreso de dinero o de cosas para el patrimonio de la víctima, sino también en la supresión de todo tipo de beneficios que dejan de reportarse, siempre que sean susceptibles de evaluarse pecuniariamente. Bajo esta premisa, agrega el referido autor, corresponde reconocer la existencia de lucro cesante en la hipótesis donde un ama de casa que estuviera casada o tuviese hijos, fallece a consecuencia de un accidente, pues las víctimas se han visto privadas de un beneficio que, si bien no constituía el ingreso periódico de cosas o dinero, no por ello dejaba de ser útil en el desarrollo de sus vidas. Y para efectos de calcular la indemnización bastará averiguar cuánto cuesta en el comercio de prestación de servicios la obtención de un beneficio similar al que fue suprimido.

Por nuestra parte, creemos que en el ejemplo típico de la dueña de casa, nos encontramos dentro del entorno del daño emergente, y no del lucro cesante como consideran los autores citados, teniendo en cuenta que contratar a otra persona para que sustituya los trabajos que el ama de casa fallecida o incapacitada realizaba en el hogar, conlleva costos o egresos que implican un detrimento patrimonial efectivo²⁸. Es más, en cuanto a las personas que se dedican por completo a labores de atención a su cónyuge e hijos, desde de la década de los ochenta del siglo pasado, se comenzó a valorar económicamente esa particular situación, para lo cual empleó la denominada “cuantificación por sustitución”, lo que implica reconocer que ante la desaparición de la persona como unidad productiva, sus tareas serán encargadas a otra persona que recibe por esa labor una remuneración, que será la base de la reparación del daño emergente²⁹.

Es más, la jurisprudencia argentina estima que aun cuando la víctima no estuviese casada ni constituyera una familia con hijos, su actividad referida a labores del hogar en beneficio propio también debe ser indemnizada

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá: Legis, 2007, p. 479.

²⁸ Se pronuncia en el mismo sentido FEMENÍA LÓPEZ, cuando alega: “Por nuestra parte, compartimos la idea de calificar los gastos de sustitución como daño emergente, por cuanto en sentido laxo, sería el coste de reparación del daño sufrido en ese concreto ámbito y creemos que también en los supuestos en que no se invierte en la sustitución del ama de casa, la cantidad asignada responde a la misma finalidad y fundamento” (FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., p. 102).

²⁹ GHERSI, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, ob. cit., p. 224.

como daño emergente, pues el costo de reemplazo implica una disminución patrimonial efectiva. Se estableció al respecto lo siguiente: “Es indemnizable en términos de daño emergente, la repetición de las cantidades obladas a la señora B., cuando ésta efectuara las labores hogareñas en los tres días de cada semana a favor de la aquí accionante”³⁰.

De otro lado, con relación a la privación un bien de uso particular o personal, Antonio Manuel MORALES MORENO sostiene que dicha privación tiene un contenido económico distinto de la propia cosa, por lo tanto, la cuantía de la indemnización es en principio la correspondiente al valor de uso del bien, durante el tiempo que el perjudicado ha sido privado de dicha utilización. Este valor puede calcularse por el costo que tiene en el mercado la obtención de la utilidad de un bien similar, durante el tiempo que no ha podido ser utilizado por el perjudicado. Sobre esta base, considera el citado jurista, que no existe inconveniente en admitir que la privación de un bien de uso personal o particular constituye un lucro cesante, porque es una ventaja económica que el perjudicado no ha podido obtener³¹.

En nuestra opinión, el perjuicio que proviene de la privación del beneficio que conlleva utilizar un bien destinado al uso particular o personal califica como daño emergente, no como lucro cesante. Es claro, por ejemplo, que cuando un vehículo de uso estrictamente particular queda temporalmente en un taller para que se reparen los daños ocasionados, cabe suponer que durante dicho lapso el afectado optará por trasladarse sea en taxi, ómnibus o alquilar un coche, sustitución que necesariamente conlleva la disminución de su esfera patrimonial, es más, inclusive si se movilizara caminando o fuese traslado por un amigo de forma gratuita, también cabría reconocer una verdadera disminución patrimonial producida por la pérdida que sufre ese sujeto en el “capital” o “valor de uso” del que se ha visto privado.

7. Prueba de la existencia del lucro cesante

El daño por lucro cesante puede ser consecuencia de la inejecución de una relación obligacional previamente pactada o de la vulneración del deber genérico de no causar daño a los demás (*neminem laedere*). En ambos supuestos, corresponderá al accionante acreditar haber sufrido un daño cierto, pero esta certeza, por la propia naturaleza de esta clase de daño, tiene carácter relativo pues se apoya en un juicio de probabilidad objetiva y no de seguridad.

³⁰ *Ibid.*, p. 225.

³¹ MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., pp. 62-64.

No debe perderse de vista que la prueba del lucro cesante, se adentra en lo que Lluís MUÑOZ SABATÉ³² denomina “hechos virtuales”, que son aquellos que no han sucedido pero que podrán suceder o hubieran podido suceder. Y tratándose la prueba del lucro frustrado de un hecho virtual, la dificultad se encuentra en que resultará necesario predecir lo que el perjudicado hubiera ganado en caso de no haber incumplido la otra parte el contrato, o en caso de no haberse producido el evento determinante de la responsabilidad extracontractual. Aquí, a las naturales dificultades probatorias además se añade, en mayor proporción que en otros supuestos, la general tendencia de la gente en exagerar sus beneficios frustrados.

Sobre esta base, no es posible exigir certeza absoluta allí donde no puede haberla. En consecuencia, la doctrina moderna está conforme en que para llegar a establecer la existencia del lucro cesante basta con un juicio de probabilidad, sin que este deba ser seguro, exacto o infalible. Hay que conformarse con consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie. De lo contrario, ocurre que en aras de la certeza, se sacrificaría la reparación de un daño que es real y efectivo³³.

La Corte Suprema de la República admite la inherente dificultad probatoria que acompaña al lucro cesante, estableciendo que “la diferencia más trascendental entre daño emergente y lucro cesante [...] está en la mayor dificultad de prueba inherente a éste último, con el resultado de que esta figura se presta más fácilmente para ser sometida a una apreciación equitativa”³⁴ o que debido a que resulta “imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, solo es exigible cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto”³⁵.

En la misma línea de pensamiento se ubica Renald FISHER³⁶, quien expresa lo siguiente:

[M]ientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere siempre a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas sus vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. El único

³² MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017, p. 252.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 63.

³⁴ SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sra. jueza Diana RODRÍGUEZ), *Casación N.º 3499-2015 La Libertad*, Lima: 5 de abril del 2016.

³⁵ SALA CIVIL PERMANENTE (ponente: Sr. juez Carlos CALDERÓN), *Casación N.º 704-2016 Callao*, Lima: 9 de marzo del 2017.

³⁶ Renald FISHER, citado por MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob. cit., pp. 254-255.

jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la pretendida ganancia, a no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el Derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe al Derecho separar cuidadosamente estos “sueños de ganancia” como los llamaba DERNBURG, de la verdadera idea de daño. No basta, pues, la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, como no se exige tampoco absoluta *seguridad* de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad *objetiva* que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.

En el mismo sentido, Maita María NAVEIRA ZARRA³⁷ estima que a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, cuya comprobación de su existencia no planteará mayores complicaciones; la determinación del lucro cesante resulta bastante dificultosa, considerando que este representa la ganancia que el perjudicado habría ingresado a su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho dañoso, la determinación de su existencia requiere reconstruir de algún modo, los acontecimientos que, en ausencia de aquél, se habrían desarrollado. Esa reconstrucción de los

³⁷ NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 88-89. También es del mismo parecer SANTOS BRIZ, quien alega: “A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no puede protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de “ganancia frustrada”. Como dice el art. 252, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o las circunstancias del caso concreto”. (SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1986, p. 267). Igual, en palabras de MORALES MORENO: “El problema de la prueba del lucro cesante es, sin duda, complejo. La complejidad proviene de que este tipo de daño es, a menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro; un lucro, justificado en el contrato, que el acreedor habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento. Y la obtención de un lucro futuro tiene siempre cierta dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor. Aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican la cautela de los tribunales en el reconocimiento de ésta”. (MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 25).

acontecimientos, se deberá realizar atendiendo al que sería el curso normal de los acontecimientos en el caso concreto, sin que sea necesario acreditar una certeza absoluta en cuanto a la realización de las ganancias, certeza por lo demás inalcanzable, pero sin que, al mismo tiempo, se entienda comprendido en tal concepto los denominados “sueños de ganancia”.

Es claro que tanto la jurisprudencia y la doctrina moderna aceptan que el estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge, según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con *certeza* la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel de prueba exigido está constituido por una razonable *probabilidad* de que a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico³⁸.

Para superar las dificultades de prueba, algunos ordenamientos jurídicos utilizan criterios abstractos de determinación del lucro cesante, basados en su probabilidad, por ejemplo, el artículo 252 del BGB dispone 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”³⁹.

A pesar de la dificultad probatoria explicada en los párrafos anteriores, un sector de nuestra jurisprudencia asumiendo un criterio excesivamente restrictivo, exige certeza absoluta de la ganancia frustrada. Es más, llega al absurdo de concluir que para indemnizar el lucro cesante no bastará con acreditar su existencia, sino también el monto matemáticamente preciso de

³⁸ Del mismo parecer es ELORRIAGA DE BONIS quien aprecia lo siguiente: “El lucro cesante, como todo daño, debe ser probado, y no escapa a esta regla general. Sin embargo, por la especial naturaleza de este perjuicio, su acreditación solamente es posible por vía indirecta, a través de presunciones y siempre mediante el aporte de circunstancias objetivas que validen las cantidades que se infieren por concepto de lucro cesante. Con todo esto, no es razonable pretender una prueba con precisión matemática en cuanto a la existencia y monto del lucro cesante, ya que ello es claramente imposible. Es por eso que la prueba que debe exigirse a este respecto no puede ser tan rigurosa como la que procede para el caso de daño emergente, ya que una exageración a este respecto, a la larga, va a frustrar los propósitos que se ha tenido presente a la hora de dar cabida a un capítulo indemnizatorio de ese tipo, y, más que a ninguna otra cosa, debe estar orientada a establecer la posibilidad cierta de las utilidades o ganancias que se reclaman a esta razón” (ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 63).

³⁹ MORALES MORENO, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, ob. cit., p. 25.

las ganancias perdidas. En esta línea se ubica la sentencia emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que conoció del proceso seguido por doña Fanny Dilcia Sáenz Almeyda, en nombre propio y de sus dos menores hijos, contra la empresa de transportes Móvil Tours Sociedad Anónima y Julio Diógenes Delgado Chávez sobre indemnización por daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la muerte de su esposo y padre de sus hijos, en un accidente de tránsito ocurrido con fecha 13 de mayo del 2009.

En este caso, la demandante en el rubro correspondiente a lucro cesante, solicitó la suma de tres millones doscientos nueve mil novecientos cincuenta y seis con 00/100 nuevos soles (S/3'209 956.00) por los ingresos económicos que su esposo hubiera percibido hasta la edad de jubilación obligatoria (70 años), como producto del trabajo subordinado que realizaba para Labin Perú Sociedad Anónima y Canal N. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de la Libertad en la resolución de vista desestimó la indemnización en este extremo por considerar que la parte actora no probó adecuadamente la cuantía exacta del lucro cesante; y ello debido a que, aun cuando acreditó los ingresos que su cónyuge percibía al momento del accidente, no presentó ninguna prueba que acredite fehacientemente que este hubiera continuado trabajando para las mismas empresas que en ese momento lo empleaban hasta llegar a la edad de 70 años.

En la decisión comentada, la Sala Superior equivocadamente no distingue entre los problemas que plantean la prueba sobre la existencia de la ganancia frustrada y la que plantea la prueba de su cuantía, aspectos que son distintos. En el caso comentado, considero que la existencia del lucro cesante surge por la propia naturaleza de las cosas, ya que a consecuencia del fallecimiento del cónyuge de la accionante y padre de sus menores hijos, es evidente que se perderá el sostenimiento familiar que el occiso proveía y hubiera seguido proveyendo a favor de los integrantes de la parte demandante; es más, en el caso de hijos menores de edad dado su estado de necesidad, corresponde presumir la dependencia económica con relación a sus padres.

Ante la natural dificultad para cuantificar con absoluta certeza la ganancia dejada de percibir, se tendrá acudir para tal efecto al criterio de equidad conforme lo establece el artículo 1332 del Código Civil, pero nunca dicha dificultad inherente al lucro cesante debe dar lugar a desconocer su existencia. La distinción es importante porque la existencia del daño no puede negarse solo en base a la dificultad que implica delimitar su magnitud.

Asimismo, los integrantes de la Sala Superior de La Libertad para denegar el resarcimiento a cuenta de lucro cesante argumentaron que la actora no presentó ninguna prueba que acreditara con certeza absoluta que la víctima hubiera continuado trabajando para las mismas empresas que lo empleaban hasta llegar a la edad de setenta años. En palabras expresas del citado órgano jurisdiccional “[...] no se ha demostrado que en ambos centros laborales haya existido la certeza de que se iba a mantener laborando hasta la edad cronológica de los setenta años [...] pues pudieron haberse generado diversas circunstancias que hubiesen conllevado al rompimiento del vínculo laboral con las mismas”. Al respecto, consideramos que dicha demostración es imposible de realizar y constituiría una prueba diabólica para la reclamante demostrar que no ocurrirían los sucesos o circunstancias extraordinarias expresadas en la resolución para evitar la concesión del lucro cesante. Además, no es correcto que ante la dificultad para calcular matemáticamente lo que la víctima habría percibido entre el momento en que ocurrió el accidente y la fecha de cese de la vida útil o esperada, se deniegue el resarcimiento indicando que en ese periodo temporal la víctima podría haber enfermado gravemente, o podría haber sufrido un accidente, o haber perdido su trabajo, todo lo que habría impedido percibir la suma de dinero que se contabilizan en el cómputo del lucro cesante, pues

[E]videntemente, estas suposiciones se apartan del curso normal de los acontecimientos y del juicio de probabilidad aplicable en la especie. Lo natural es que un sujeto comience su vida laboral a partir, más o menos, entre los 20 ó 25 años, y luego la continúe en ascenso hasta su jubilación, sin que los infortunios frustren, en la inmensa mayoría de los casos estos sucesos⁴⁰.

En el caso comentado, la Corte Suprema de la República correctamente declaró nula la sentencia expedida por la Sala Superior, ordenando que se emita nueva resolución de vista. Expresa entre sus fundamentos lo siguiente:

[L]a cuantificación exacta del lucro cesante exigido en la demanda nunca podrá ser fijada en términos de certeza, pues su determinación se encuentra sujeta a variables futuras cuya producción es incierta. En efecto, al tratar de determinar a cuánto ascienden los beneficios económicos que la demandante y sus hijos dejarán de recibir a causa del fallecimiento del señor Miguel Ángel Loyola Chumbiauca, siempre existirá un grado de incertidumbre que no podrá ser superado por el juez, pues aun cuando ha sido posible identificar a cuánto ascendían los ingresos mensuales que aquel obtenía como producto de su trabajo subordinado en el momento del accidente, todavía pueden plantearse dudas respecto a qué parte de estos ingresos habría beneficiado realmente a la actora y sus hijos, por cuánto tiempo su

⁴⁰ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 66.

esposo habría mantenido estos mismos ingresos, por cuánto tiempo se habrían seguido beneficiado los hijos de estos ingresos, por cuánto tiempo habría mantenido su el esposo su aptitud para el trabajo, etcétera.

Empero, estas circunstancias —que no son atribuibles a la conducta procesal de la parte actora, sino a las particulares propias que involucra el caso— no pueden ser empleadas por el órgano jurisdiccional como medio para fundamentar un criterio que termine por negar a la víctima el acceso a una reparación, pues ello restringe injustificadamente el derecho de la víctima a una reparación adecuada e integral de los daños sufridos.

Un aspecto importante a considerar es que se encuentra una notable diferencia entre aquellos supuestos donde la fuente de ingreso y la correspondiente ganancia existían con anterioridad al daño y es éste último el que la impide (p. ej., se incendia una casa que estaba alquilada y ello determina la extinción del contrato de arrendamiento), sobre los que además puede establecerse el límite temporal de los lucros frustrados en el periodo estricto que media entre la producción del daño y el pago efectivo de la indemnización; y aquellos otros supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de muchos factores (p. ej., el incendio que impide la iniciación de una empresa hotelera), cuya determinación únicamente puede realizarse en base a un juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo al curso normal de los acontecimientos⁴¹.

De lo indicado se tiene que la exigencia probatoria del lucro cesante será inversamente proporcional al juicio de probabilidad, en otros términos, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro cesante se hubiera obtenido, menor será la exigencia en la prueba del mismo y, al contrario, cuanto menor sea la probabilidad de obtención del lucro cesante, mayor será su exigencia probatoria⁴². Así, la presunción del juicio de probabilidad aplicado al curso normal de los acontecimientos se aprecia, por ejemplo, en el caso de una taxista que se ve privado de las ganancias que obtenía, durante el tiempo que el vehículo deba permanecer en el taller para ser reparado, acá se puede deducir de manera sencilla la existencia del lucro cesante por la propia naturaleza y normalidad de las cosas; igual ocurre, en los supuestos donde a consecuencia de las lesiones corporales sufridas, el perjudicado deja de realizar la actividad productiva que venía desempeñando. Empero, en este último supuesto se debe tener en cuenta que, para lograr el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener a consecuencia de lesiones corporales, es necesario demostrar la labor

⁴¹ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Bogotá: Temis, 2015, pp. 29-30.

⁴² FEMENÍA LÓPEZ, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, ob. cit., p. 41.

productiva que ejercía la víctima con anterioridad al daño, su quebrantamiento a raíz de este y la pérdida de los ingresos que se derivan de ello. Según esta regla probatoria, no es suficiente acreditar las lesiones físicas que ha padecido la víctima, ya que ellas, por sí solas, no determinan el perjuicio por concepto de lucro cesante, sino que hay que demostrar la forma en que este daño corporal ha incidido en la capacidad de generar la renta y cuánto ha influido en ello⁴³.

8. Cuantificación del lucro frustrado

Luego que quedar demostrada la existencia del lucro cesante, corresponderá establecer la cuantía de los ingresos frustrados. A tal efecto, se deben tomar en consideración los siguientes parámetros:

8.1 Ingresos percibidos por el perjudicado

La regla es que para determinar la cuantía del lucro cesante se deben considerar todos los ingresos que percibía la víctima con anterioridad al hecho dañoso y tomarlos como base para calcular las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del mismo. En el curso natural de las cosas, resulta altamente probable que si una persona ha quedado impedida de trabajar por un determinado periodo de tiempo, queda privada de un ingreso semejante al que tenía antes del accidente por todo el lapso que ha durado su incapacidad laboral⁴⁴.

Empero, a estos ingresos deben descontarse los gastos necesarios para generarlos. No debe olvidarse que el lucro cesante representa la utilidad o ganancia de la que fue privada la víctima por el hecho ilícito. De ello se sigue que los ingresos que constituyen la base de cálculo a este respecto no pueden ser los brutos sino los netos, es decir, deben descontarse de ellos los gastos necesarios en que debía incurrir la víctima para generarlos, puesto que de lo contrario se le estaría otorgando una utilidad o ganancia irreal, no ajustada a los ingresos netos.

En diversas ocasiones la jurisprudencia nacional equivocadamente asimila el lucro frustrado con las remuneraciones o ingresos brutos que percibía el afectado al momento del hecho dañoso, así tenemos por ejemplo, la sentencia casatoria N.º 3990-2013-Lima sobre indemnización de daños y perjuicios por accidente de tránsito, donde a consecuencia de un choque y volcadura de un ómnibus de la empresa de transportes Cruz del Sur que se dirigía desde Moquegua a Lima, la demandante Noemí Cruz de Beingolea

⁴³ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 68.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 63-68.

sufrió graves lesiones en el rostro. En el fundamento décimo tercero de esta resolución, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, se expuso: “En cuanto al *lucro cesante* (ganancia efectiva dejada de percibir) le corresponde a la demandante por ciento ochenta y tres días, los mismos que representan seis meses y un día, los que a razón de S/1 196.65, que es el monto mensual que percibe la actora, hace un total de S/7 179.90”.

La aludida sentencia casatoria tomó como base para el cálculo del lucro cesante los ingresos brutos que generaba la víctima como docente de la Escuela Superior de Música, sin que se haya procedido a deducir por ejemplo, los descuentos que habitualmente se realiza a los trabajadores, como puede ser los aportes que dan derecho a obtener la pensión de jubilación —AFP u ONP—, las contribuciones a Essalud —o a un seguro de salud privado, como puede ser una EPS—, el impuesto a renta de quinta categoría y, asimismo, los egresos que en el curso usual de las cosas realiza un trabajador para cumplir con la prestación de servicios (gastos de traslado al centro laboral y otros en que necesariamente debía incurrir la víctima para generar la ganancia)⁴⁵.

No se debe equiparar las remuneraciones brutas dejadas de percibir con la ganancia frustrada a consecuencia del evento dañoso. La propia Corte Suprema de la República, en la Casación N.º 7625-2016-Callao, sobre indemnización de daños y perjuicios por despido arbitrario, sostiene que el lucro cesante constituye:

[L]a ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, el que no puede asimilarse a las remuneraciones devengadas, toda vez que constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada [...]. Mientras el primero, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una

⁴⁵ El mismo error se percibe en la sentencia casatoria N.º 7589-2014-Cañete, donde se indica: “El lucro cesante es una forma de daño patrimonial y viene a ser las ganancias o expectativas legítimas que se ven frustradas como consecuencia del evento dañoso [...]. Estando a lo señalado, al haberse probado que la remuneración del actor ascendía a S/437.44 conforme se observa del contrato que corre a fojas 65 del acompañado, debe considerarse el periodo dejado de laborar que transcurrió desde el 31 de octubre al 15 de diciembre de 2005 y desde el 16 de agosto de 2006 hasta el 12 de octubre de 2007, que equivale a 1 año, 3 meses y 14 días. Siendo así, por lucro cesante debe otorgarse a favor del actor la suma ascendente a S/7 071.94, que correspondería por el periodo no laborado”.

diferencia conceptual y de categoría jurídica; motivo por que la causal denunciada deviene en fundada.

La jurista argentina Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ⁴⁶ establece algunos componentes de la retribución que corresponden tomarse en cuenta a fin de resarcir el lucro cesante:

- Habitación y comida suministradas por el empleador, pues el lucro cesante se integra no solamente por la retribución directamente dineraria, sino también por prestaciones en especie con valor económico.
- Propinas que, si bien no resultan obligatorias desde un punto de vista normativo, si la costumbre determinaba que la víctima efectivamente las percibiera en su actividad, se impone el resarcimiento, pues el suceso ha impedido la comunidad de esos ingresos no antijurídicos.
- Premios, siempre que la empleadora no solamente los abone, sino también que existiese alguna verosimilitud de que la víctima los habría percibido durante su inmovilización.
- Los viáticos no deber ser considerados para calcular el lucro cesante pues, aunque nominalmente integren la remuneración, no representan un beneficio o enriquecimiento personal de quien los percibe, sino que están destinados a afrontar las erogaciones anexas a la actividad.
- Los ingresos por horas extras se reconocen a título de lucro cesante, solo si existiese la posibilidad de cumplir trabajos fuera de horario y si la víctima las había utilizado previamente con alguna regularidad.

8.2 Periodo indemnizable

En el supuesto de incapacidad temporal, el periodo indemnizable estará delimitado por la duración de las consecuencias del suceso dañoso, es decir, equivaldrá al tiempo durante el cual el perjudicado se encuentre incapacitado para generar los ingresos que deja de percibir.

En caso se trate de una incapacidad permanente o muerte de la víctima, se tomará en cuenta la vida probable de esta según los índices de supervivencia esperada⁴⁷. En tal sentido, la duración del periodo indemnizable será inversamente proporcional a la edad que tenía la víctima al momento en que ocurrió el daño. Es decir, a menor edad, mayor será la expectativa de vida y mayor el periodo indemnizable y viceversa.

⁴⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Disminuciones psicofísicas*, ob. cit., pp. 419-423.

⁴⁷ ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño*, ob. cit., p. 30.

Tratándose de daños reflejos o indirectos, no solamente se debe tomar en consideración las expectativas de vida de la víctima inicial, sino también de los demandantes, pues el periodo indemnizable variará, tomando en cuenta que la expectativa de vida puede ser diferente⁴⁸. Por ejemplo, cuando son los padres quienes reclaman la pérdida económica que les ocasiona la muerte de su hijo, si solamente se considerara la edad probable hasta que hubiera vivido el hijo, podría acontecer que los padres resultaran sobre compensados, ya que, en el curso normal de los acontecimientos, ellos fallecerían mucho antes que sus hijos. Si un hijo tenía 45 años (víctima inicial) y sus padres 75 (víctima por rebote), al hijo le restarían 25 años de vida útil, resultando presumible que sus padres no vivirían hasta los 100 años⁴⁹.

Ante la muerte de un padre o madre de familia, se debe atender el periodo de dependencia económica de los hijos. Normalmente la edad de 18 años es el límite de la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos, sin embargo, subsiste esa obligación cuando éstos continúan con éxito estudios de una profesión u oficio conforme señala el artículo 424 del Código Civil. En esta consideración, frente a la muerte de un progenitor, la indemnización debería comprender el tiempo que normalmente toma culminar la formación superior, es decir, podrá aceptarse la edad de dependencia económica en 25 años⁵⁰.

También, en caso de fallecimiento de la víctima inicial, a efecto de determinar el ingreso frustrado debe descontarse los gastos que el ahora occiso destinaba a su propia subsistencia o autoconsumo (la denominada cuota *sibi*). Lo anterior en la medida que, en virtud del fallecimiento, dicho dinero ya no será empleado por la víctima en sus gastos personales y, por su particular destinación, tampoco les corresponde a los dependientes económicos. Un sector de la doctrina nacional indica que a partir de lo previsto en el artículo 648.6 del Código Procesal Civil, el porcentaje de los gastos personales a ser deducidos correspondería al 40 % de los ingresos, en tanto dicho monto resulta inembargable para garantizar obligaciones alimentarias⁵¹. Desde nuestra perspectiva, consideramos que un parámetro razonable es el establecido por la Corte Interamericana de Derechos

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁹ ELORRIAGA DE BONIS, “Daño físico y lucro cesante”, art. cit., p. 91.

⁵⁰ MARTÍNEZ RAVE y MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., p. 317.

⁵¹ TORRES MALDONADO, Marco Andrei, “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 244, Lima: enero del 2019, p. 110.

Humanos, que regularmente deduce de la suma a liquidar como lucro cesante, una cuota correspondiente al 25 % por gastos personales, así sucede en el párrafo 28 de la sentencia del 14 de septiembre de 1996 (reparaciones y costas) expedida en el caso *El Amparo vs. Venezuela*⁵² y en el párrafo 75 de la sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas) recaída en el caso *Castillo Páez vs. Perú*⁵³. Ahora, teniendo en cuenta que sentencias de dicho órgano del Sistema Interamericano constituyen parámetros a tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico, nada impide presumir la cuota *sibi* en el mismo porcentaje.

En la Casación N.º 1318-2016-Huancavelica, publicada en el diario oficial el 2 de mayo del 2017, sobre indemnización de daños y perjuicios seguida don Gaspar Melanio Huamán Espinoza contra el Seguro de Salud – Essalud, para determinar la cuantía del lucro cesante, la Corte Suprema de la República conjugó los factores antes mencionados: ingresos percibidos por el perjudicado así como el periodo indemnizable —determinado por la edad del lesionado cuando acaeció el hecho dañoso y el lapso que faltaba para que llegase al final de su vida útil o productiva, fijada para el caso específico en 70 años—. En el proceso que origina la sentencia casatoria el demandante solicitó la suma de S/200 000.00 por lucro cesante, alegando que prestaba servicios en la entidad pública PROVIAS Departamental del

⁵² “28. Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado *ad effectum*, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquéllas al momento 7 de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. *Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25 % por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente*”. [El resaltado es nuestro].

⁵³ “75. Sobre el lucro cesante, la Corte considera equitativo utilizar la base que representa el salario mínimo mensual en el Perú a la fecha, que de acuerdo con el Decreto de Urgencia No. 074-97, de 31 de julio de 1997, publicado en “El Peruano” el 3 de agosto de 1997, es de S./345.00 que procede estimar en dólares, a una tasa de cambio promedio entre S./2,652 y 2,659 por dólar según la tabla de cambio aplicado (supra 68.C.c.). El cálculo se realizará sobre la base de 12 salarios anuales, más una gratificación adicional correspondiente a 2 meses de salario por año, de acuerdo con las normas peruanas (supra 68.C.d.) más favorables para los trabajadores... Esto se multiplica por 49 años, período que media entre la edad que tenía la víctima al momento de su desaparición y el término de la expectativa de vida de un varón en el Perú, en el quinquenio 1990-1995, que es de 71 años (supra 68.C.a). *A esta cantidad deberá restarse el 25 %, por concepto de gastos personales, y sumarse luego los intereses corrientes. En consecuencia, el monto traído a valor presente a la fecha de esta sentencia por este rubro es de US\$35 021,80 (treinta y cinco mil veintiún dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos)*”. [El resaltado es nuestro].

Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Huancavelica, teniendo el cargo de conductor y percibiendo una remuneración mensual no menor de S/1 200.00, sin embargo, a consecuencia de una mala práctica médica quedó con graves secuelas, ocasionando que por el resto de su existencia no pueda continuar laborando como conductor de vehículos, actividad que desempeñaba desde los 18 años de edad, porque al sentarse en el asiento de cualquier vehículo, no puede contener que la orina salga por la vía vesical. Al respecto se expuso lo siguiente:

[C]omo no es el terreno de las hipótesis el propio de la cuantificación de la indemnización, para establecer el monto adecuado a pagar por lucro cesante debe partirse (en este caso): (i) de la remuneración que percibía la víctima al momento del accidente, ingreso que no era infrecuente, sino que era el que de forma continua recibía el demandante por las actividades que efectuaba, tal como se verifica con los documentos de fojas diez y once; y (ii) del tiempo en que sufrirá el perjuicio, para lo cual se apreciará su edad y el fin ordinario del régimen laboral. En esas condiciones, se observa: (i) que el demandante ganaba mensualmente como remuneración (R) la cantidad de S/948.10, monto al que ya se retrajo los aportes y descuentos; y (ii) que el accidente aconteció cuanto tenía 46 años de edad y que, por lo tanto, tenía 24 años de vida productiva económica ordinaria, es decir, 288 meses (M). De lo que resulta que la fórmula de pago que objetiva el monto de la indemnización por este concepto sería: Lucro cesante = R x M (948.10 x 288) = S/271,900.80.

8.3 La equidad

En verdad, tratándose de daños patrimoniales no debe acudirse ciegamente a la equidad como criterio de cuantificación habitual, menos con la equivocada creencia que esta otorga el poder de obrar arbitrariamente. Solo se recurrirá a la equidad como un criterio de valoración subsidiario, en el supuesto donde a pesar de haberse probado el daño, existan circunstancias que razonablemente impidan establecer con exactitud su cuantía, según se concluye del artículo 1332 del Código Civil que dispone: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo en juez con valoración equitativa”⁵⁴.

⁵⁴ Así lo ha entendido también la Corte Suprema de la República en la Casación N.º 2449-2015-Callao sobre Indemnización por daños y perjuicios, en cuyo décimo octavo considerando estableció: “En consecuencia, al no haber probado la parte actora los elementos para que opere la indemnización por responsabilidad extracontractual, como, la conducta antijurídica, el factor de atribución, nexo causal ni el daño sufrido, *no es posible la aplicación de las disposiciones que contiene el artículo 1332 del Código Civil, puesto que previamente, se requiere la acreditación del daño, para que el Juez pueda fijar el monto del resarcimiento aplicando su valoración equitativa*, condición que no ha sido satisfecha por el demandante, por lo que, en aplicación del artículo 200 del Código Procesal Civil, el Colegiado declaró infundada la demanda incoada”. [El resaltado es nuestro].

En la Casación N.º 724-2015-Moquegua sobre indemnización por daños y perjuicios, publicada en el diario oficial con fecha 1 de agosto del 2016, se afirma que la valoración equitativa a que se refiere el artículo 1332 del Código Civil, solo debe emplearse como criterio para cuantificar daño extrapatrimonial, mas no el lucro cesante. Así, en el octavo considerando de la mencionada sentencia casatoria se estipula:

[E]n lo relativo al lucro cesante, configurado como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, se tiene que [...] el monto fue fijado con una valoración equitativa, al no existir prueba objetiva de la misma; premisa, por demás errada, en tanto, lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, va dirigido a la valoración de los daños inmateriales o también conocidos como “daños morales” que son aquellos que afectan intereses jurídicos que carecen de un correlato, como son la salud, la vida, el honor, la libertad, entre otros.

Se equivoca la Corte Suprema de la República, cuando sostiene que no procede recurrir al criterio de equidad para cuantificar el lucro cesante y restringe su aplicación únicamente a los daños no patrimoniales, pues con esta afirmación se desconoce las dificultades que habitualmente se presentan para establecer con exactitud el monto de la ganancia frustrada, dificultad que surge por la propia naturaleza de este daño y no por negligencia o inercia de la parte reclamante. Además, descartar la equidad como criterio subsidiario de medición cuantitativa del lucro cesante ocasionaría consecuencias perniciosas en la práctica, pues el juzgador ante las diversas dificultades que impiden determinar con precisión matemática el ingreso frustrado y encontrándose impedido de estimar prudencialmente su monto, simplemente optaría por desestimar su resarcimiento, ocurriendo que en aras de la certeza, se sacrificaría la reparación de un daño que es real y efectivo. Sería una injusticia desestimar el resarcimiento de un perjuicio inequívoco simplemente porque al accionante no le fue posible debido a las dificultades inherentes que conlleva —y repetimos, no por desidia o negligencia—, establecer el alcance preciso de la ganancia frustrada.

La idea es que una vez probada la existencia del daño, tiene que darse siempre una respuesta positiva al *quantum*, y si este no resulta delimitado o no lo está de forma completa, el juez tiene que acudir necesariamente a la equidad. La valoración equitativa presupone, en algunos casos, la imposibilidad absoluta de la prueba del valor del daño —como sucede cuando se trata de valorar los perjuicios de índole personal, en cuanto no mensurables con criterios de equivalencia— y, en otros, su imposibilidad

relativa, que es lo que precisamente acontece con el lucro cesante futuro. Por esta razón se ha indicado que el uso de la equidad, como instrumento subsidiario de integración, también se condice con las exigencias funcionales del resarcimiento del daño patrimonial, con referencia no solo al lucro cesante, sino inclusive, en ocasiones, al daño emergente⁵⁵.

En buena hora que la conclusión expuesta en la sentencia antes aludida resulta aislada, ya que en otras ocasiones la Corte Suprema de la República, con mejor criterio reconoce que sí resulta factible acudir al criterio de equidad en aquellos supuestos donde a pesar de haberse probado la existencia de lucro cesante, concurren circunstancias o eventualidades específicas que hagan especialmente dificultoso determinar el monto al que este asciende. Así ocurre en la Casación N.º 3499-2015-La Libertad⁵⁶ correspondiente a un proceso sobre indemnización por daños y perjuicios por el fallecimiento del cónyuge y padre de sus dos menores hijos de la accionante a consecuencia de un accidente de tránsito, donde luego de reconocer que la cuantificación exacta del lucro cesante exigido en la demanda nunca podrá ser fijada en términos de certeza, dado que su determinación se encuentra sujeta a variables futuras cuya producción es incierta, se concluyó lo siguiente:

[E]sta circunstancia no impide que el órgano jurisdiccional pueda aplicar al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con

⁵⁵ MEDINA CRESPO, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, art. cit.

⁵⁶ En la misma orientación la Casación N.º 2677-2012-Lima, derivada del proceso sobre Indemnización por daños y perjuicios formulado por don Humberto Terrelonge Palomino contra la Universidad Nacional Federico Villarreal, estableció: “(i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una “falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima”, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; (iii) *que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa*; (iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos”. [El resaltado es nuestro]. Igualmente, la Casación N.º 550-2013-Lambayeque señala: “En cuanto al lucro cesante [...] es correcto el monto indemnizatorio fijado por el juzgador, en virtud de la valoración equitativa y prudencial contemplada en el artículo 1332 del Código Civil”.

exactitud la cuantía a la que ésta asciende (no por causa de negligencia o insuficiencia probatoria, debe precisarse).

En similar sentido, la Corte de Suprema de Justicia de Colombia con sentencia de fecha 20 de enero del 2009⁵⁷ señaló que la deficiencia probatoria respecto a la cuantía no impide la tasación del lucro cesante, así indicó lo siguiente:

No obstante, la deficiencia probatoria respecto a la cuantía del lucro cesante no impide su tasación, en virtud de que habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la equidad negar su reconocimiento en el caso concreto, en el que quedó claro que el señor Patiño Montes es abogado y que en el ejercicio de dicha profesión obtenía un ingreso que le permitía atender sus propias necesidades y la de su familia. La jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, *hay eventos en los que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación.* [El resaltado es nuestro].

Sin embargo, la liquidación del lucro cesante de forma equitativa es subsidiaria y no exime al interesado de la obligación de aportar pruebas sobre la existencia del mismo, esto deviene en un requisito previo e indispensable para la evaluación equitativa. La aplicación subsidiaria de la equidad es reconocida en la Casación N.º 18713-2015-Lima, publicada en el diario oficial el 3 de octubre del 2017, en cuyo sexto considerando se indica que a efecto de fijar el *quantum* indemnizatorio por lucro cesante

[N]o es necesario que se aplique de forma preliminar la valoración del resarcimiento previsto en el artículo 1332 del Código Civil, pues corresponde primero analizar los medios probatorios aportados al proceso, los mismos que pueden ofrecer de forma correcta el monto indemnizatorio, a diferencia, de un daño no patrimonial como es el daño moral, que por la naturaleza de ese tipo de daño que implica afectación a la vida sentimental del ser humano, consistiendo en el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, será difícil establecer el *quantum*, por lo cual, se requiere la aplicación de la valoración equitativa del Juez.

9 Lucro cesante y el deber de mitigar el daño

El deber de evitar o mitigar el daño en nuestro país se encuentra expresamente regulado en el artículo 1327 del Código Civil que indica: “El

⁵⁷ Sentencia citada por ISAZA POSSE, *De la cuantificación del daño*, ob. cit., p. 37.

resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”, norma que también resulta aplicable en el ámbito extracontractual, por su especial importancia al momento de evaluar la extensión o límites de la indemnización, en los diversos tipos de daño, sea que deriven de la inejecución de una relación obligacional previamente establecida o como consecuencia de la infracción del deber genérico de no causar daño a los demás.

En términos generales, se puede decir que sobre su base se espera que el acreedor del resarcimiento adopte todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado⁵⁸. No obstante, esta carga se encuentra sujeta a ciertos límites, pues no resulta razonable que se imponga realizar actividades gravosas extraordinarias, sino solamente las actividades normales, dictadas por la ordinaria diligencia, acorde con las circunstancias particulares⁵⁹.

La carga⁶⁰ de mitigar los daños no debe ser equiparada con la concurrencia causal de la víctima en el hecho dañoso o concausa a que se refieren los artículos 1326 y 1973 del Código Civil. Esta se trata de un problema de causalidad, en el sentido de atribución de responsabilidad, previo o coetáneo al daño, en tanto que, en el primer caso, la problemática está referida a la extensión del daño resarcible, posterior a la realización del hecho dañoso. En tal sentido, se puede afirmar que la carga de mitigar los daños constituye una regla autónoma y distinta de la concausa⁶¹.

La aplicación del deber de evitar o, al menos mitigar el daño tiene especial importancia en el resarcimiento del lucro cesante, pues impide el peligro que este se extienda excesivamente, en otras palabras, permite establecer un límite temporal a la indemnización. En consecuencia, si el perjudicado puede evitar o reducir el lucro cesante, deberá hacerlo adoptando las medidas razonablemente necesarias y sin realizar sacrificios excesivos,

⁵⁸ Ana SOLER PRESAS, citada por MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, ob. cit., p. 180.

⁵⁹ MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares, 2017, pp. 155-166.

⁶⁰ En realidad, se trata de una carga, ya que no constituye una conducta obligatoria o coercible para el perjudicado, sino que le resulta potestativa, pero en caso de incumplimiento dará lugar a que no obtenga resarcimiento respecto del daño que razonablemente se pudo haber evitado.

⁶¹ MEDINA VILLANUEVA, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 155-166.

contrariamente, si se mantiene impávido no será resarcido en los daños que pudo haber contrarrestado, conforme a una actuación de buena fe⁶².

El jurista nacional Daniel UGARTE MOSTAJO resume una interesante jurisprudencia argentina sobre responsabilidad extracontractual, donde se hace alusión al deber de mitigar el daño en el resarcimiento del lucro cesante: un agricultor demandó al Departamento General de Irrigación el pago de una indemnización por la ganancia dejada de percibir como consecuencia de la destrucción de la toma de agua por la que regaba su propiedad y la consiguiente imposibilidad de cultivar sus tierras durante los años 1993 a 1995. El evento dañoso se habría producido cuando personal contratado por el Departamento General de Irrigación realizaba, con una máquina retroexcavadora, los trabajos de limpieza y profundización del canal de regadío donde se encontraba la toma del demandante. Si bien en primera y segunda instancia se condenó a la entidad demandada al pago de US\$192 000.00, en casación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza redujo el monto de la indemnización al importe de US\$35 453.77 (incluidos intereses), al considerar que había quedado acreditado en autos que la reparación de la toma no habría llevado al demandante un lapso mayor a 90 días y que su costo no superaría los US\$7 000.00, por lo que correspondía ordenar la indemnización únicamente de las cosechas arruinadas por la falta de riego durante el tiempo que hubieran demandado las reparaciones, pero de allí en más, el daño sufrido debía ser atribuido al propio demandante. Asimismo, la Suprema Corte precisó que la actividad mitigadora del daño antes mencionada no habría exigido al actor altas fuentes de financiamiento y tampoco lo sometía a posiciones peligrosas o riesgosas, ni a eventuales daños a terceros. En otras palabras, se consideró que las medidas mitigadoras antes mencionadas eran perfectamente razonables y, por ende, exigibles al demandante dadas las circunstancias del caso concreto⁶³.

En nuestro país, la Corte Suprema de la República en diversas sentencias casatorias expedidas en procesos sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos arbitrarios, entiende que en el tiempo libre que tenía el actor durante el periodo del cese —dada la inexistencia de vínculo laboral—, podía realizar otras actividades y generar determinadas ganancias. Con este argumento implícitamente está recurriendo al deber de mitigar el daño para delimitar la cuantía del lucro cesante, ya que se evalúa

⁶² MORALES MORENO, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, ob. cit., p. 181.

⁶³ UGARTE MOSTAJO, Daniel, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, en *Derecho PUCP*, n.º 80, Lima: 2018, pp. 119-159.

la factibilidad del reclamante para adoptar razonables medidas mitigadoras del daño patrimonial ocasionado por el despido.

Así, por ejemplo, en la Casación N.º 2120-2017-Junín, originada en una demanda formulada por don Germán Humberto Huerta contra la Gerencia Regional de la Red Asistencial Essalud de Junín, donde el actor alegó haber laborado como cirujano dentista durante más de ocho años hasta que fue despedido arbitrariamente, y que desde este momento dejó de percibir sus remuneraciones por el periodo de 20 meses, ingresos frustrados que deben entenderse como lucro cesante. La Corte Suprema de la República en el sexto considerando de la sentencia analizada estableció que para delimitar el lucro cesante corresponde tener en cuenta que “el demandante era un médico odontólogo, el mismo que durante el despido arbitrario, si bien es cierto dejó de percibir el sueldo correspondiente por la entidad demandada, no se vio imposibilitado de ejercer su profesión”.

Lo mismo ocurre en la Casación N.º 2677-2012-Lima, originada en una demanda formulada por un trabajador de una institución pública de educación superior que fue despedido y reincorporado luego de ocho años, donde se alegó:

[E]l hecho del despido no significó que (el actor) las horas que se encontraba libre —dada la inexistencia de vínculo laboral— no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias; es decir, dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello [...] constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral.

Consideramos saludable recurrir al deber de mitigación del daño como parámetro de delimitación del lucro cesante ocasionado al trabajador despedido arbitrariamente, con esto se evita que los accionantes oculten que durante el periodo de cese generaron ganancias, que, en alguna medida, menguaron el ingreso dejado de percibir. Esto, claro está, evaluando las circunstancias del caso concreto (edad, capacitación profesional, estado de salud del accionante, duración del despido, etc.), además que conforme al curso normal de los acontecimientos y que se debe trabajar para vivir, se puede llegar a la conclusión que el accionante durante el periodo de cese, podía desarrollar otras actividades lucrativas destinadas a mitigar las retribuciones frustradas a consecuencia del despido.

A modo de conclusión

1. El lucro cesante puede ser pasado o futuro. El punto de distinción entre uno y otro viene establecido por el momento en que se dicta la sentencia en el proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado estará constituido por las ganancias frustradas hasta el momento en que se emite la sentencia correspondiente; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso.
2. La pérdida de oportunidad no constituye un supuesto de lucro cesante. La pérdida de oportunidad a diferencia del lucro cesante, se caracteriza por falta de certeza acerca de la consecución del resultado esperado y se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio.
3. Es irrefutable que no se pueda resarcir el lucro cesante derivado de actividades ilícitas por vulnerar preceptos legales imperativos, que obviamente no generan la obligación de indemnizar, sin embargo, respecto a las ganancias frustradas derivadas de actividades que contrarían las buenas costumbres, sí pueden originar el deber de resarcir.
4. Las personas potencialmente productivas pero que están desempleadas o no realizan una actividad remunerada al tiempo que acaece el daño, en principio no deber obtener resarcimiento a cuenta de lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería hipotético, sustentado en posibilidades de trabajos que estas no desarrollaban en los hechos.
5. El estándar o dosis de prueba exigida a la víctima diverge, según se trate de acreditar el daño emergente o el lucro cesante. En el caso del daño emergente, se necesita aportar prueba que acredite con *certeza* la existencia del perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, al sustraerse una entidad que ya formaba parte del mismo. En cambio, en el lucro cesante el nivel de prueba exigido está constituido por una razonable *probabilidad* de que, a consecuencia del daño, el perjudicado no incrementará su acervo patrimonial porque no percibirá algunos ingresos esperados conforme al normal acontecer de las cosas y de las circunstancias del caso específico.
6. El juez no debe acudir ciegamente a la equidad como criterio de cuantificación, con la equivocada creencia que esta otorga el poder de obrar arbitrariamente. Solo se recurrirá a la equidad en los supuestos donde a pesar de haberse probado el daño, existan circunstancias que

razonablemente impidan establecer con exactitud su cuantía, según se concluye del artículo 1332 del Código Civil.

7. El deber de mitigar el daño tiene especial importancia en la indemnización del lucro cesante, pues impide el peligro que este tipo de daño se extienda excesivamente. En consecuencia, si el perjudicado puede evitar o reducir el lucro cesante, tiene la carga de hacerlo para lo cual adoptará las medidas razonablemente necesarias y sin realizar sacrificios excesivos, pues en caso contrario, si se mantiene impávido no será resarcido en los daños que pudo haber contrarrestado, conforme a una actuación de buena fe.

Referencias bibliográficas

Abrevaya, Alejandra, *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. ii, 7.^a ed., Lima: PUCP, 2001.

Elorriaga de Bonis, Fabián, “Daño físico y lucro cesante”, en AA. VV, *Derecho de daños*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002.

Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 6.^a ed., Lima: Rodhas, 2011.

Femenía López, Pedro, *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Gherzi, Carlos Alberto, *Cuantificación económica: valor de la vida humana*, 4.^a ed., Buenos Aires: Astrea, 2008.

Giraldo Gómez, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Isaza Posse, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Bogotá: Temis, 2015.

López Jacoiste, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Universitaria, 2010.

Manzanares Campos, Mercedes, *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*, Lima: Grijley, 2008.

Martínez Rave, Gilberto y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11.^a ed., Bogotá: Temis, 2003.

- Medina Crespo, Mariano, “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”, en *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Recuperado de <<https://bit.ly/2X6EnDD>>.
- Medina Villanueva, Jorge Eduardo, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada: Comares, 2017.
- Moisset de Espanés, Luis, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón, “Daño emergente y lucro cesante”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Recuperado de <<https://bit.ly/2ZjyuAx>>.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid: Thomson Reuters, 2010.
- Muñoz Sabaté, Lluís, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017.
- Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.
- Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1986.
- Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. ii, Bogotá: Legis, 2007.
- Torres Maldonado, Marco Andrei, “¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)? en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 244, Lima: enero del 2019.
- Trigo Represas, Félix y Marcelo López Mesa, *Tratado de responsabilidad civil*, t. i, Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Ugarte Mostajo, Daniel, “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, en *Derecho PUCP*, n.º 80, Lima: 2018.
- Vicente Domingo, Elena, *El lucro cesante*, Madrid: Reus, 2014.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2015.
- Zavala de González, Matilde, “Frustración de chances en la responsabilidad profesional”, en Morello Augusto M. y María M. Agoglia (coord.), *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, en La Plata: Platense, 1992.

Zavala de González, Matilde, *Disminuciones psicofísicas*, t. i, Buenos Aires: Astrea, 2011.