

# El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil

por **LUIS R. J. SÁENZ**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Todo el edificio de la responsabilidad civil se erige partiendo de la existencia de un daño resarcible. Es éste su elemento fundamental, más allá de los restantes presupuestos que lo tornan indemnizable. Tal es la importancia de este elemento de la responsabilidad civil en la actualidad que, incluso, su producción conduce a presumir otros presupuestos de la obligación resarcitoria, como sucede con la antijuridicidad.<sup>(2)</sup>

Ello implica, como correlato inevitable, que sin daño no habrá resarcimiento. El perjuicio, como eje principal de la responsabilidad civil, no sólo se

(1) Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A. Profesor de las materias Defensa del Consumidor (UBA), Obligaciones y Daños (Universidad de Palermo). Conferencista. Autor de diversas publicaciones en revistas y libros especializados.

(2) Sin ingresar en un tema que excede el marco del presente trabajo, bástenos con recordar que, siguiendo la doctrina expuesta por Bueres, la existencia del daño hará presumir la ilicitud de la conducta, y queda para un estadio posterior la eventual prueba de que, dado que el accionar se encontraba justificado por el ordenamiento jurídico, desaparece la injusticia del perjuicio (BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en Félix A. Trigo Represas – Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1996, p. 142 y ss.; BUERES, ALBERTO J., "Comentario al art. 1066 del CC", en Alberto J. Bueres (dir.) – Elena I Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 3, p. 70 y ss.). Esta postura ha sido plasmada en el Proyecto de reforma que, en su art. 1717 establece que: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

constituye en su presupuesto básico, sino que también fija la medida de la indemnización. De esta manera, el antiguo adagio que postulaba que “no hay responsabilidad sin culpa” se ve reemplazado por el de “no hay responsabilidad sin daño”.<sup>(3)</sup>

El Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por el decreto 191/2011<sup>(4)</sup> regula los distintos aspectos vinculados con el daño resarcible en los arts. 1737 a 1748, en los cuales se determina tanto el concepto de daño desde un punto de vista “naturalístico” —siguiendo la terminología utilizada por Bueres para referirse al daño “evento”—<sup>(5)</sup> como desde un punto de vista jurídico, en su alcance patrimonial y extrapatrimonial, las principales consecuencias resarcibles, la prueba del daño, las diversas presunciones aplicables en la materia en caso de muerte de la víctima, la forma de determinación del *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente, etc.

Así, creemos necesario —y es nuestro objetivo en el presente trabajo— realizar un pantallazo de las diversas disposiciones de la reforma en la materia,<sup>(6)</sup> que plasma —como veremos— las principales posturas desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a lo largo de los años, en materia de daño resarcible.

Para ello, analizaremos, en primer lugar, cuál es el alcance del término “daño”, que puede entenderse tanto desde un punto de vista natural como jurídico (I), para luego dedicarnos al análisis de los distintos tipos de consecuencias resarcibles dentro de la esfera patrimonial (II), como así también en la extrapatrimonial, deteniéndonos brevemente en lo que se

(3) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad civil por daños (elementos)*, Bs. As., Depalma, 1993, pp. 169 y ss.

(4) Integrada por juristas de la talla de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes, a su vez, recibieron la colaboración, a través de diversas subcomisiones dedicadas a distintas temáticas, de la mayoría de la doctrina y judicatura nacional. En adelante, nos referiremos, por razones de practicidad, al “Proyecto”.

(5) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 143. A lo largo del presente trabajo, nos referiremos a daño “evento”, “fáctico”, “material”, “naturalístico” y “natural” como sinónimos.

(6) No se nos escapa que, un estudio pormenorizado de cada una de estas cuestiones, requeriría un estudio que excede las pretensiones del presente artículo.

refiere a la legitimación activa determinada por el que, probablemente, será el nuevo ordenamiento civil (III). Finalmente, nos referiremos a la carga de la prueba del daño, regulada expresamente en el art. 1744 del Proyecto (IV).

## 2 | El daño “evento” y el daño jurídico. Delimitación de conceptos y presupuestos

### 2.1 | El daño fáctico o “evento”. La pérdida de chance

#### 2.1.1. El daño “naturalístico”

El daño, apreciado desde la perspectiva material, consiste en la lesión que recae sobre un bien —u objeto de satisfacción, como lo señala Zannoni, Eduardo A., op. cit.,—<sup>(7)</sup>, y que es distinto del perjuicio desde un punto de vista jurídico. Cuando hablamos de este tipo de menoscabo nos estamos refiriendo al daño desde un punto de vista físico o material, más allá de que dicho perjuicio genere, a su vez, consecuencias jurídicas. Se trata del daño “evento”, en sentido fáctico, que resulta indispensable para la construcción del hecho idóneo en que se funda la responsabilidad, y que debe diferenciarse —como queda dicho— del daño “consecuencia”, en cuanto motivo del resarcimiento.<sup>(8)</sup> La afectación del bien, que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él —que es lo resarcible—, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales, con valor económico; pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etc., que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimoniales.<sup>(9)</sup>

(7) ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 3ra. ed., 2005, p. 50.

(8) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1991-D, p. 144; PREVOT, JUAN M., “El daño extracontractual”, en *RCyS*, 2011-IX, p. 251.

(9) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 51.

El daño resarcible, a diferencia del perjuicio “naturalístico”, estará dado por las consecuencias jurídicas de la lesión que, desde un punto de vista material, recayó sobre alguno de esos bienes. Veámoslo a través de un ejemplo: en un accidente de tránsito, en el cual una persona sufre lesiones de gravedad en su integridad física, el daño resarcible no se encuentra dado por dichas lesiones, sino por las consecuencias del menoscabo que le fue inflingido a la víctima desde un punto de vista material. Así, serán perjuicios resarcibles: a) la incapacidad sobreviniente y los gastos de atención y tratamiento médico en que tuvo que incurrir (daño emergente); b) las ganancias que se vio privada de obtener por las curaciones a las que fue sometida (lucro cesante); y c) la afectación de la integridad espiritual que le produjo el hecho ilícito (daño moral).

En este ejemplo se aprecia, a primera vista, la diferencia que existe entre el daño “evento” y el daño jurídico, pues el primero se configura como las lesiones graves sufridas por la víctima en su integridad física, mientras que el perjuicio jurídico está dado por las distintas consecuencias (patrimoniales y extrapatrimoniales) que se vieron afectadas por la producción del hecho ilícito.

El Proyecto de reforma se refiere expresamente al menoscabo desde un punto de vista material, en primer lugar, en el art. 1737, donde establece que la lesión puede tener por objeto “(...) la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Estas tres últimas categorías establecen una nota distintiva en cuanto a sobre qué puede recaer el daño “fáctico”, incluyendo en su enunciación el menoscabo que pueda producirse en materia colectiva.<sup>(10)</sup>

En segundo término, también el art. 1738 del Proyecto se refiere al menoscabo desde un punto de vista “naturalístico”, al considerar resarcibles

(10) Sobre los derechos de incidencia colectiva, el artículo citado en último término consagra el derecho de los damnificados por un hecho que ocasiona un daño de esas características a reclamar el menoscabo que les ha sido ocasionado, ya sea por la afectación de un interés difuso como de intereses individuales homogéneos, siguiendo la subclasificación —dentro de los distintos intereses de incidencia colectiva— que adquirió carta de ciudadanía en nuestro país a partir del dictado del fallo “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (24/02/2009). En este sentido, es dable destacar que la supresión de los arts. 1745 a 1748 propuestos por la Comisión de Reforma mantiene el sistema existente en la actualidad, basado principalmente en el precedente jurisprudencial antes citado, en cuanto a la procedencia de las acciones colectivas en tutela de ambos tipos de intereses que, a su vez, se encuentran consagradas en diversos microsistemas particulares (v. gr. arts. 30 y cctes. de la ley 25.675 y 54 de la ley 24.240, reformada por la ley 26.361).

“(…) las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. Nuevamente, todos estos supuestos importan la afectación de los derechos de la víctima en cuanto al perjuicio fáctico ocasionado, y el art. 1738 citado establece que son resarcibles las consecuencias jurídicas del menoscabo ocasionado a esos bienes o derechos.

Ahora bien, cabe preguntarnos si la enunciación realizada por las normas antes mencionadas es taxativa, o meramente enunciativa. Consideramos que, partiendo del principio de reparación plena —consagrado en el art. 1740<sup>(11)</sup> del nuevo ordenamiento civil, amén de tratarse de un principio implícito en la Constitución Nacional—<sup>(12)</sup>, las enumeraciones realizadas en los arts. 1737 y 1738 a distintos derechos respecto de los cuales puede producirse la acción lesiva es meramente enunciativa, sin perjuicio de otros derechos o bienes que pueden verse afectados desde un punto de vista material, ya sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales. Sin embargo, debe destacarse la trascendencia de la expresa referencia que se realiza a los derechos en cuestión, quitando todo manto de duda en cuanto a la procedencia del resarcimiento en estos casos, y propiciando especialmente su protección.

### 2.1.2. La pérdida de chance como perjuicio desde un punto de vista material

En el apartado anterior nos hemos referido al concepto de daño “evento”, distinto del daño jurídico. Previo a ingresar, entonces, en el concepto de menoscabo desde un punto de vista técnico-jurídico, creemos pertinente referirnos, en particular, a un tipo de perjuicio “fáctico” que reviste aristas particulares, y que es aplicado asiduamente por la jurisprudencia nacional: la pérdida de una chance.

(11) Que establece que: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

(12) Conforme a la doctrina sentada por el Máximo Tribunal Nacional en el precedente “Aquino”, del 21/09/2004.

Este tipo de menoscabo ha sido consagrado en el Proyecto de reforma. En efecto, el art. 1739 del nuevo Código prevé que: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”. A su vez, el art. 1738 lo menciona específicamente, aunque al referirse a las consecuencias resarcibles, circunstancia que no excluye su naturaleza de daño “fáctico”. Nos referiremos, brevemente, a esta última cuestión.

Como ya hemos dicho en otra oportunidad, consideramos al daño por pérdida de chance como un perjuicio autónomo, constituido por el menoscabo ocasionado a la víctima por la frustración de la posibilidad actual y cierta de que un acontecimiento futuro se produzca, sin que se pueda saber con certeza si, de no haberse producido el evento dañoso, ese resultado esperado habría efectivamente ocurrido.<sup>(13)</sup>

Este perjuicio es un daño “evento”, es decir, se configura como el menoscabo material, del cual luego se extraen las consecuencias resarcibles, y éstas pueden ser tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial.

Veámoslo a través de algunos ejemplos: un paciente falleció como consecuencia de la falta de atención en debido tiempo y forma de la patología que padecía —un infarto—, lo que le provocó la muerte. En el caso, se indemnizaron las consecuencias resarcibles sufridas por la cónyuge y los hijos del paciente por la omisión de los galenos que atendieron a la víctima, y que se tradujo en la pérdida de chance de la misma de obtener su curación.<sup>(14)</sup>

En este supuesto se vislumbra la característica del daño por pérdida de chance al cual nos estamos refiriendo, pues el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende por este concepto no es una consecuencia más del hecho ilícito, sino el daño propiamente dicho —desde un punto de vista “naturalístico”—, del cual surgen las consecuencias dañosas.

Así las cosas, consideramos que la pérdida de chance constituye un daño “material”, del cual se extraerán las eventuales consecuencias resarcibles,

(13) SÁENZ, LUIS R. J., “Algunas consideraciones sobre la pérdida de chance como daño resarcible”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 5, Montevideo, Carlos Álvarez, 2008, p. 603 y ss.

(14) Fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Maile, Hilda G. y otros c/ Loza, Felipe y otros”.

tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, según cuál sea el interés lesionado en el caso.<sup>(15)</sup>

## 2.2 | El daño jurídico y sus presupuestos

### 2.2.1. El concepto de daño jurídico

La doctrina ha elaborado diversas posturas sobre cuál es la noción de daño jurídico. No es una cuestión menor, pues establecer qué se comprende por daño nos permitirá determinar los límites cuantitativos del derecho de la víctima y la obligación de resarcir del agente.<sup>(16)</sup> Entre las tesis adoptadas cabe destacar tres, a las cuales nos referiremos a continuación:

a) **El daño como detrimento de un bien jurídico.** Esta postura considera que el daño se debe entender como todo menoscabo a un bien jurídico, comprendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas. Debe incluirse, también dentro de ellos, a los derechos personalísimos y a los atributos de las personas.<sup>(17)</sup> De esta manera, si el hecho inflinge un perjuicio de naturaleza económica el daño será patrimonial, mientras que, cuando se lesione un bien que no revista esa naturaleza, nos encontramos ante un menoscabo moral.

La doctrina bajo análisis no ha logrado superar las críticas. Bástenos para ello con traer a colación las palabras de Bueres, cuando señala que la falsedad de esta doctrina surge patente por cuanto el deterioro de un bien patrimonial, por ejemplo, puede producir un daño patrimonial o uno extrapatrimonial y, a la inversa, lo mismo puede ocurrir si el menoscabo recae sobre un bien no susceptible de apreciación pecuniaria.<sup>(18)</sup>

(15) En torno a lo dispuesto por el art. 1739 en cuanto a que el daño por pérdida de chance debe ser una contingencia razonable, y guardar una adecuada relación causal con el hecho generador, el Proyecto se refiere a la relación causal que debe existir entre este tipo de menoscabo y el hecho ilícito, cuestión que excede el marco del presente trabajo.

(16) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2, p. 636.

(17) LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de Obligaciones*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, p. 117 y ss.

(18) BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 166. En el mismo sentido, sostienen Pizarro y Vallespinos que: "No es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole" (PIZARRO, RAMÓN D. – VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 638).

Tampoco nos parece acertada la teoría que conceptualiza al daño como la lesión a un derecho subjetivo. Esta postura considera, con un criterio estricto, que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado, entendido éste como la atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta.<sup>(19)</sup>

Sin ingresar en mayores debates, lo cierto es que esta tesitura peca de demasiada estrictez, pues se descarta desde el comienzo la posibilidad de que existan simples intereses que puedan ser relevantes jurídicamente. Los intereses simples, aunque no revistan el carácter de derecho subjetivo al no encontrarse amparados en forma específica, sí lo pueden estar en forma genérica y, por lo tanto, deben ser tomados en cuenta a los fines resarcitorios.<sup>(20)</sup>

En este sentido, y como ejemplo de un interés simple que amerita resarcimiento, puede mencionarse el criterio adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el plenario "F.M.C. c/ El Puente S.A.T.",<sup>(21)</sup> en donde se admitió el derecho del concubino a reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte del otro como consecuencia de un hecho ilícito, siempre y cuando no medie un impedimento de ligamen. Si se aplicara la doctrina antes expuesta, entonces tendríamos que dicho reclamo no sería admisible, por no tratarse de un derecho subjetivo en cabeza del accionante.

Asimismo, no debe dejarse de lado que, como bien lo indica Calvo Costa, la afectación de un derecho subjetivo patrimonial puede ocasionar un menoscabo tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.<sup>(22)</sup>

b) **El perjuicio como consecuencia.** Un sector muy importante de la doctrina nacional considera que el concepto de daño no es la mera lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es un presupuesto de aquél, sino que debe entenderse como la consecuencia perjudicial o el menoscabo que se produjo por el hecho ilícito.<sup>(23)</sup> Para ello,

(19) RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, t. I, p. 278.

(20) CALVO COSTA, CARLOS A., *Daño Resarcible*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 68.

(21) Del 04/04/1995.

(22) CALVO COSTA, CARLOS A., *op. cit.*, p. 69.

(23) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *op. cit.*, p. 639 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 4, p. 118 y ss.; ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, p. 200.



los autores enrolados en esta postura consideran necesario distinguir, por un lado, el daño en sentido amplio —o lesión— y el daño resarcible.

El primero se encuentra identificado con la ofensa o lesión a un derecho, a un interés ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. Entienden que, con esta concepción del daño, todo acto ilícito, por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos. El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado. Sin embargo —señala esta doctrina—, el ordenamiento civil asigna otro significado a la expresión “daño”, en tanto presupuesto de la responsabilidad civil —es decir, como daño resarcible (arts. 1068 y cctes. del Código Civil vigente)—. De esta manera, el daño no se identifica ya con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es su presupuesto, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entonces, entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto, de manera tal que este último es el daño resarcible, y no el primero.<sup>(24)</sup>

Esta doctrina, bastante acertada en cuanto al concepto estricto de daño, no ha logrado, sin embargo, vencer las críticas que se le han formulado, en especial las esbozadas por Bueres. Este autor entiende —creemos, con acierto— que si bien el interés afectado coincide en su esencia con la consecuencia, el concepto de daño se encuentra en el primer elemento, más no en el segundo. Para ejemplificar la cuestión, trae a colación el menoscabo espiritual que sufre la novia a raíz del homicidio de que fue víctima su novio, o el daño que se produce en la integridad espiritual de un hermano por el fallecimiento del otro, o cuando el hijo pequeño sufre por un accidente una incapacidad física que lo incapacitará para el resto de su vida, y los padres reclaman el daño moral que les ocasionó el hecho ilícito. En estos supuestos, existe efectivamente una afectación espiritual de la víctima, pero, sin embargo, no existe un daño resarcible, al no existir un interés jurídico vulnerado. En síntesis, la consecuencia o resultado no es *per se* el daño jurídico entendido en sentido estricto, pues no todas las consecuencias disvaliosas que sufre el sujeto ameritan un resarcimiento, de conformidad con los supuestos que hemos enunciado preceden-

(24) PIZARRO, RAMÓN D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, Bs. As., Hammurabi, 1996, p. 45 y ss.

temente. Ello no quiere decir que no exista homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. De esta manera, si el interés afectado es patrimonial, entonces la consecuencia será de esta misma índole, y si es extrapatrimonial, también el resultado tendrá la misma entidad.<sup>(25)</sup>

c) **El daño como lesión a un interés jurídicamente tutelado.** El perjuicio, en sentido estricto —no “fáctico”—, es la lesión a un interés jurídico, sea este patrimonial o extrapatrimonial. De tal modo, el daño será patrimonial o moral, según cuál sea la naturaleza del interés afectado.<sup>(26)</sup>

El interés es, entonces, el valor relativo que un bien determinado tiene para un determinado sujeto. De esta manera, el perjuicio debe entenderse desde el ángulo del individuo, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos. Es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados.<sup>(27)</sup> Así, el bien es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. El interés está dado por la relación existente entre la necesidad del sujeto y el bien adecuado para darle debida satisfacción.

Asimismo, no debe dejarse de lado que —y es ésta la principal objeción que se ha formulado respecto de la teoría esbozada en el apartado anterior, como ya lo hemos señalado— sólo tendrá importancia el daño relevante jurídicamente, de forma tal que todo aquél interés que no encuentre tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y que sea lesionado, no dará lugar al pago de una indemnización.<sup>(28)</sup>

Sin perjuicio de ello, se aprecia que existe una homogeneidad entre la sustancia del daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será entonces de la misma índole, y si el interés vulnerado es moral la consecuencia, por lo tanto, también lo ha de ser. En consecuencia, si bien el concepto cabal y estricto de daño es el que se enfoca en el

(25) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 172.

(26) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 170; CALVO COSTA, op. cit., p. 70.

(27) CALVO COSTA, op. cit., p. 72.

(28) CALVO COSTA, op. cit., p. 72.

interés menoscabado, la existencia de homogeneidad entre el interés afectado y sus repercusiones permitirá admitir una acepción más del daño que se relacione con las consecuencias.<sup>(29)</sup> Entonces, el daño jurídico debe ser entendido como la ofensa a un interés ajeno no ilícito, que provoca consecuencias (o alteraciones) desfavorables en el patrimonio o en el espíritu.<sup>(30)</sup>

Esta última postura es la que ha sido adoptada en el Proyecto de reforma, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1737 y 1738. En efecto, la primera norma mencionada establece expresamente que: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (...)". De esta forma, queda plasmada en el nuevo sistema normativo, la teoría que consagra al daño como la lesión a un interés.

Sin embargo, el Proyecto no deja de lado a las consecuencias resarcibles, pues en el art. 1738 ya citado expresamente prevé la indemnización de la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima y al lucro cesante como el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención.<sup>(31)</sup> Por su parte, el art. 1741 regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

### 2.2.2. Los presupuestos y caracteres del daño resarcible

El Proyecto se refiere a los presupuestos y caracteres del daño resarcible en el art. 1738, que establece que: "Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente". Nos referiremos a continuación a cada uno de estos requisitos en forma individual:

a) **Daño directo o indirecto.** La norma en cuestión consagra la procedencia del resarcimiento cuando el daño sea directo o indirecto. El problema al cual nos enfrentamos en la interpretación de esta parte de la disposición es cuál es el significado de la acepción perjuicio **directo** o **indirecto**.

(29) BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 172.

(30) BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, "La responsabilidad por daños y la protección del consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 1, p. 53 y ss.

(31) A continuación, el artículo en cuestión menciona también a la pérdida de chance, la cual, como hemos expuesto en el apartado pertinente, no es una consecuencia resarcible más del hecho ilícito, sino un daño "evento", del cual podrán surgir diversos daños resarcibles, siempre que guarden una relación causal adecuada con el hecho (art. 1726 del Proyecto).

En este sentido, cabe recordar que dicho término puede ser entendido en tres formas distintas. En primer lugar, puede considerarse que nos estamos refiriendo —partiendo de lo previsto en el art. 1068 del Código Civil vigente— a sobre qué bien recae el daño. Así, se llamará **directo** al daño que ha inferido inmediatamente en el patrimonio de la víctima, es decir, en las cosas de su dominio o posesión, mientras que será **indirecto** el perjuicio que recaiga sobre sus bienes jurídicos extrapatrimoniales.

En segundo término, también puede considerarse que la distinción se sustenta en la relación causal que el menoscabo guarda con el hecho ilícito, es decir, que serán daños **directos** los perjuicios que son consecuencia inmediata del evento dañoso, mientras que serán **indirectos** los perjuicios que resultan de la conexión del evento con un hecho distinto.<sup>(32)</sup> Así, tomando un ejemplo dado por Bueres y Picasso, será un daño directo la venta de un animal enfermo que al poco tiempo muere, mientras que será daño indirecto las pérdidas que sufre el comprador al no poder emplear al animal para los trabajos a los cuales estaba destinado.<sup>(33)</sup>

Finalmente, también puede entenderse la distinción del daño entre directo e indirecto partiendo del punto de vista de quiénes son los legitimados activos para reclamar el resarcimiento del perjuicio que se les ha ocasionado. Desde esta acepción, será daño directo el que padece la víctima, mientras que el daño indirecto será el que sufre —como consecuencia del daño directo— otra persona *par ricochet*. Por ejemplo, las injurias o calumnias inferidas al jefe de familia, que afectan a su mujer o hijos (art. 1080 CC).<sup>(34)</sup> O cuando una persona realiza gastos para atender la curación de otro que ha sido víctima de un accidente.<sup>(35)</sup> El resarcimiento del daño, conforme lo dispone el art. 1079 del actual ordenamiento civil, es procedente, se trate tanto del damnificado directo como del indirecto.

Ahora bien, la cuestión es dilucidar a cuál de estas acepciones se refiere el artículo en comentario.

(32) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 53; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 177.

(33) BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, op. cit., p. 54. En cuanto a las problemáticas que ha generado esta distinción desde el punto de vista de la relación causal, remitimos al profundo análisis de la cuestión que los profesores citados realizan en el trabajo mencionado.

(34) Del francés, significa "de rebote". BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, op. cit., p. 60.

(35) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 173.

Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que debe adoptarse la última acepción, esto es, que la norma en comentario consagra la legitimación activa tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el perjuicio que le fue ocasionado. Ello así pues, en primer lugar, no existe en el Proyecto una norma equivalente al actual art. 1079 que, en materia de daño patrimonial, establezca en forma expresa la legitimación de los damnificados antes enumerados para reclamar el perjuicio patrimonial padecido.

En segundo término, la adopción de la última acepción resulta acorde con el cuerpo del Proyecto, en tanto y en cuanto el art. 1741 prevé la legitimación en materia de daño extrapatrimonial, cuestión a la cual luego nos referiremos, mientras que —como lo propugnamos— el art. 1739 establece la legitimación de todos los damnificados por el hecho ilícito en forma genérica.

Por último, tampoco puede considerarse que el art. 1739 se refiera al régimen de las consecuencias, pues la cuestión referida a la relación causal que el hecho debe guardar con el perjuicio se encuentra regulada en la Sección 3ra. del mismo título del Proyecto (art. 1726 y ss.).

En síntesis, consideramos que el art. 1739, al establecer que para que proceda, la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, consagra la legitimación tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el menoscabo sufrido a título personal.

b) **Daño actual o futuro.** El perjuicio actual será aquel que cronológicamente, ya se haya producido al momento del dictado de la sentencia, mientras que daño futuro es el que todavía no se ha producido, pero que ciertamente ocurrirá luego de la decisión judicial.<sup>(36)</sup>

La enumeración que realiza, en este sentido, el art. 1739 no constituye un requisito del daño resarcible, sino la consagración de la procedencia del resarcimiento tanto cuando el menoscabo sea actual como futuro.

c) **La certeza del daño.** Sin lugar a dudas, es el primordial presupuesto para que el menoscabo sea resarcible. En efecto, el daño debe presentar suficiente certeza, es decir, no debe ser eventual o hipotético. Así, el

(36) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 97.

simple peligro o la sola amenaza o perspectiva de daño no es suficiente para tornarlo indemnizable. El daño cierto se opone, en consecuencia, al perjuicio eventual, hipotético o conjetural, el que puede llegar o no a producirse. Es así que, si se indemnizara un perjuicio incierto y, finalmente, éste no llegara a consumarse, entonces existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima.<sup>(37)</sup>

De esta forma, debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, aunque todavía no resulte comprobada su cuantía.<sup>(38)</sup>

Existe una gran distinción entre la determinación de la certeza cuando nos enfrentamos a un daño actual o a un daño futuro.<sup>(39)</sup> Cuando nos encontramos ante un perjuicio presente, es mucho más fácil aportar las pruebas suficientes que permitan tener por acreditada la certeza absoluta sobre la lesión a un interés jurídicamente protegido. Distinta es la cuestión cuando nos enfrentamos a un daño futuro (vgr. lucro cesante), donde la cuestión de la certidumbre se complica,<sup>(40)</sup> al ser imposible determinar, al menos en principio, que el daño efectivamente se iba a producir. Pese a ello, la naturaleza futura del daño cuya comprobación se debe acreditar no afecta el grado de certeza que debe existir sobre su producción, que permitirá determinar la alta probabilidad de que ese daño efectivamente se habría producido.<sup>(41)</sup>

d) **La personalidad del daño.** El daño, a su vez, debe ser personal de aquél que reclama su resarcimiento. Este presupuesto no se encuentra enumerado en el art. 1739 del Proyecto. Sin embargo, surge del art. 1741 del mismo cuerpo, que prevé que los damnificados indirectos únicamente tendrán legitimación para reclamar el daño a título personal, y que la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste en vida.

(37) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, JORGE O. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 259.

(38) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 170.

(39) También presenta problemas, en este punto, el daño por pérdida de chance, pues es difícil probar la existencia de la posibilidad que, en definitiva, no se produjo.

(40) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 649.

(41) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 79.

Ello implica que únicamente la persona que sufrió el menoscabo puede requerir su resarcimiento, resultando inadmisibles reclamar la reparación de daños ocasionados a terceros. Sólo aquél cuyo interés haya sido afectado a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar su reparación.<sup>(42)</sup>

Este presupuesto no debe confundirse con el carácter de legitimado directo o indirecto de quien reclama el resarcimiento del perjuicio, de lo cual antes hablábamos. Ello así pues el interés afectado debe ser propio del reclamante, más allá de que se trate de un damnificado directo o indirecto del hecho ilícito.<sup>(43)</sup>

e) **La subsistencia del daño.** Finalmente, el restante requisito para la existencia de un daño resarcible —mencionado expresamente en el art. 1739 del Proyecto— es que aquél subsista al momento de dictarse la sentencia. Nadie puede reclamar la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento. Si, por el contrario, el menoscabo es solventado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio y debe ser reparado.<sup>(44)</sup>

## 3 | Las consecuencias resarcibles en la esfera patrimonial

### 3.1 | El daño emergente

El art. 1738 del Proyecto menciona, entre las diversas consecuencias resarcibles, a la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima por la producción del hecho ilícito.

Dicha disposición, entonces, se refiere al daño emergente que nace por la producción del suceso. En este sentido, cabe recordar que, dentro de los daños patrimoniales, el daño emergente reviste particular importancia. Consiste en aquellos perjuicios que se traducen en un empobrecimiento

(42) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 654.

(43) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 71 y ss.

(44) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 653.

del contenido actual del sujeto, y puede producirse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso de goce de bienes existentes en el patrimonio al momento de producirse el hecho ilícito, como por los gastos que, en razón del evento dañoso, la víctima ha debido realizar. En ambos supuestos se produce un detrimento o disminución del patrimonio del damnificado como consecuencia del hecho que se analiza.<sup>(45)</sup>

Si bien se considera que la prueba del daño emergente es la más sencilla, puede revestir determinados inconvenientes que tornen complejo acreditar efectivamente el perjuicio ocasionado. Reviste particular importancia tener en cuenta que, cuando se indemniza el daño emergente, no se está indemnizando el valor del bien comprometido, sino el interés que aquél satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que puede o no coincidir con el valor objetivo del bien en sí mismo.

En consecuencia, lo resarcible en concepto de daño emergente no es —retornando a lo expuesto en cuanto al concepto de daño— el bien en sí mismo, sino los diversos intereses que éste representa para el damnificado.<sup>(46)</sup>

Dentro de los diversos rubros que pueden resarcirse en el marco del daño emergente, reviste particular trascendencia la incapacidad sobreviniente, que puede definirse como la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad, apreciable en algún grado, para el ejercicio de las funciones vitales.<sup>(47)</sup> Así, desde un punto de vista patrimonial, la incapacidad sobreviniente no se encuentra constituida por la integridad física, que no tiene un valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona puede o no producir haciendo uso de dicha integridad.<sup>(48)</sup>

Ahora bien, el Proyecto se refiere, en este aspecto, a la cuantificación del daño por dicho concepto. En particular, el art. 1746 establece que “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de

(45) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 88; VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad civil por daños (elementos)*, op. cit., p. 179; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MACELO, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, p. 457; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 735.

(46) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 56.

(47) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 343.

(48) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 305.



un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades”.

Como surge del texto de la disposición transcrita, el ordenamiento establece el empleo de fórmulas matemáticas que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tienen en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio.<sup>(49)</sup>

En consecuencia, será necesario que la judicatura, al calcular el monto a resarcir por incapacidad sobreviniente, tome en cuenta las distintas fórmulas que existen para computar el valor presente de una renta constante no perpetua.<sup>(50)</sup>

Ello no importa, claro está, que esta sea la única variable a tomar en cuenta por el juez al determinar la indemnización, pero sí deberá ser la principal, que podrá ser modificada en más o en menos por las circunstancias particulares de cada caso, pero partiendo siempre de la cuantificación primigenia.<sup>(51)</sup> En efecto, la utilización del método aritmético no podrá afectar, en última instancia, el principio de reparación plena consagrado en el art. 1740 del Proyecto.

Por otra parte, y siempre dentro de la órbita del daño emergente, la norma citada en último término establece expresamente la presunción de los

(49) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 251.

(50) ACCIARRI, HUGO y TESTA, MATÍAS I., “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes”, *Revista Jurídica La Ley*, 09/02/2011, p. 2.

(51) CNCiv, Sala A, “Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios”, 15/08/2012, del voto del Dr. Picasso.

gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, siempre que ellos resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. Los rubros mencionados adquieren entonces, a partir de la reforma, el carácter de presunciones legales *iuris tantum*, consagrándose de esta manera una doctrina mayoritaria en la jurisprudencia nacional, que consideraba que, en estos casos, los gastos en cuestión se presumen de la índole de la incapacidad o padecimiento que sufre la víctima.<sup>(52)</sup>

Asimismo, el art. 1746 prevé que la realización de una actividad remunerada por aquella persona que padece incapacidad absoluta en virtud del hecho ilícito, no obsta a la procedencia de la indemnización por dicho concepto. Tampoco obsta a su admisibilidad el hecho de que exista una persona obligada al pago de alimentos al damnificado.

### 3.2 | El lucro cesante

El art. 1738 enumera, dentro del daño patrimonial, al lucro cesante, considerado como el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. El lucro cesante es la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima, es decir, se presenta cuando el hecho ilícito impide al damnificado obtener ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico.<sup>(53)</sup> Es el cercenamiento de las utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, de algún enriquecimiento valorable desde una óptica económica.<sup>(54)</sup>

La principal complejidad que reviste este tipo de perjuicio está dada por cuanto la certidumbre del lucro cesante se apoya en un juicio de probabilidad. En efecto, por definición, ésta consecuencia resarcible está constitui-

(52) CNCiv, Sala G, "Zárate, Marta Teresa c/ Alive S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios", 30/03/2012, en LL, 2012-C, 570; CNCiv, Sala J, "Mozo, María Silvia y otro c/ Movitrak Safaris y Turismo de Frank Neumann y otro s/ daños y perjuicios"; CNCiv, Sala K, "Félix, Marcelo Sebastián c/ Romano, Matías", 28/10/2010; CNCiv, Sala C, "Lubocki, Esther Raquel y otro c/ Burnstein, Mauricio Ricardo y otros", 05/08/2010; Cám. 1ra. de Apel. de San Isidro, Sala II, "Del Castillo, Alejandro y otro c/ Andino, Oscar y otro", 23/09/2010, en RCyS, 2011-IV, p. 218; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Jujuy, Sala I, "Ferreira, Omar Teodoro c/ Aguilera, Fausto", 22/10/2010, en LLNOA, 2010 (diciembre), p. 1101; entre muchos otros precedentes.

(53) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 89.

(54) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, pp. 309 y ss.



da por las ganancias que la víctima se vio privada de obtener en razón del hecho ilícito, es decir, se trata de acreditar un suceso que no ocurrió ni va a suceder. Así, para probar la certeza del lucro cesante sólo es factible recurrir a la vía presuncional, porque se refiere a beneficios meramente eventuales.

Sin embargo, ello no implica que el lucro cesante sea un daño presunto, hipotético o conjetural. Ello así, pues no resultan conceptos equivalentes el de "daño presunto" con el de "daño cierto, probado por la vía presuncional", pues las presunciones son instrumentales y se refiere al medio probatorio, no al objeto de prueba, es decir, al daño en sí mismo.<sup>(55)</sup>

En síntesis, la certeza del lucro cesante se obtiene a partir de los diversos indicios que puedan ser aportados a la causa y que, por ser precisos, graves y concordantes, permitan presumir la existencia del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue.

## 4 | El daño extrapatrimonial

De acuerdo a la definición de daño jurídico que hemos dado precedentemente, podemos definir al daño moral como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el hecho ilícito.<sup>(56)</sup>

El Proyecto se refiere al menoscabo extrapatrimonial en su art. 1741, el cual establece que: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tiene legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

El texto de la disposición transcrita guarda, al menos a primera vista, alguna similitud con el art. 1078 del Código Civil vigente. Sin embargo,

(55) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 3, p. 177.

(56) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 149; BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 171.



apenas nos adentramos en el análisis de la norma, advertimos que la reforma innova en diversos aspectos vinculados con la legitimación activa para reclamar el menoscabo moral.

Para ello, debemos recordar, en primer lugar, que la norma citada en último término establece que la acción por indemnización del daño moral sólo le compete al damnificado directo. Así, mientras la víctima del hecho dañoso permanezca viva, nadie más podrá reclamar, en la órbita extracontractual, el daño extrapatrimonial que le fue generado en razón del hecho ilícito.<sup>(57)</sup> A su vez, cuando el damnificado directo fallezca como consecuencia del evento, únicamente tendrán acción los herederos forzosos para reclamar el perjuicio personal que les fue ocasionado.<sup>(58)</sup> El ordenamiento vigente, entonces, restringe el resarcimiento del daño moral desde dos aspectos. Primero, deniega legitimación a los damnificados indirectos que carezcan de la calidad de herederos forzosos (*v. gr.* un hermano de la víctima), y, segundo, tampoco acuerda el resarcimiento del daño moral en casos de damnificados indirectos que lo padecen por causa distinta al homicidio.

Estas restricciones han sido criticadas arduamente por la doctrina. En este sentido, se ha señalado que, respecto de la limitación a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima, la exclusión de otras personas cercanas a la víctima, como por ejemplo el hermano, resiente a su respecto el fundamento constitucional del deber de no dañar, y el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, el impedimento del reclamo de los damnificados indirectos ante la supervivencia de la víctima conduce, en muchos casos, a consecuencias injustas. Por ejemplo, en el caso del reclamo de los padres por el daño que les genera la grave discapacidad que sufre su hijo en razón del hecho ilícito.<sup>(59)</sup>

Es por ello que los tribunales han recurrido, principalmente en los últimos tiempos, a declarar inconstitucional el art. 1078 a fin de admitir el reclamo

(57) Cabe recordar que, en el Código Civil vigente, el sistema en la órbita contractual es diametralmente distinto, pues podrá reclamar el daño moral que le fue ocasionado todo aquel que revista el carácter de acreedor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 522 CC, y más allá de que revista el carácter de damnificado directo o indirecto (CNCiv, Sala A, "S., D. J. y otro c/ Sanatorio Mitre y otros s/ Daños y Perjuicios", de 11/05/2012).

(58) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *op. cit.*, p. 252.

(59) ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 460 y ss.; PIZARRO, RAMÓN D., *op. cit.*, p. 244 y ss.

por daño moral de determinados familiares de la víctima, con sustento en los principios de reparación integral y de igualdad. Entre ellos, se ha admitido por esta vía la acción entablada: por la hermana de una víctima de violación seguida de muerte;<sup>(60)</sup> por el padrastro y los hermanos;<sup>(61)</sup> por la concubina;<sup>(62)</sup> por el progenitor en caso de supervivencia de la víctima;<sup>(63)</sup> por la madre y los hermanos en el caso de abuso sexual contra una menor;<sup>(64)</sup> por la novia de la víctima de un accidente de tránsito;<sup>(65)</sup> por los hermanos de la víctima de un accidente en la ruta;<sup>(66)</sup> por los padres de un menor que padece incapacidad absoluta;<sup>(67)</sup> etc.

Ante este panorama, el art. 1741 del Proyecto de reforma, luego de consagrar la legitimación del damnificado directo para reclamar el menoscabo extrapatrimonial sufrido, se refiere expresamente a la procedencia de la acción promovida por los damnificados indirectos que allí se enumeran, tanto en caso de muerte de la víctima o de gran discapacidad de ella. Ello importa una ampliación de la legitimación activa, ya desde un primer momento, en los casos que hemos enumerado anteriormente, en los cuales la incapacidad sufrida por la víctima en razón del hecho ilícito revista la suficiente gravedad como para proceder a indemnizar a aquellos que, muchas veces, cargan con el cuidado del damnificado directo. Es el supuesto, por ejemplo, del último caso que citamos en el párrafo anterior, en el cual

(60) CNCiv, Sala F, "G., M. A. c/ Club Gimnasia y Esgrima s/ incidente civil", 11/06/2012, en RCyS, 2012-IX, p. 133.

(61) CNCiv, Sala J, "Soria, María Ester y otros c/ Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios", 12/04/2012.

(62) CNApel. del Trabajo, Sala V, "Umaña Navarro, Carmen c/ M y G Construcciones S.R.L.", 15/02/2012, en DT, 2012 (abril), p. 958.

(63) CNCiv, Sala M, "Ríos, Claudia Marcela c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. s/ Daños y Perjuicios", 05/10/2011, en RCyS, 2012, p. 146.

(64) Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, "A.M.A. c/ F.N.R.", 10/03/2011, en RCyS, 2011-VI, p. 49.

(65) CNCiv, Sala K, "Botti, Adela Elena y otros c/ Aguilar, Marcos Javier y otro", 23/10/2009, en RCyS, 2010-V.

(66) CNCiv, Sala F, "Contrereas Mamani, Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros", 24/08/2009.

(67) CNCiv, Sala L, "Estopiñan, Carmen Rosa y otro c/ Kolacias S.A.", 06/05/2008, en RCyS, 2008, p. 1078; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro", 16/07/2007, en RCyS, 2007, p. 854.

la víctima sufre una incapacidad absoluta. Se trata del *leading case* fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el cual, a raíz de una deficiencia en la máquina anestésica, el menor se encontraba en estado vegetativo, con una total desconexión con el medio que lo circunda, y con una dependencia absoluta del cuidado de sus padres, lo que llevó al tribunal citado a declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del ordenamiento civil vigente.<sup>(68)</sup>

Ahora bien, es susceptible de interpretación cuál es el alcance del término “gran discapacidad” utilizado en el artículo. Entendemos que dicha previsión deberá interpretarse a la luz de la afectación que dicha lesión a la integridad física de la víctima ocasione en los damnificados indirectos, y el grado de certeza que ostente el menoscabo padecido por los familiares, lo cual queda supeditado, en última instancia, al prudente arbitrio judicial.

Por otra parte, la disposición en comentario, a diferencia del vigente art. 1078, enumera expresamente a los ascendientes, descendientes y cónyuge de la víctima, consagrando de esta forma la doctrina sentada por la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario “Ruiz”,<sup>(69)</sup> y sellando todo debate en cuanto a que los herederos forzosos legitimados para reclamar el daño moral no son únicamente los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio, sino todos aquellos que ostenten el carácter de tales.

Luego, el art. 1741 se refiere a quienes convivían con la víctima al momento de producirse el hecho ilícito, recibiendo trato familiar ostensible. En virtud de ello, culmina el debate en cuanto a la procedencia del reclamo por daño extrapatrimonial promovido —por ejemplo— por la concubina, que, si bien ha sido admitido en algunos precedentes por la vía de la inconstitucionalidad del art. 1078 del cuerpo legal vigente,<sup>(70)</sup> ha sido denegado por la jurisprudencia en muchos otros casos.<sup>(71)</sup> También que-

(68) Ver precedente citado en la nota 64.

(69) CNCiv, en pleno, “Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P.”, 28/02/1994, en *Revista Jurídica La Ley*, 1994-B, p. 484.

(70) Ver precedente citado en la nota 65.

(71) CNCiv, Sala E, “Sandua, Clara Alicia c/ Celani, Camilo y otros”, 09/08/2012; CNCiv, Sala J, “Martínez Mosquera, Germán y otro c/ Ciudad de Buenos Aires”, 20/09/2004, en *Revista Jurídica La Ley*, 26/01/2005, p. 4; CNCiv, Sala G, “S., E. y otro c/ Malaguero, Francisco y otros”, 01/03/2000; en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-D, p. 818; CNFed. Civil y Comercial,

dan comprendidos, siempre que convivan con la víctima, los hermanos del damnificado directo, el padraastro y la madrastra, tíos, primos, etc.

El art. 1741 en comentario, también en su primer párrafo, enuncia que los damnificados indirectos podrán reclamar el perjuicio moral "(...)" según las circunstancias (...)" . En nuestro criterio, dicha afirmación se refiere a la carga de probar el daño invocado por los accionantes, cuestión a la cual nos referiremos en el último apartado de este trabajo.

En su segundo párrafo, la norma en análisis establece expresamente que la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta en vida por éste. Es decir, los damnificados indirectos únicamente pueden accionar *iure proprio* por el perjuicio que padecieron a título personal, pero no se encuentran habilitados para reclamar *iure hereditatis* el menoscabo extrapatrimonial sufrido por la víctima, con la salvedad de los supuestos en que esta última haya accionado en vida. Es que, como lo señala Bustamante Alsina, no puede nacer un derecho en favor de un muerto, toda vez que éste deja de ser persona en el mismo momento en que se produce el daño.<sup>(72)</sup>

Finalmente, el art. 1741 *in fine* se refiere al carácter sustitutivo y compensatorio de la indemnización otorgada en concepto de resarcimiento del daño moral. Así, queda sellada la discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de menoscabo, consagrándose en el cuerpo del Código Civil en carácter netamente resarcitorio del perjuicio extrapatrimonial.<sup>(73)</sup>

## 5 | La prueba del daño en el Proyecto de reforma

El art. 1744 se refiere a la carga de la prueba del daño, y establece que el perjuicio: "(...) debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". De esta forma, y conforme a lo que disponen en la materia la mayoría de los

.....  
sala III, "S., M. F. y otro c/ Edenor S.A.", 31/08/1999, en RCyS, 2000, p. 579, entre muchos otros precedentes.

(72) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 569.

(73) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 101 y ss.; ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 199.

ordenamientos procesales —tanto nacional como provinciales (arts. 377 CPCCN; 375 CPCCBA; 377 CPCCS; 179 CPCCM)—, la prueba del daño pesa sobre el accionante, de forma tal que será él quien deberá acreditar que el perjuicio efectivamente se produjo, en virtud de ser éste el extremo fundamental de la norma que invoca. Es que el daño es, como ya lo hemos dicho, el elemento esencial constitutivo de la acción, y es por ello que su demostración le incumbe a la víctima.<sup>(74)</sup>

El damnificado, entonces, deberá demostrar, a su vez, los requisitos del daño resarcible, esto es, la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial, personal, subsistente, y que presenta un grado de certeza suficiente que amerita su resarcimiento.<sup>(75)</sup>

Sin embargo, la carga del actor de demostrar la existencia del perjuicio se encuentra disminuida por las diversas morigeraciones al principio general antes enunciado. En primer lugar, y como lo menciona el mismo artículo, las presunciones que el Código Civil expresamente prevé en la materia. En este aspecto, cobra especial relevancia el art. 1745 del Proyecto, que específicamente establece diversas presunciones de daño en caso de muerte de la víctima.

En efecto, ocurrido el deceso del damnificado directo, se presumirán los gastos necesarios para su asistencia y posterior funeral, encontrándose legitimado para repetir aquél que haya incurrido en dichas erogaciones, aunque fuera su carga hacerlo.

Asimismo, también se presumirán los gastos necesarios en concepto de alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos menores, hasta los 21 años de edad, con derecho alimentario, como así también los de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente.

De esta forma, la disposición citada en último término establece una presunción *iuris tantum* de daño, en estos casos, a partir del hecho lesivo. Es dable tener en cuenta que, como ocurre con las presunciones establecidas en el art. 1084 vigente, la presunción legal establecida no impide que

(74) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., p. 156; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 180.

(75) AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., "La prueba del daño moral", en *Revista de Derecho de Daños. La prueba del daño-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 157 y ss.



todo otro damnificado pueda también reclamar el resarcimiento del daño que le fue ocasionado, demostrando su existencia.<sup>(76)</sup>

La novedad que incorpora el art. 1745 es que, en su último apartado, presume: "(...) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos (...)". El Proyecto consagra, en la materia, una reiterada jurisprudencia nacional y provincial que considera procedente el resarcimiento de este tipo de menoscabo, cuando, como consecuencia del hecho ilícito, fallece el hijo de los accionantes.<sup>(77)</sup> Asimismo, no limita la legitimación a los padres del fallecido, sino que la extiende también a aquellos que tengan la guarda del menor.

Finalmente, debemos referirnos a la prueba del daño moral, cuestión que, como lo expusimos en la sección pertinente, hemos dejado para su análisis en este apartado. Al respecto, el art. 1741 establece que el daño moral será resarcible, para los damnificados indirectos, " (...) según las circunstancias (...)". Esta parte de la norma debe entenderse en el sentido de que deberá resarcirse siempre que el menoscabo se encuentre probado en la causa. Es que, siguiendo la regla enunciada por el art. 1744 del Proyecto, también el daño moral deberá ser probado por quien reclama su reparación.<sup>(78)</sup>

Lo que sucede, y ahí radica la dificultad en la materia, es que difícilmente pueda aportarse prueba directa sobre la producción del daño, y se deberá recurrir a su acreditación mediante presunciones judiciales u *hóminis*, ante la imposibilidad de mensurar el perjuicio extrapatrimonial en forma similar

(76) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 258.

(77) CSJN, "Schauman de Scaiola, Martha S. c/ Provincia de Santa Cruz", 06/07/1999, en RCyS, 2000, p. 478; CNCiv, Sala B, "N., d. M. S. C. y otro c/ Solidez S.R.L. y otros", 20/03/2009; CNCiv, Sala M., "Z., V. G. c/ Transporte Automotor La Plata S.A.", 30/12/2008; CNCom, Sala E, "Ferrovias S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de revisión", 04/06/2007; CNTrab, Sala VI, "Torrillo, Atilio Amadeo c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", 05/03/2008, en LL 2008-C, p. 330; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "S. B. E. c/ Salyco Ingeniería Hidrocinética S.A. y otra", 27/12/2006, en DT 2007 (marzo), p. 369; Trib. Colegiado de Responsabilidad Civil Extracontractual n° 1 de Santa Fe, "González, Carlos Narciso y otros c/ Empresa Provincial de Energía", 26/03/2007; Cám. 1a de Apel. en lo Civ., Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, "Urbietta, Rolando Augusto y otros c/ Dirección Provincial de Vialidad", 02/07/2008, en LL Gran Cuyo, 2008 (septiembre), p. 786; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, "Duarte Mario c/ Altamirano, Roberto y otro", 19/06/2008, en LLBA, 2008 (septiembre), p. 887; entre muchos otros precedentes.

(78) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 562; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 564; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Equitativa Valuación del daño no mensurable", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-A, p. 654.

con la dilucidación del menoscabo patrimonial. Por ello, para probar el daño moral en su existencia y entidad no será necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto.<sup>(79)</sup>

Asimismo, no será indispensable probar el dolor experimentado por el fallecimiento de un hijo por una lesión discapacitante a través de —por ejemplo— testigos que declaren sobre el padecimiento del damnificado después del hecho, o por una pericia psicológica. Será a partir de la acreditación del suceso, y del carácter de legitimado activo del actor, que podrá operar la prueba de indicios y presuncional, e inferirse la existencia del daño moral.<sup>(80)</sup> Y es aquí donde, especialmente, cobra relevancia lo previsto en el art. 1744 del Proyecto, en cuanto morigera la carga de la prueba del daño a cargo del damnificado en aquellos casos en que el menoscabo surja “(...) notorio de los propios hechos”, como ocurre cuando el daño moral se encuentra acreditado por las solas circunstancias y características del evento dañoso —*in re ipsa*—.

## 6 | Conclusión

Hemos intentado, a lo largo del presente trabajo, realizar una breve referencia a las principales características del daño resarcible en el Proyecto de reforma, el cual consagra las posturas adoptadas a lo largo de los años por la doctrina y la jurisprudencia, en los diversos aspectos vinculados con el perjuicio como elemento primordial de la responsabilidad civil.

No pretendemos, claro está, concluir el debate de estas cuestiones, cuyo análisis por parte de la doctrina, y aplicación por la jurisprudencia, requerirá un trabajo arduo de estudio del Proyecto, una vez sancionado el nuevo Código. Es que el debate de todas estas cuestiones, de las cuales lo aquí expuesto constituye una parte ínfima, no se encuentra agotado, sino que, por el contrario, recién comienza.

(79) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 247.

(80) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 564.