

Santiago, diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

De conformidad con el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia invalidada con excepción de las frases *"una privación de una ganancia legítima, no en la figura precisa del lucro cesante sino en"; "y ganar la suma de dinero esperada y concreta -consignada en su oferta- también lo era"; "y ganar la suma de dinero esperada y concreta -consignada en la oferta-también lo era"*, contenidas en el considerando 2º, que se eliminan.

Se reproducen, asimismo, los considerandos vigésimo séptimo a trigésimo cuarto de la sentencia de casación precedente.

Y teniendo además presente:

Primero: Que, encontrándose asentado que la I. Municipalidad de San Bernardo incurrió en falta de servicio en los términos de los artículos 4 y 44 de la Ley N°18.175 y 152 de la Ley N°19.886, con ocasión de la exclusión arbitraria de la demandante del proceso de licitación pública para la ejecución del proyecto denominado "Construcción Polideportivo Comunal de San Bernardo, Segundo Llamado", ello trae como consecuencia la responsabilidad del ente edilicio demandado.



Segundo: Que, tal responsabilidad es por la pérdida de la chance que sufrió la demandante con ocasión de su exclusión arbitraria de dicho proceso de licitación, la que no puede enmarcarse dentro de lo que tradicionalmente se consideran los tipos de perjuicios indemnizables, esto es, daño emergente, lucro cesante o daño extra patrimonial, sino como una especie de responsabilidad extracontractual al no existir vínculo previo entre la entidad licitante y el postulante excluido.

Tercero: Que, en este sentido, y como se ha escrito, respecto de la pérdida de una chance "(..) 16. Tradicionalmente, se opone al daño cierto el daño eventual, meramente hipotético, que no es reparable. Es un daño eventual, por ejemplo, el riesgo de electrocución producto de la instalación de una línea eléctrica sobre una propiedad y los ingresos que la víctima habría recibido en el ejercicio de una carrera que comenzaba a estudiar cuando sobrevino el accidente.

En tales casos, la reparación se rechaza porque no existe una certeza razonable de que el daño se realizará, o bien, porque tenía muy pocas probabilidades de obtener la ventaja en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito.

17. La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho



ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado.

18. Como se adelantó, la hipótesis es la de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etc.) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etc.).

La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etc.), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja (...)

20. En todos estos casos, y en lo que dice relación con la determinación del daño, lo relevante no es tanto el resultado final, sino la chance perdida. El daño indemnizable no es la muerte, perder el concurso, no poder ganar el proceso o cobrar la deuda, sino que es



la destrucción de la oportunidad de salvar la vida, de obtener sentencia favorable o de poder cobrar la deuda. Por ello, lo relevante es analizar la naturaleza que debe revestir esta chance.

21. En general, se exige que la oportunidad perdida sea real y seria. En esencia, significa que se niega la reparación si existía una baja probabilidad objetiva de obtener el bien en juego: la demanda tenía muy pocas chances de ser acogida; el paciente poquísimas posibilidades de sobrevivir; el caballo estaba lejos de ser favorito; al estudiante, de modesto rendimiento académico, le faltaban exámenes cruciales; etcétera (...).

25. Por otra parte, como en toda hipótesis de responsabilidad civil, la pérdida de una chance exige una comprobación de un acto ilícito y vínculo causal. Este último punto requiere algunas precisiones.

Ante todo, en la materia debe efectuarse una distinción: existe un vínculo causal entre el ilícito y la chance desaparecida, y otro -no comprobable- entre el hecho ilícito y el resultado final. Evidentemente, este último no se probará en estas hipótesis, pues si se llegase a demostrar, entonces lo que procedería no es indemnizar las chances desaparecidas sino el perjuicio completo (la muerte, la agravación de la salud, la pérdida del proceso, la frustración del negocio, etc.).

En efecto, el vínculo causal relevante se presenta,



en este daño, entre la acción ilícita y la chance perdida. En concreto, debe demostrarse que el médico causó la destrucción de chances de sobrevivir del paciente, pero no que le causó la muerte; que la falta profesional generó la pérdida de oportunidades de ganar el proceso, pero no la derrota en el juicio; que el conductor destruyó las posibilidades del postulante de rendir el examen, pero no que lo privó de ser profesional; etc.

En el fondo, la pérdida de una chance permite prescindir de la certidumbre de un vínculo causal (aquél que media entre el ilícito y el daño final), pero exige la acreditación cierta de la relación que debe existir de forma inmediata entre tal ilícito y la destrucción de las chances. (Mauricio Tapia, PÉRDIDA DE UN OPORTUNIDAD: ¿UN PERJUICIO INDEMNIZABLE EN CHILE?. Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, años 2015-2016, pág. 237 y ss.)

Cuarto: Que, teniendo presente lo anterior y considerando que es incuestionable la concurrencia del vínculo causal entre el ilícito, en el sentido de un obrar negligente sin sujeción a las Bases de Licitación, - como es la descalificación arbitraria de la demandante en el proceso de licitación de que se trata como lo resolvió el Tribunal de Contratación Pública - y la pérdida de la chance, lo que corresponde es evaluar prudencialmente el monto del daño por tal pérdida.



Quinto: Que, en relación a la evaluación del perjuicio por pérdida de una chance, es preciso remitirse a lo expresado en el considerando trigésimo primero de la sentencia de casación precedente que se reproduce.

A ello debe agregarse que, como también se ha escrito, "(...) *CRITERIO GENERAL: SE REPARA LA OPORTUNIDAD Y NO EL DAÑO FINAL. La doctrina en este sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. (...) Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida. Con todo, el valor del daño final no debe desatenderse, ya que servirá de base para el cálculo de la reparación por la pérdida de la chance (Ignacio Javier Ríos Erazo-Rodrigo Pascual Silva Goñi. Responsabilidad Civil por Pérdida de la oportunidad, Editorial Jurídica, reimpresión Primera Edición 2021, pág. 268).*

Añaden estos autores que "*En estricto rigor, la cuantificación siempre va a estar entregada a los tribunales, quienes deberán definir el monto de la indemnización en supuestos de oportunidades perdidas. Como vimos, las reglas matemáticas y estadísticas facilitarán la tarea de indemnizar, pero ocurrirán casos en los que no existen estadísticas o en que la situación puntual escapa de los estudios matemáticos asociados a circunstancias semejantes. Ante estos casos, se abre el*



camino para que el juez analice la situación particular de la víctima. En este sentido se ha pronunciado nuestra doctrina, al señalar que su apreciación `se efectúa en concreto, considerando la situación particular de la víctima y estimando prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado. Este sistema es más equitativo que lógico´. Lo anterior también tiene consagración normativa en los Principios UNIDROIT, que en su artículo 7.4.3. prescribe: `Certeza del daño. Sólo es reparable el perjuicio que se establece con un grado razonable de certeza, aunque sea futuro. La pérdida de la oportunidad puede ser reparada en la medida de su probabilidad de su realización. El perjuicio que no puede determinarse con algún grado suficiente de certeza, ha de ser valorado según la discreción del tribunal´ (...) En definitiva, el porcentaje de coeficiente o probabilidades sobre el cual se repara la oportunidad estará determinado por criterios matemáticos, estadísticos y prudenciales del tribunal, conforme al examen in concreto de las situaciones particulares del caso” (ob. Cit. Págs. 272-273).

Sexto: Que, en este sentido, de no haber sido descalificado arbitrariamente el actor del proceso de licitación, habría tenido la chance de haberse adjudicado la licitación con un 50% de probabilidades, ya que había ofrecido un menor precio y un menor plazo para la ejecución de las obras, esto es, \$ 1.303.856.150.- contra \$



1.573.171.333 con una diferencia de \$ 269.315.183.- menor; y 255 días contra 275 días, esto es 20 días menos, todo en relación al postulante al que se adjudicó la licitación.

Séptimo: Que, de los antecedentes objetivos del proceso de licitación que obran en autos, aparece que en el Anexo 7 de la propuesta, DETALLE DE GASTOS GENERALES Y UTILIDADES incluido de acuerdo al numeral 3.3. de las Bases Administrativas de la Licitación, el actor consignó un TOTAL DE UTILIDADES de \$ 95.373.973, por lo que el valor de la chance que tenía de adjudicarse la licitación, puede evaluarse prudencialmente en el 50% de dicha cantidad, esto es, en \$ 47.686.987, cantidad a la que condenará a la Municipalidad demandada.

Por estas consideraciones y de acuerdo al artículo 186 del Código de Procedimiento civil, **se confirma** la sentencia en alzada de uno de octubre de dos mil diecinueve dictada por el Primer Juzgado de Letras de San Bernardo, **con declaración** de que el monto de la indemnización a que se condena a la demandada I. Municipalidad de San Bernardo, es la suma de \$ 47.686.987, (cuarenta y siete millones seiscientos ochenta y seis mil novecientos ochenta y siete pesos), pagaderos en la forma y plazo establecida en la sentencia de primer grado.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Águila.

Regístrese y devuélvase.



Rol N° 154.663-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E. y por los Abogados Integrantes Sr. Enrique Alcalde R. y Sr. Pedro Águila Y.





NCDWXBFRX

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Mario Carroza E. y los Abogados (as) Integrantes Enrique Alcalde R., Pedro Aguila Y. Santiago, diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

