

**CAPÍTULO SEXTO**  
**LA ESTRUCTURA DEL ILÍCITO**  
**EL DAÑO**

**CONTENIDO:** 1. La variedad de los daños resarcibles.- 2. Nociones y principios.- 3. Daño, *damage*, *dommage*.- 4. Las reglas del resarcimiento.- 5. Las técnicas de cuantificación del daño.- 6. La valoración del daño a la persona.- 7. El daño a la persona más allá de las experiencias nacionales. Una perspectiva europea.- 8. El daño moral.- 9. El “daño puramente económico” y las problemáticas del *common law*.- 10. La reintegración en forma específica.

## **1. La variedad de los daños resarcibles.**

Es un lugar común, incluso en la bibliografía extranjera sobre el tema, que el discurso sobre la responsabilidad civil parta de una especie de reconocimiento de la impresionante cantidad de daños provocados por las actividades humanas en la sociedad moderna.

A menudo, la aproximación al tema es descriptiva y –tenemos que anotarlo– algo siniestra: en efecto, las estadísticas de los accidentes de trabajo, de los accidentes ocasionados por la circulación de los medios de transporte, de los más o menos graves accidentes domésticos, o de los episodios, cada vez más frecuentes, de contaminación hídrica, atmosférica y marina, cuando no de la circulación de segmentos o partidas de productos defectuosos, son impresionantes, sea por la vastedad de sus dimensiones, por la amplitud de las esferas sociales y de edad que afectan, y por la gravedad de las consecuencias (incluso de orden económico) que crean.

En tiempos no tan lejanos, algunos accidentes de dimensiones inusitadas, debidos a nubes radioactivas, producidas por el erróneo funcionamiento de centrales nucleares, por la ruptura de grandes represas, con el envenenamiento de fuentes de aprovisionamiento hídrico, debido a la descarga de desechos industriales, han hecho salir a escena la cuestión de los daños “masivos” (*mass torts*), de daños catastróficos, que no se podían ni concebir en otras épocas, ni apelando a la más viva imaginación. Ya hemos tenido oportunidad de hacer referencias a éstos al tratar algunas de las responsabilidades especiales.

En realidad, no sólo éste es el fenómeno de mayor significancia en los tiempos actuales: del hecho cuantitativo se ha pasado a un hecho *cualitativo*. Ha cambiado, y de manera bastante sensible, la propia concepción del daño, y, por lo tanto, de las técnicas de la responsabilidad civil.

Basta repasar las compilaciones de jurisprudencia de los últimos años para advertir cómo se han ampliado los ordinarios confines de este sector; para apreciar cómo situaciones y circunstancias que en otro momento habrían sido ignoradas o que no habrían podido considerarse, jamás, como elemento fundamental de un juicio de responsabilidad, han terminado cambiando, actualmente, el rostro tradicional de la responsabilidad civil, ya sea a través de orientaciones consolidadas, o bien, más a menudo, a través de modelos jurisprudenciales aislados, pero, en todo caso, innovadores.

Las más de las veces, no se trata de daños cruentos, de lesiones materiales, de destrucción física de valores, sino de lesiones de intereses nuevos, frente a los cuales, en la cambiante escala de valores, acreditada por la conciencia social, el juez no puede sino reaccionar con rigor y de manera minimizante.

De tal forma, se han multiplicado, no sólo ulteriormente, las ocasiones de daño: se han multiplicado los deberes de comportamiento, y se ha extendido, de modo inusitado, el alcance normativo de la cláusula normativa general de responsabilidad civil; se ha modificado la noción de culpa, y se ha hecho evanescente la relación entre responsabilidad y daño; el análisis del proceso causal se muestra también más elástico (y, por lo tanto, menos rígido).

Repensando ciertos tipos de daño, con la mentalidad imperante (es decir, con el cuadro de categorías imperante) sólo algunas décadas atrás, la relación entre las dos situaciones, la anterior y la actual, puede parecer sorprendente.

Considérese, tan sólo como ejemplo, el sector de los intereses de la persona y de la vida, por decirlo así, biológica: el daño sufrido por un cónyuge por la imposibilidad de consumir relaciones sexuales con el otro, debido a lesiones que le han sido procuradas por culpa del médico<sup>1</sup>; el daño derivado del rapto y de la desaparición de un recién nacido de la sala de un hospital<sup>2</sup>; el daño biológico sufrido por los parientes de la víctima fallecida<sup>3</sup>; el daño consistente en los sufrimientos psíquicos de la víctima por la postración de su cuerpo a causa de un

---

<sup>1</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6607 del 11 de noviembre de 1986, citada *retro*, cap. V, nota (258). También puede recordarse el supuesto del daño sufrido por el marido por la relación de adulterio establecida entre su criado y su mujer, que se ha considerado resarcible. La sentencia (Tribunale de Roma, 17 de septiembre de 1988, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 559, con comentario de PALETTO) considera que la mujer infiel responde sólo si su infidelidad provoca daños de naturaleza patrimonial; el criado responde como tercero que ha “inducido” al incumplimiento.

<sup>2</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6707 del 4 de agosto de 1987, citada *retro*, cap. V, nota (453).

<sup>3</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 24 de mayo de 1988, citada *retro*, cap. V, nota (112); Corte di Cassazione, sentencia n. 6938 del 20 de diciembre de 1988, en *Foro it. Rep.*, 1988, voz “*Responsabilità civile*”, n. 67.

accidente de tránsito<sup>4</sup>; el daño moral sufrido por los padres (no por la muerte, como es usual, sino) por la invalidez permanente del hijo menor de edad<sup>5</sup>; el daño a la serenidad de la vida familiar, ocasionado por las lesiones permanentes sufridas por una joven como consecuencia de un accidente de tránsito<sup>6</sup>; el daño moral sufrido por un recién nacido por la pérdida de la madre, fallecida al momento del alumbramiento<sup>7</sup>; el daño sufrido por el menor de edad, por haber sido alumbrado en graves condiciones físicas, a causa de la falta de control preventivo por parte del hospital; el daño sufrido por los padres, por no haber podido prevenir el nacimiento de un hijo no deseado.

Otras hipótesis se presentan en el sector de la vida de relación: el daño sufrido por la publicación de un aviso publicitario falso, relativo a la prestación de tratamientos “estéticos” por parte de un ciudadano extrañado y al margen del tema (daño imputado a la concesionaria de publicidad, *in solido* con la editorial)<sup>8</sup>; el daño ocasionado por la publicación de una noticia de crónica donde se señala como imputado a alguien que aún está sujeto a simples investigaciones<sup>9</sup>; la perturbación telefónica injuriosa; la secuencia cinematográfica donde se utiliza un apellido realmente existente<sup>10</sup>.

Otro tanto cabe decir del sector de las relaciones económicas: el daño ocasionado por un banco que emita informaciones falsas o inexactas en torno de la solvencia de un cliente<sup>11</sup>; el daño ocasionado por el producto, que implica la responsabilidad del *assembler* de partes componentes<sup>12</sup>; el daño sufrido por el cliente de un banco, en caso de un robo producido en la sede de éste<sup>13</sup>; el daño ocasionado a la industria productora de bolsas de plástico por una campaña publicitaria donde se exaltan los peligros de éstas para el medio ambiente<sup>14</sup>; el daño sufrido por el empleador, por el pago de las contribuciones de seguridad social durante el período de ausencia de su trabajador, a su vez damnificado por

---

<sup>4</sup> Tribunale de Cagliari, sentencia del 9 de enero de 1985, en *Rivista giuridica sarda*, 1987, p. 387.

<sup>5</sup> Tribunale de Treviso, sentencia del 13 de marzo de 1986, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 132.

<sup>6</sup> Tribunale de Milán, sentencia del 18 de febrero de 1988, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 454.

<sup>7</sup> Corte d'Appello de Génova, sentencia del 5 de marzo de 1988, en *Arch. civ.*, 1988, p. 1330.

<sup>8</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 18 de febrero de 1980, en *Dir. inf. inform.*, 1987, p. 597.

<sup>9</sup> Tribunale de Génova, sentencia del 24 de octubre de 1986, en *Dir. inf. inform.*, 1987, p. 239.

<sup>10</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 30 de octubre de 1985, en *Dir. inf. inform.*, 1987, p. 595.

<sup>11</sup> Corte d'Appello de Milán, sentencia del 14 de marzo de 1986, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, II, p. 627.

<sup>12</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 3816 del 9 de junio de 1986, en *Giur. it.*, 1987, I, 1, col. 1252.

<sup>13</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 1048 del 6 de septiembre de 1988, en *Foro it.*, 1988, I, col. 2849.

<sup>14</sup> Tribunale de Milán, sentencia del 30 de junio de 1986, en *Arch. civ.*, 1987, p. 47.

terceros<sup>15</sup>; el daño sufrido por un paciente, a causa de una transfusión realizada con plasma que contenía el virus de la hepatitis-B<sup>16</sup>; el daño derivado a un cliente del estallido de una botella que contenía una bebida gaseosa<sup>17</sup>; el daño ocasionado por la actividad de impedimento de ingreso de trabajo, realizada por motivos no sindicales<sup>18</sup>; el daño sufrido por un cliente por la percepción de intereses bancarios cobrados por un político<sup>19</sup>; el daño sufrido por el inversionista en títulos que cotizan en bolsa, por la intervención (o por la no intervención) de la CONSOB; el daño sufrido por el participante de un concurso público de méritos, por el juicio, considerado ofensivo, expresado por la comisión examinadora, y tal de comportar responsabilidad de la Administración pública<sup>20</sup>; el daño sufrido por un congresista, por las declaraciones emitidas por uno de sus colegas, a pesar de que la Cámara respectiva había negado la autorización para proceder (penalmente) contra este último<sup>21</sup>.

¿Y qué decir del sector de las relaciones entre ciudadano y Estado, entre el ciudadano y los distintos dependientes de la Administración pública? Piénsese en el daño determinado por un notable retraso en el reconocimiento de una pensión de jubilación<sup>22</sup>; en el daño imputado a la Administración regional que ha proveído, materialmente, para la creación de una zona de protección y refugio para la fauna estable y migratoria, por las consecuencias recaídas en los propietarios vecinos<sup>23</sup>; en los daños imputados a la Administración pública como consecuencia de un accidente ocasionado por un agente de policía, fuera del servicio público<sup>24</sup>; en los daños provocados por la caída de un árbol en una capilla noble ubicada en un cementerio<sup>25</sup>; en los daños provocados por el comportamiento negligente de un funcionario judicial, y por sus omisiones<sup>26</sup>; los daños provocados a un inmueble por la falta de una oportuna adecuación de la red

---

<sup>15</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6132 del 12 de noviembre de 1988, citada *retro*, cap. V, nota (416).

<sup>16</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6241, en *Foro it.*, 1988, I, col. 144.

<sup>17</sup> Corte d'Appello de Roma, sentencia del 18 de octubre de 1986, en *Foro it.*, 1987, I, col. 1589.

<sup>18</sup> Corte d'Appello de Florencia, sentencia del 28 de julio de 1987, en *Arch. civ.*, 1988, p. 573.

<sup>19</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6132 del 14 de julio de 1987, en *Foro it.*, 1988, I, col. 1188, con comentario de CARUSO.

<sup>20</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 20 de marzo de 1987, en *Foro it.*, 1987, I, col. 2855.

<sup>21</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 19 de junio de 1985, en *Foro it.*, 1988, col. 588.

<sup>22</sup> Corte di Cassazione, sentencia del 3 de junio de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz "Responsabilità civile", n. 103.

<sup>23</sup> Corte d'Appello de Perugia, sentencia del 22 de septiembre de 1986, en *Arch. civ.*, 1987, p. 285.

<sup>24</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 13 de junio de 1986, en *Riv. giur. circ. trasp.*, 1987, p. 661.

<sup>25</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 526 del 21 de enero de 1987, en *Foro it.*, 1987, I, col. 786.

<sup>26</sup> Tribunale de Padua, sentencia del 28 de diciembre de 1987, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 472.

de canales de agua, por parte de una municipalidad<sup>27</sup>; los daños provocados a terrenos e infraestructura turística, derivados de una modificación de las corrientes marinas, creadas por la realización de barreras rompeolas para la protección de redes viales<sup>28</sup>; el daño sufrido por una persona arrestada, por las pesquisas que le fueron practicadas por la policía estatal<sup>29</sup>; los daños causados al techo de una iglesia, por causas naturales<sup>30</sup>; los daños morales sufridos por el Estado, por los hechos de corrupción realizados por algunos políticos que habían inducido a las autoridades a la adquisición de los aviones “C130 H Lockheed”<sup>31</sup>.

En todos los casos señalados –y se trata de figuras que no agotan el espectro de los supuestos de daño que, progresivamente, han sido objeto de atención por parte de los tribunales–, se nota con claridad cómo es que se ha dilatado la noción misma de daño, y cuál ha sido la presión ejercida por esta componente en la cláusula normativa general de responsabilidad civil.

Es correcto, por lo tanto, señalar los sectores en los cuales son más frecuentes los daños (circulación vial, difusión de productos defectuosos). Es incorrecto, en cambio, considerar que la evolución de la responsabilidad civil se ha debido sólo a las circunstancias que se presentan en aquellos sectores. Y es totalmente erróneo teorizar un declive de la responsabilidad civil por la intervención del legislador en tales sectores, a fin de introducir sistemas de resarcimiento automático del daño, o sistemas de seguro social, inclusive.

En la jurisprudencia, ha ganado crédito la tesis según la cual la función de la reparación del daño es reparatoria y no sancionatoria: esta última es absoluta sólo en casos excepcionales, establecidos por la ley, como, por ejemplo, la responsabilidad que deriva para el editor de los hechos imputables a los periodistas, en el sentido de la normativa sobre la prensa<sup>32</sup>.

## 2. Nociones y principios.

¿*Qué cosa se entiende por daño?* Desde el punto de vista formal, la construcción teórica de la noción de daño se ha visto afectada, en tiempos no tan lejanos, por una auténtica revolución. Han surgido dudas, o se ha abierto la crítica,

---

<sup>27</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 722 del 27 de enero de 1988, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 120.

<sup>28</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6635, del 6 de diciembre de 1988, en *Foro it.*, 1989, I, col. 76.

<sup>29</sup> Cassazione Penale, sentencia del 22 de septiembre de 1987, en *Riv. pen.*, 1988, p. 1021.

<sup>30</sup> Corte d’Appello de Roma, sentencia del 20 de diciembre de 1987, en *Giust. civ.*, 1988, I, p. 771.

<sup>31</sup> Tribunale de Roma, sentencia del 10 de junio de 1986, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 45.

<sup>32</sup> El artículo 12 de la Ley N.º 17 de 1948. Véase: Corte d’Appello de Milán, sentencia del 23 de diciembre de 1986, en *Dir. inf. inform.*, 1987, p. 585.

en torno de la noción ontológica de daño, sobre su noción jurídica, sobre la relación entre daño (elemento) y estructura del ilícito, sobre la relación entre daño y nexo de causalidad, sobre la amplitud del daño resarcible.

Para aclarar, *sic et simpliciter*, nuestra posición, desde un comienzo, se deben tener en cuenta las siguientes premisas:

a) La noción ontológica de daño que aquí se acredita es la defendida por aquella parte de la doctrina que desmaterializa y despatrimonializa el daño. Las razones de esta visión son varias, de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día, “daño” no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la *lesión de un interés protegido*, y se agota en esto. De dicha lesión pueden derivar, o no, consecuencias de carácter económico; ello depende del bien protegido (por ejemplo, la salud, el honor y, en general, los aspectos de la personalidad, no comportan, necesariamente, un menoscabo patrimonial, en caso de ser lesionados).

b) La noción jurídica de daño se configura en términos de daño injusto.

c) Así entendido, el daño es, necesariamente, un elemento del ilícito, porque el elemento, en cuanto tal, comporta la lesión de un interés protegido.

d) El daño debe estar causalmente vinculado con el comportamiento del agente o con la actividad del responsable, y se puede emplear el nexo causal para la selección de los daños resarcibles. Existen, empero, hipótesis normativas en las cuales la selección se produce según la *naturaleza* (por ejemplo, el daño moral), o la *modalidad* de manifestación del daño (por ejemplo, el lucro cesante).

Desde la perspectiva de la política del derecho, que aquí se defiende, inspirada en el principio de solidaridad social, se debe considerar que el daño tiene que ser resarcido en el mayor número de hipótesis (ligadas con el mayor número de intereses relevantes), en el monto correspondiente al menoscabo efectivamente sufrido por la víctima. Sin embargo, el resarcimiento también puede ser un instrumento sancionatorio y desincentivador, cuando no produzca consecuencias económicas consistentes.

En las normas del Código Civil se efectúa un uso uniforme de la expresión “daño” o “daños”; a veces, ellas se refieren al perjuicio, a las consecuencias dañosas, etc. La terminología invariablemente empleada indica que esta expresión invoca una noción unitaria: según el caso, la adjetivación especificará el origen del daño (contractual o extracontractual, por ejemplo), la naturaleza del daño (físico, psíquico, moral, económico), el bien afectado por el daño (la integridad física, la propiedad, la reputación, etc.), la dimensión del daño (grave, leve), su relación con el hecho generador (directo, indirecto, previsible, imprevisible). Como quiera que sea, la expresión “daño” alude a la *consecuencia* de un acaecimiento fortuito (accidente) de un hecho humano, o bien de un incumplimiento contractual.

Dicha consecuencia se encuentra íntimamente vinculada, entonces, con el comportamiento o con el ejercicio de una actividad, y con el interés lesionado. En

virtud de este nexo, es usual que se achate la noción de daño, y que se la pase a considerar como un simple apéndice del comportamiento, sin confrontarla con el interés (lesionado) ni con la lesión en sí misma. Sin embargo, siguiendo la concepción analítica del ilícito, el daño es un factor o un elemento totalmente distinto de la *iniuria* (entendida como lesión del interés), de la culpa y del dolo. Ello explica por qué es posible entenderlo como una consecuencia, sin necesidad de adjetivarlo, y construir y utilizar una noción unitaria e indiferenciada de daño.

En los sistemas como el *common law*, donde, por lo menos originariamente, rige el principio de la tipicidad del ilícito, no puede reconocerse una noción unitaria de daño, porque no existe una cláusula normativa general de responsabilidad civil. Allí lo que se necesita es especificar la *naturaleza* del daño. Esto sólo puede realizarse enlazando el daño con el interés lesionado. En un sistema basado en la tipicidad del ilícito, el daño se resarce sólo si es consecuencia de la lesión de un interés típico protegido.

Es de tal forma que se indica la distinción entre daños a la persona, daños a las cosas (o a la propiedad), daños económicos, daños morales, que, entre nosotros, sirve únicamente para aclarar el contexto en el cual se manifiesta el daño. En cambio, en el *common law*, esta distinción cumple una función mucho más relevante, en tanto constituye un criterio selectivo de los daños resarcibles.

En otras palabras, la operación conceptual y práctica que, entre nosotros, se concreta en el nivel del interés jurídicamente protegido (identificación del bien lesionado), en el *common law*, se desarrolla en un doble nivel: identificación de la hipótesis ilícita y calificación del daño ocasionado.

No hace muchos años, tuvo lugar un reexamen, en la doctrina, de las teorías que describen la actitud del jurista frente al daño<sup>33</sup>. Junto con la teoría que identifica el daño con la disminución del patrimonio de la víctima, que se remonta a la obra de Friedrich Mommsen, se ubica la teoría que indica en el daño la modificación de la realidad material, es decir, la supresión del bien sobre el cual ha incidido el evento (Ernst von Caemmerer), y, en fin, la idea del daño entendido como lesión del interés protegido (Stefano Rodotà).

Es esta última tesis, nos parece, la que sigue siendo más satisfactoria, justamente porque se pretende dar la noción más amplia del daño, comprehensiva, tanto de los aspectos patrimoniales económicamente relevantes, cuanto de los aspectos que no tienen un reflejo patrimonial inmediato.

El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias. Desde el punto de vista del derecho civil, no es necesario distinguir el evento de las consecuencias: de por sí, el evento podría parecer irrelevante, aunque sus consecuencias sean

---

<sup>33</sup> SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Nápoles, 1985, pp. 24 y ss.; y MONATERI, “*Risarcimento e danno presunto*”, en *Quadrimestre*, 1990, pp. 24 y ss. A decir verdad, la doctrina está más interesada en las técnicas resarcitorias y en la “cuantificación” del daño. Véase: MASTROPAOLO, en *La responsabilità civile*, al cuidado de ALPA y BESSONE, cit., vol. V, p. 81, y en el mismo volumen de la obra, BONILINI, pp. 377 y ss.

patrimonialmente gravosas; viceversa, el evento podría parecer relevante, pero no tener consecuencias<sup>34</sup>.

Por el contrario, se ha señalado como característica peculiar de nuestro ordenamiento, la distinción entre dos tipos de daño: patrimonial y no patrimonial. Esta distinción implica dos modelos de regulación diferenciados, y dos funciones diferenciadas: reparatoria, la primera, e incluso sancionatoria, la segunda<sup>35</sup>.

También se han puesto en discusión, por mérito de Adolfo Di Majo<sup>36</sup>, las funciones de la responsabilidad civil en relación con la protección resarcitoria, y, en particular, con el daño al patrimonio. En el común de los estudios, la descripción del daño prosigue con el análisis de sus aspectos fácticos.

### 3. Daño, *damage*, *dommage*.

La noción unitaria de daño que nos hemos acostumbrado a usar no tiene equivalentes en la experiencia del *common law* inglés y estadounidense. Ya nos hemos referido a estos ordenamientos en otra parte del volumen, al tratar el tema de los principios y de los *policy factors*. Pasemos a considerar, ahora, la entera problemática, desde otra óptica. Hagamos la prueba de recorrer, por meras vías internas, las características de la noción de *damage*, a fin de instituir un *réseau* de semejanzas y diferencias. La práctica judicial, la práctica arbitral, así como muchos textos normativos comunitarios europeos presuponen, en efecto, nociones y detalles internos a la “categoría” de daños que hunden sus raíces en la experiencia del *common law*.

Es en este punto donde se abre la discusión sobre la “naturaleza” del daño; una dimensión que acompaña, constantemente, al intérprete que pretende descifrar los fenómenos de la responsabilidad civil.

La premisa básica es que no existe una responsabilidad en sí, sino “una responsabilidad por algo”, es decir, por el daño (*harm*) causado. Por lo tanto, la responsabilidad depende del *tipo* de daño causado (“*nature of the damage*”)<sup>37</sup>.

El *common lawyer* tiende a razonar de manera distinta de la que es propia del *civil lawyer*, por lo menos en este sector; aquél explica la ausencia de una teoría general del daño, no efectuando deducciones de la ligazón entre daño y sistema atípico, sino subrayando que la calificación y la cuantificación del daño, ordinariamente, corresponden a tareas del “jurado” y no del juez, e involucran, por lo tanto, valoraciones de hechos y no de derecho. Se subraya, así mismo, que la noción de daño está vinculada con las funciones del *law of torts*: puede existir un *tort*, y, por ende, la violación de un interés protegido, sancionable, incluso si no existe daño. Se trata, en dicho caso, de los *torts* que son *actionable* de por sí,

---

<sup>34</sup> SALVI, *op. ult. cit.*, p. 52.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 175 y ss.

<sup>36</sup> DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>37</sup> Así lo expresa WEIR, *A Casebook on Tort*, cit., p. 4.

como el de *trespass to land*, el de *assault*, el de *false imprisonment*, el de *libel*, donde el actor no debe aportar la prueba del daño para obtener el resarcimiento. Aquí el daño corresponde a la lesión de un interés protegido<sup>38</sup>.

Es innegable que también entre nosotros –aunque no medie contacto ni una influencia recíproca entre los dos ordenamientos examinados– se ha acreditado, inicialmente de manera oculta, y luego de forma cada vez más evidente, la tendencia a la afirmación de la responsabilidad *por la sola lesión del interés*, sin que resulte necesario, para el demandante, la demostración del daño efectivo. Como es obvio, ello tiene lugar, no en todos los casos, sino, ciertamente, en las hipótesis del llamado “daño biológico”, o de daño a la salud, y de lesión de derechos de la personalidad.

Pero, en el *common law*, la lesión en sí da lugar a un resarcimiento nominal, porque el daño que provoca es *nominal*. Para obtener un resarcimiento sustancial, el demandante debe aportar la prueba de un daño específico (*special damage*, que comporta *substantial damages*).

¿Es, entonces, la estructura de los juicios relativos al daño, la que viene modificándose, con la identificación entre daño y lesión? ¿O acaso (como alguien ha planteado) es la propia noción de daño la que pierde sus características económico-patrimonialistas, para evaporarse en la de “perjuicio” (incluso moral o, en todo caso, no patrimonial)?

En los manuales ingleses se adoptan clasificaciones de los daños que difieren de las que nos son familiares.

Del todo original es la distinción entre *general damage* y *special damage*. El primer caso se presenta cuando el resarcimiento está previsto para la simple lesión en sí; el segundo (que es el más frecuente), tiene lugar cuando el demandante obtiene el resarcimiento y demuestra la existencia de un daño preciso, atendiendo a las circunstancias ocurridas. En el primer caso, rige una suerte de presunción, que debe ser desvirtuada por el demandado; en el segundo, opera el principio general de la carga de la prueba a cargo del damnificado.

Del todo extraña no es también la distinción entre *contemptuous* y *aggravated damages*. En el primer caso, el resarcimiento liquidado es tan exiguo que resulta “despectivo” para el demandante. Tal es la hipótesis en la cual el tribunal desapruueba el comportamiento del demandante, y lo demuestra, a veces sin reconocerle, ni siquiera, las costas judiciales. En el segundo caso, se liquidan los daños por un monto bastante considerable, normalmente superior a un resarcimiento ordinario, consiguiente a un daño de igual naturaleza. Ello se debe a diversas circunstancias: al comportamiento del demandado, a sus intenciones y a sus fundamentos. Este tipo de daño se suele confundir con los llamados *punitive damages*.

La adjetivación es bastante variada: se habla también de *indicative*, *retributive* y, sobre todo, de *exemplary damages*.

---

<sup>38</sup> DIAS y MARKESINIS, *Tort Law*, cit., p. 387.

En esta última hipótesis, estamos ante una categoría excepcional, porque la función de tales daños es sancionar al sujeto, e inducirlo a evitar, en el futuro, un análogo comportamiento dañoso. Por lo tanto, se trata de daños que no tienen naturaleza compensatoria. Justamente en tanto excepcionales, dichos daños, según una clasificación expuesta por lord Devlin en el caso *Rookes v. Barnard*<sup>39</sup>, se distinguen en tres grupos: a) abuso de poder por parte de dependientes públicos; b) ventaja obtenida por el daño, de modo premeditado y calculado; c) hipótesis previstas por las leyes especiales. Sin embargo, esta tripartición se encuentra en discusión<sup>40</sup>. Lo mismo ocurre con la función de los *punitive damages*, que se considera más apropiada para la represión penal de los delitos, y no para la sanción de los ilícitos civiles.

Recientemente, se ha comenzado a asistir a una agitada discusión entre los autores ingleses, en torno del mantenimiento de la categoría de los *exemplary damages*. Sea por sus confines inciertos, sea porque los fines perseguidos se pueden obtener a través de la aplicación de sanciones penales, sea porque se conserva una disparidad de tratamiento entre daño contractual (donde no se admiten los *exemplary damages*) y daño extracontractual (cuyo resarcimiento integral parece a muchos más que suficiente para portar satisfacción a la víctima), la doctrina de hace algunos años, en abierta oposición a la tradición de los precedentes, y a alguna opinión judicial (aun cuando aislada)<sup>41</sup>, se expresa en tono crítico contra la liquidación de los *exemplary damages*<sup>42</sup>.

En Estados Unidos, la categoría en mención goza, en cambio, de una opinión ampliamente favorable. Se discute, entonces (por parte de los autores ingleses), si no sería útil seguir, por lo menos, la línea interpretativa estadounidense, donde se aplican las reglas de la *restitution*, para impedir el enriquecimiento injusto a costa del dañador<sup>43</sup>.

En la terminología empleada por los juristas franceses se usan, indistintamente los términos *dommage* y *préjudice*. Lo que parece curioso, para nosotros, es más bien que otro sinónimo de este elemento del ilícito sea la *lesion d'un intérêt*. El *intérêt lésé* constituye una sola entidad con el daño cuya admisibilidad al resarcimiento se encuentre en discusión<sup>44</sup>. Sólo en los tratados de mayor envergadura se propone una cuidadosa distinción, la cual corresponde, en definitiva, a aquella que nos es familiar.

En los estudios de carácter manualístico, se distinguen dos tipos de intereses: uno de naturaleza económico-patrimonial; el otro de naturaleza moral.

---

<sup>39</sup> *Rookes v. Barnard* (1964), A. C. 1129.

<sup>40</sup> DIAS y MARKESINIS, *op. cit.*, p. 392.

<sup>41</sup> Véase la causa *Riches v. Group Newspapers* (1985), 2 *All England Reports*, 845, 850, citada por BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., p. 250.

<sup>42</sup> En relación con la discusión, véase BURROWS, *op. cit.*, p. 247, n. 20.

<sup>43</sup> Cfr. HARRIS, *Remedies in Contract and Tort*, cit., p. 185.

<sup>44</sup> Sobre este punto véase, por ejemplo, VINEY, *La responsabilité: conditions*, cit., p. 307.

En ausencia de reglas codificadas precisas, la jurisprudencia francesa ha construido un haz de criterios de referencia. Todo perjuicio, descrito en términos de lucro cesante o de daño emergente, que lesione el patrimonio, es considerado resarcible: tal es el caso de la pérdida de un bien o de su deterioro. No se distingue entre disminución de valor de uso y del valor venal<sup>45</sup>, la pérdida de ganancias o la exposición a gastos<sup>46</sup>, la imposibilidad de gozar de un derecho que tenga valor económico<sup>47</sup>.

Bastante detalladas, más que las resumidamente expuestas en los manuales, son las reglas que se prevén para el daño a la persona.

Particulares son también las reglas relativas al daño “por reflejo” (*par ricochet*)<sup>48</sup>.

El daño futuro o meramente eventual no es resarcido. Pero el confín entre el daño “virtual” (resarcible) y el daño “eventual” (no resarcible) es extremadamente lábil, y se refiere más al grado que a la naturaleza del daño<sup>49</sup>.

Particular atención es la que se presta a la pérdida de una *chance*. En nuestro ordenamiento, en cambio, y como es sabido, se considera que, por razones formales (el daño, causalmente, no es inmediato y directo), y por razones sustanciales (el daño es demasiado amplio y, por lo tanto, oneroso para el dañador), no es posible asegurar un resarcimiento al respecto<sup>50</sup>, salvo en casos excepcionales.

En Francia, por el contrario, aunque se trata de un sector bastante discutido y opinable, existe una propensión a la admisibilidad del resarcimiento.

Las reglas son éstas. Se resarce el daño cuando consiste en la pérdida de la ocasión esperada, o de una ventaja futura. Existen casos singulares<sup>51</sup>, pero los más frecuentes se refieren a la posibilidad de promoción o de afirmación profesional de la víctima. Son los casos en que el interesado no ha podido, a causa del daño recibido, participar en un concurso, o emprender una actividad remunerada, o iniciar una carrera rentable<sup>52</sup>, a causa del comportamiento del dañador. También

---

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, Cour de Cassation, Civil, sentencia del 28 de enero de 1975, en *Dalloz*, 1976, 221, con comentarios de AGOSTINI y LAMAGUE.

<sup>46</sup> Por ejemplo, los salarios pagados por el damnificado a sus propios operarios, para la restauración de una cosa: Cour de Cassation, Civil, sentencia del 23 de junio de 1976, en *J.C.P.*, 1976, IV; sentencia del 19 de noviembre de 1975, en *Dalloz*, 1976, p. 137, con comentario de LE TOURNEAU.

<sup>47</sup> Cour de Cassation, Civil, sentencia del 29 de octubre de 1979, en *J.C.P.*, 1980, IV, p. 15.

<sup>48</sup> Cfr. VINEY, *op. ult. cit.*, pp. 378-404.

<sup>49</sup> Cfr. LE TOURNEAU, en *J.C.P.*, 1970, 16, p. 456.

<sup>50</sup> Véase *retro*, cap. V, II, 5.

<sup>51</sup> VINEY, *op. ult. cit.*, p. 343.

<sup>52</sup> Véanse las referencias de VINEY, *op. ult. cit.*, p. 343.

puede recordarse la hipótesis de la pérdida de celebrar contratos ventajosos (ocasiones de compras o ventas a precios beneficiosos, etc.)<sup>53</sup>.

En cierta situación, no se trata de una pérdida de una esperanza, sino, incluso, de la pérdida de una ilusión (como ocurre cuando la contraparte confía en obtener una pingüe ganancia, por efecto de una falsa información que le ha sido transmitida, en el marco de las tratativas, por la parte dañadora)<sup>54</sup>.

En otros supuestos, se trata de la pérdida de una *chance* de evitar una desventaja: por ejemplo, la muerte del deudor que impide a sus familiares pagar regularmente las cuotas de un préstamo pactado.

El filtro de estas demandas de resarcimiento se compone de diversos criterios: la existencia efectiva de un daño, la personalidad del daño sufrido. Los ejemplos son numerosos<sup>55</sup>.

Además de “personal”, el daño también puede ser “colectivo”, es decir, puede afectar a un grupo (*dommage aux intérêts collectifs*).

Se trata de una reciente evolución de la materia, que encuentra su homólogo, en Italia, en la ya analizada discusión sobre la naturaleza resarcible del daño por lesión de intereses difusos, o en la naturaleza resarcible del daño “social”, que afecta a la sociedad, y, en general, a entes dotados de personalidad jurídica.

La facilidad con la cual –una vez determinada la existencia de un perjuicio individual– se concede el resarcimiento a entes y grupos, encuentra su fundamento en la amplitud de la noción de persona jurídica en el derecho francés.

Así, se reconoce el daño sufrido por una comunidad de vecinos, de trabajadores, de copropietarios de inmuebles, de miembros de una categoría profesional, de un grupo de asociados o de “ciudadanos”,<sup>56</sup>.

En efecto, los propios comentaristas se preguntan si no sería útil distinguir, de las demás situaciones, los casos en los cuales el interés colectivo es defendido por un ente dotado de personalidad.

En la segunda categoría, se requiere que el daño reclamado sea de *tipo especial*, es decir, que difiera del daño que han sufrido, a título particular, los miembros del grupo, o que exista, efectivamente, un perjuicio personal.

En la primera categoría existen casos en los cuales el interés lesionado es objeto del fin estatutario del ente; por lo tanto, la demanda de resarcimiento

---

<sup>53</sup> VINEY, *op. ult. cit.*, p. 344.

<sup>54</sup> Cour de Cassation, Civil, sentencia del 16 de abril de 1975, en *Dalloz*, 1976, p. 514, con comentario de CHIREZ; T.G.I. Brest, sentencia del 5 de noviembre de 1974, en *Dalloz*, 1975, p. 295, con comentario de J. SCHMIDT.

<sup>55</sup> Cfr. VINEY, *op. ult. cit.*, pp. 347-350.

<sup>56</sup> VINEY, *op. ult. cit.*, p. 360.

individual es acogida sólo si no coincide con el (o no quita tutela al) interés colectivo.

Tal es el caso, por ejemplo, del daño sufrido por un copropietario, por la actividad que terceros desarrollen en perjuicio de las cosas que son comunes. La protección puede ser requerida por la “junta de copropietarios”, que está provista de personalidad jurídica, por la Ley del 10 de julio de 1965 (artículo 15), a menos que se presente un perjuicio a la propiedad individual exclusiva<sup>57</sup>.

También puede recordarse, en este punto, el caso de las asociaciones de categoría que defiende los intereses de sus afiliados (sindicatos, asociaciones de profesionales, órdenes profesionales, etc.), o el de la acción de responsabilidad promovida por la “junta de acreedores”<sup>58</sup>.

La jurisprudencia es menos sensible a las demandas de resarcimiento de las asociaciones comunes, y se mantiene indiferente frente a las presiones y críticas de la doctrina. Sin embargo, hay algunas innovaciones que se constatan también en este sector<sup>59</sup>.

No es objeto de acogida, en cambio, la acción promovida por asociaciones y grupos para la defensa de intereses diversos de los institucionales, como ocurre en relación con la defensa de intereses que revisten naturaleza pública<sup>60</sup>.

En la experiencia alemana, la disposición sobre el resarcimiento del daño está contenida en el libro II del BGB, sobre las relaciones de débito, en la sección (primera), dedicada al contenido de las relaciones de débito, en el título I, sobre la obligación de ejecutar una prestación. En este aspecto, el BGB sigue al *Code Napoléon*, y a los códigos de derivación francesa, donde el resarcimiento del daño está regulado de manera unitaria, sea para las relaciones contractuales, sea para las relaciones extracontractuales, de modo que las reglas no tienen por qué encontrarse en diversas partes de los textos. Además, las reglas empleadas son muy amplias y abstractas. Sin embargo, el BGB, a diferencia de los demás códigos de Europa continental, es más preciso, porque enuncia el criterio (si bien general y abstracto), según el cual, el daño tiene que ser resarcido (§§ 249, 841-852).

#### **4. Las reglas del resarcimiento.**

El principio constantemente observado en la jurisprudencia italiana es el de poner el patrimonio del damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado *si no hubiese mediado el evento lesivo*. Es necesario, por lo tanto, una

---

<sup>57</sup> T.G.I. París, sentencia del 3 de marzo de 1980, en *Dalloz*, 1980, I.R. (*Informations rapides*), con observaciones de LARROUMET, y también en *J.C.P.*, 1976, I, p. 2812.

<sup>58</sup> Cour de Cassation, Civil, sentencia del 2 de enero de 1976, en *Dalloz*, 1976, p. 280, con comentario de GHESTIN, y en *J.C.P.*, 1976, I, p. 2786.

<sup>59</sup> Cour de Cassation, Civil, sentencia del 27 de mayo de 1976, en *Dalloz*, 1976, p. 318, con comentario de VINEY.

<sup>60</sup> Cfr. VINEY, *La responsabilité: conditions*, cit., p. 376.

pérdida sufrida efectiva<sup>61</sup>. En materia contractual, a veces se aplica el mismo principio; en otras ocasiones se aplica la regla que atribuye al acreedor el beneficio obtenible con el cumplimiento.

Ejemplo del primer caso es aquella corriente que considera el daño de modo unitario. Se afirma que el resarcimiento del daño tiene la *función de reintegrar* el patrimonio del afectado, en las condiciones anteriores a la consumación del ilícito, constituido, en materia contractual, por el incumplimiento o por el retraso en el cumplimiento. Dicha finalidad se consigue mediante la atribución de un equivalente pecuniario, que debe comprender también el perjuicio mediato, siempre que éste constituya el efecto normal del incumplimiento o del retraso, es decir, siempre que se incluya entre las consecuencias ordinarias de aquel ilícito, según el criterio de la llamada “regularidad causal”. La determinación en orden a la existencia de tales características jurídicas del daño compete al juez de primera instancia, y escapa del control en casación, si está apoyado en fundamentos congruentes y libres de vicios lógico-jurídicos<sup>62</sup>.

De igual manera, se precisa que el monto resarcitorio no debe ser un mero paliativo: la liquidación del daño no patrimonial, por escapar de una precisa evaluación analítica, queda confiada a apreciaciones discrecionales y equitativas de los jueces de primera y segunda instancia, los cuales, al realizar la cuantificación correspondiente, deben tomar en cuenta los efectivos sufrimientos padecidos por el afectado, la gravedad del ilícito, la relevancia penal de éste, y todos los elementos peculiares de la hipótesis concreta, de modo tal que la suma reconocida resulte adecuada al particular caso específico, y se evite que ella represente un simulacro de resarcimiento<sup>63</sup>.

Como es obvio, el resarcimiento debe comprender también la revaluación de la suma a ser liquidada. Ello ocurre en caso de hecho ilícito extracontractual. La revaluación de la suma a liquidarse a título de resarcimiento de daños, y los intereses aplicables a la suma revaluada, cumplen funciones distintas. La primera, en efecto, apunta a restablecer la situación patrimonial del damnificado, a como era antes del hecho ilícito generador del daño, y a poner al damnificado en las condiciones en las que se habría encontrado si el evento dañoso no se hubiese verificado. Los segundos, en cambio, tienen naturaleza compensatoria, y son, por consiguiente, jurídicamente compatibles; es por ello que, sobre la suma resultante de la revaluación se deben computar los intereses a partir de la fecha en que se produjo el evento dañoso<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 7389 del 3 de octubre de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 85.

<sup>62</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 6325 del 18 de julio de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 86.

<sup>63</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 9430 del 18 de diciembre de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 184.

<sup>64</sup> Corte di Cassazione, sentenza n. 5287 del 16 de junio de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 266.

En realidad, la atribución de los intereses constituye, de acuerdo con el artículo 2056 del Código Civil, un elemento de la propia reintegración, asociado con el desvarío temporal entre la producción de la lesión y la obtención del equivalente pecuniario de ésta, y analógicamente inspirado en la regulación del daño por mora. Por lo tanto, puesto que la reintegración mediante equivalente pecuniario se realiza atendiendo a la época de la lesión (sin perjuicio de la revaluación monetaria), ella comporta los intereses sobre la suma liquidada por el resarcimiento, computables a partir de la fecha en que se produjo el hecho dañoso<sup>65</sup>.

El otro principio vigente en materia contractual, que reconoce al acreedor el derecho a obtener cuanto habría querido si el contrato se hubiese cumplido, es idéntico –si se aprecia bien– al precedente, sólo que está formulado en modo positiva. En modo negativo, al acreedor se garantiza el reembolso de lo que habría obtenido si el incumplimiento no se hubiese producido.

Fue en tal sentido que se decidió un caso de incumplimiento de contrato de transporte. El resarcimiento del daño derivado de la pérdida de cosas transportadas debe considerarse como deuda de valor, y tiene la función de restablecer el equilibrio económico alterado por el incumplimiento del transportista, y de poner al acreedor en la misma situación patrimonial en la que se habría encontrado si no se hubiese producido el incumplimiento. Por consiguiente, el crédito respectivo escapa del principio recogido en el artículo 1277 del Código Civil<sup>NT</sup>, y está sujeto a revaluación monetaria, con liquidación de los intereses legales sobre la suma revaluada<sup>66</sup>.

La noción de daño se deduce, sobre todo, de la lesión de la propiedad. Acerca del daño a la persona, las opiniones están divididas, aunque los principios son análogos. Pero la simplificación de las circunstancias de hecho juega, a menudo, un papel que contamina el límpido cuadro de los criterios de referencia.

Pues bien, en la hipótesis de daño a la propiedad se indican estos criterios básicos:

a) El daño debe ser concreto, material, no presunto. Esto es así incluso cuando resulta imposible determinar el daño con precisión. La liquidación equitativa del daño presupone que éste, aunque no haya sido probado en su monto preciso, sea cierto en su existencia ontológica. Si dicha certeza no existe, el juez

---

<sup>65</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 1636 del 14 de febrero de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 267.

<sup>NT</sup> Código Civil italiano:

“1277. *Deuda de suma de dinero*. Las deudas pecuniarias se extinguen con moneda de curso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal.

Si la suma debida estaba determinada en una moneda que ya no tiene curso legal al tiempo del pago, éste debe realizarse en moneda legal, igualada en valor a la primera”.

<sup>66</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 7116, en *Riv. giur. circ. trasp.*, 1988, p. 112.

debe abstenerse de proceder a una valorización equitativa, y se tiene que aplicar el principio *actore non probante, reus absolvitur*<sup>67</sup>.

b) Debe responder o a una pérdida de valor (disvalor) o a una ganancia no realizada.

c) No puede comportar un enriquecimiento del damnificado.

d) Puede comportar, empero, también el resarcimiento de las molestias sufridas por el propietario.

e) No debe consistir en la cesación o disminución de una actividad realizada contra disposiciones legales<sup>68</sup>.

Sobre la base de estos principios, se ha decidido que no es resarcible el daño causado por inmisiones intolerables, constituido por la depreciación del inmueble objeto de tales inmisiones, si no resulta probada la existencia de un daño material o de una ganancia no realizada. Además, no se puede configurar como permanente el daño que deriva de la disminución patrimonial del inmueble cuando se condena al responsable de las inmisiones ilegítimas al restablecimiento del uso y disfrute normales del bien<sup>69</sup>.

Es de señalar, igualmente, una sentencia donde se señala que la afectación o limitación del derecho de propiedad, causadas por hecho dañoso ajeno, se consideran susceptibles de valorización económica, no sólo si de ellas derivan pérdidas de los frutos de la cosa (el llamado lucro cesante) o la necesidad de un gasto para el restablecimiento (el llamado daño emergente), sino también en caso de que la afectación y limitación del uso y disfrute sean soportadas por el titular con molestias o sacrificio personales, ya sea por una elección libre entre esta solución y los remedios de un restablecimiento inmediato que comportarían la restitución de los gastos, o bien porque se ve constreñido a ello, por imposibilidad o dificultad para soportar el desembolso necesario. En orden a la existencia y cuantificación de dicho daño, recae en el propietario la carga de la prueba correspondiente, que se puede satisfacer incluso mediante presunciones simples; pero el juez también puede recurrir a los parámetros del llamado “daño figurativo”, si se trata de una casa-habitación, o al del valor de arrendamiento de la parte del inmueble de cuyo uso y disfrute ha sido privado el propietario. Este principio ha sido aplicado en un supuesto de infiltración de agua, proveniente de grietas formadas, imputables a graves defectos de construcción<sup>70</sup>.

El lucro cesante, apreciado con elasticidad, debe ser resarcido, no sólo en caso de absoluta certeza, sino también cuando, sobre la base de la proyección de

---

<sup>67</sup> Pretore de Catania, sentencia del 7 de octubre de 1987, en *Assicurazioni*, 1988, II, 2, p. 49.

<sup>68</sup> Tribunale de Belluno, sentencia del 4 de octubre de 1985, en *Rassegna giuridica dell'Enel*, 1987, p. 406; Corte di Cassazione, sentencia n. 4927 del 1 de enero de 1986.

<sup>69</sup> Corte d'Appello de Milán, sentencia del 6 de noviembre de 1987, en *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 201.

<sup>70</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 4779 del 27 de julio de 1988, *Foro it. Rep.*, 1988, voz “*Danni civili*”, n. 153.

situaciones ya existentes, se pueda considerar que el daño se producirá en el futuro, según una razonable y fundada previsión<sup>71</sup>.

Hay que rechazar, sin embargo, los automatismos. El daño a la persona, por ejemplo, no puede ser calculado atendiendo a los ingresos de la víctima, porque lo que se necesita es una efectiva incidencia negativa<sup>72</sup>.

En todo caso, el proceso lógico con el cual el juez arriba a la liquidación equitativa puede ser controlado en sede casatoria, porque en la adopción de tal decisión se tienen que explicar las razones por las que no se ha podido tener en cuenta pruebas específicas. De la misma manera, en caso de daño de monto incierto, el juez debe encargarse de justificar la no adopción de la liquidación equitativa. En la jurisprudencia se lee, en relación con la valorización de daños que, por su propia naturaleza, muestran la imposibilidad práctica de una demostración precisa –como los daños que derivan de la pérdida de las ganancias de una actividad comercial de resultados inciertos y cambiantes (en el caso concreto, la exhibición de una película cinematográfica)–, que el no ejercicio, por parte del juez, de su poder de estimación equitativa, conferido por el artículo 1226 del Código Civil<sup>NT</sup>, debe apoyarse, no en simples enunciados comunes, sino en argumentos lógicos y exhaustivos, que expliquen por qué, en la situación planteada, el damnificado tiene la necesidad de proveer a la demostración indicada<sup>73</sup>.

Procediendo así, se evita también que el damnificado pueda conseguir un *enriquecimiento injusto*. Esto se aprecia, por ejemplo, en el caso del resarcimiento del daño a los parientes por la muerte de la víctima, cuando ellos obtienen, justamente luego del deceso, un tratamiento económico superior al que habrían gozado si la víctima hubiese quedado con vida<sup>74</sup>. Esta tendencia no es unívoca. Se ha observado, en efecto, que cuando como consecuencia de un hecho lesivo ajeno (en este caso, la muerte del marido) surge, para la viuda, el derecho a una pensión,

---

<sup>71</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 333 del 16 de enero de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 137.

<sup>72</sup> Tribunale de Bologna, sentencia del 11 de julio de 1986, en *Arch. civ.*, 1987, p. 501.

<sup>NT</sup> Código Civil italiano:

“1226. *Valorización equitativa del daño*.- Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, será liquidado por el juez con valorización equitativa”.

Esta norma ha sido copiada, de manera imperfecta, en el Código Civil peruano: “Art. 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. Como se aprecia, el legislador italiano refiere la prueba, correctamente, al “daño”, y no al “resarcimiento”, que es, más bien, el resultado de la apreciación judicial.

<sup>73</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 132 del 13 de enero de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 166.

<sup>74</sup> Tribunale de Massa, sentencia del 20 de agosto de 1985, en *Diritto e pratica tributaria*, 1986, p. 159.

no sería aplicable la (llamada) *compensatio lucri cum damno*, porque la pensión no tiene su título en el accidente producido<sup>75</sup>.

De igual manera, cuando el daño consiste en una lesión personal, de la cual deriva, para el damnificado, una pensión de invalidez permanente, a cargo del INPS, el importe respectivo, capitalizado, no puede ser restado del monto del daño, porque el hecho dañoso no constituye el título jurídico, sino solamente la condición para la atribución de tal pensión<sup>76</sup>.

Pero el mismo principio impide al trabajador percibir la completa reparación del daño si, en el período distante entre el acaecimiento lesivo y la vuelta a la actividad laboral, él ha seguido recibiendo, de todas maneras, su retribución. Esta circunstancia excluye, como regla, que se haya producido una alteración perjudicial en el patrimonio del afectado, a menos que su ausencia forzada del centro de trabajo haya comportado la pérdida de particulares ventajas económicas, dependientes de la efectiva prestación laboral<sup>77</sup>.

La jurisprudencia de primera y segunda instancia es bastante precisa al respecto, porque se preocupa por el esfuerzo físico necesario de la víctima, en el período de rehabilitación y en la etapa posterior, para retomar sus ocupaciones habituales. En caso de invalidez de un trabajador dependiente, que haya continuado recibiendo la totalidad de su estipendio o salario, y que haya proseguido en su actividad laboral anterior, el daño patrimonial a resarcir se identifica en el lucro cesante, y se determina verificando la repercusión que la invalidez temporal o permanente ha tenido, en concreto, en la capacidad de trabajo y de obtener ingresos. Por lo tanto, no hay lugar a ningún resarcimiento de lucro cesante si no se prueba una reducción del ingreso, sin perjuicio de la pérdida comprobada de emolumentos suplementarios, o del perjuicio comprobado de la normal evolución de la carrera, o de la incidencia negativa comprobada en el segundo trabajo. Sólo en presencia de estas particulares hipótesis, cuya verificación queda en manos de los jueces, el lucro cesante por invalidez laboral se adiciona al daño a la salud. Empero, incluso en presencia de una continuidad de la relación laboral, que no incida en la capacidad de trabajo del damnificado, el mayor esfuerzo y la mayor gasto para mantener las prestaciones laborales en un nivel análogo al precedente al accidente, deben ser compensados, con el correctivo equitativo al resarcimiento del daño a la salud<sup>78</sup>.

De otra parte, respecto de los intereses, se ha precisado que a fin de evitar el enriquecimiento injusto, los intereses compensatorios sobre las sumas liquidadas a título de resarcimiento del daño por invalidez parcial permanente se computan

---

<sup>75</sup> Corte d'Appello de Cagliari, sentencia del 18 de septiembre de 1986, en *Rivista giuridica Sarda*, 1988, p. 36.

<sup>76</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 5464 del 10 de octubre de 1988, en *Foro it. Rep.*, 1988, voz "Danni civili", n. 156.

<sup>77</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 5480 del 8 de septiembre de 1986, en *Arch. circ. trasp.*, 1987, p. 393.

<sup>78</sup> Tribunale de Pisa, sentencia del 10 de febrero de 1986, en *Dir. prat. assic.*, 1987, p. 393.

desde el momento del cese de la invalidez temporal, liquidada separadamente, y no desde la fecha del evento dañoso. Cuando los jueces, en lugar de recurrir a la capitalización por tablas de los ingresos, para el daño futuro, hagan referencia a las pérdidas de ganancias acumuladas hasta la fecha de la sentencia –valorizándolas por cada año, a partir del cese de la invalidez temporal hasta la muerte de la víctima, producida en el curso del proceso–, los intereses se calculan en los períodos anuales en que tales pérdidas se han producido concretamente<sup>79</sup>.

También se ha precisado que el criterio de capitalización de la renta, que opera sobre la base de la presunta duración de la vida del damnificado (como resulta de los parámetros establecidos en el R.D. N.º 1403 de 1922, teniendo en cuenta, además, la diferencia entre vida física y vida laboral) debe ser objeto de un correctivo, cuando en el transcurso del proceso, dicho límite –calculado según la edad del damnificado al momento del evento dañoso– es superado, concretamente, por la supervivencia del sujeto al que se adeuda dicha renta. En tal caso, se deben efectuar dos liquidaciones: la primera, sobre la base del elemento concreto constituido por el período de vida del damnificado, proyectado hasta el momento de la sentencia, por tratarse de daño actual, y no futuro, determinable con exactitud; la segunda, en cambio, se realiza de modo conjetural, sobre la base de la presunta vida futura del damnificado, de la fecha de la sentencia en adelante<sup>80</sup>.

La Corte di Cassazione ha corregido la perspectiva anterior, y ha admitido que el principio según el cual no corresponde nada, a título de resarcimiento del daño, al trabajador dependiente, por su invalidez total o temporal, siempre que éste, durante el período respectivo, haya continuado percibiendo todo su estipendio o salario (sin perjuicio de la demostración de que, por efecto de tal invalidez, se ha producido la pérdida de emolumentos suplementarios, o se han generado perjuicios a la normal evolución de la carrera o de la relación laboral), no es aplicable, *sic et simpliciter*, en caso de una invalidez parcial permanente que, según el *id quod plerumque accidit*, permita presumir una influencia negativa en la percepción de compensaciones especiales por una prestación de trabajo más intensa que la normal, y/o en el ulterior desarrollo de la carrera, y/o en una posible jubilación anticipada, o en una posibilidad alternativa de trabajo. Por ello, en un caso de este tipo, se impone el deber del juez de determinar, a pesar de que el sujeto haya seguido percibiendo su retribución, si, y con qué límite, se ha derivado para éste un daño resarcible bajo la forma del lucro cesante<sup>81</sup>.

Sobre este último punto, hay una tendencia distinta, que se aprecia en la jurisprudencia que busca impedir el enriquecimiento. Aplicando el principio

---

<sup>79</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 4370 del 13 de mayo de 1987, en *Foro it. Rep.*, 1987, voz “*Danni civili*”, n. 270.

<sup>80</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6403 del 28 de noviembre de 1988, en *Foro it. Rep.*, 1988, n. 155.

<sup>81</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 6403 del 28 de noviembre de 1988, en *Foro it. Rep.*, 1988, n. 170. En el mismo sentido: Corte di Cassazione, sentencia n. 5465 del 10 de octubre de 1988.

recogido en el artículo 2058 del Código Civil –según el cual, el resarcimiento por equivalente, así como la suma correspondiente a los gastos realizados por el damnificado para la reintegración en forma específica, no pueden ser superiores al valor de la cosa dañada–, cuando los gastos realizados por el damnificado para la reparación de su vehículo dañado resulten superiores al valor efectivo de éste, no existe el derecho al reembolso íntegro de tales gastos<sup>82</sup>.

Pero el enriquecimiento tiene que ser consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito; en caso contrario, no se la puede tomar en cuenta. En la determinación del daño derivado de culpa extracontractual, como ocurre también respecto de la culpa contractual, el principio según el cual hay que tener presente la eventual ventaja que el hecho ilícito haya procurado al damnificado, para evitar que el resarcimiento se resuelva en un lucro indebido, es aplicable sólo cuando dicho lucro sea consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito, de modo que la ventaja y el daño se presenten como eventos contrapuestos de un mismo hecho, con idoneidad para determinar ambos. Por lo tanto, debe descartarse la *compensatio lucri cum damno* entre la ventaja derivada para el propietario de un predio, por la construcción de una vía pública contigua, y el daño sufrido, por el mismo propietario, por deterioros atribuibles, no ya a la obra pública en sí, sino al comportamiento ilícito de la Administración, que, en la ejecución respectiva, descuida realizar las intervenciones indispensables para evitar movimientos irregulares del terreno<sup>83</sup>.

No sólo hay que tomar en cuenta el enriquecimiento del damnificado, sino también el del dañador. Sintomático de esta regla fue el episodio relativo a la difamación de la familia del ex Presidente de la República, Giovanni Leone, por efecto de la publicación de un libro, escrito por Camilla Cederna. En lo tocante al problema que nos ocupa, se estableció que la liquidación del daño no patrimonial desarrolla, en el sistema vigente, una función resarcitoria; sin embargo, en la valoración equitativa se debe considerar todo elemento que amplifique el disvalor de la acción ilícita, y su consiguiente intensidad lesiva, como, por ejemplo, el hecho de que el autor del ilícito obtenga una ventaja patrimonial de su actividad, con mayor razón si el beneficio es grande (aplicando este criterio, la Corte d'Appello liquidó la suma en cien millones de liras<sup>NT</sup>, a cada una de las personas ofendidas)<sup>84</sup>.

En la cuantificación del daño por hecho ilícito, el juez debe considerar también, *de oficio*, la devaluación monetaria sobrevenida hasta la fecha de la sentencia de liquidación<sup>85</sup>. La razón es que la obligación de resarcir el daño,

---

<sup>82</sup> Tribunale de Asti, sentencia del 1 de febrero de 1988, en *Arch. circolaz.*, 1988, p. 750.

<sup>83</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 4267 del 27 de junio de 1986, en *Giur. it.*, 1987, I, 1, col. 1501.

<sup>NT</sup> Unos cincuenta mil dólares.

<sup>84</sup> Corte d'Appello de Milán, sentencia del 23 de diciembre de 1986, en *Dir. inf. inform.*, 1987, p. 585.

<sup>85</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 648 del 24 de enero de 1987, en *Arch. circ.*, 1987, p. 600.

derivada del hecho ilícito, debe asegurar la reintegración del damnificado a la situación existente al momento del hecho, y, por ello, tiene la naturaleza de deuda de valor. La consecuencia es que se debe tomar en cuenta, igualmente de oficio, y en grado de apelación, inclusive, la eventual devaluación que tuviera lugar durante el proceso, hasta el momento de la liquidación final, para lo cual se realiza una adecuación del *petitum* original, en la medida correspondiente<sup>86</sup>.

La situación no cambia si el damnificado ha procedido, por sí mismo, para eliminar las consecuencias dañosas. En dicho caso, la obligación resarcitoria del autor del daño no pierde su naturaleza de deuda de valor. Por lo tanto, para efectos de la reintegración del patrimonio del damnificado a la situación preexistente, las sumas que éste haya desembolsado son susceptibles de revaluación, según los cambios del poder adquisitivo de la moneda<sup>87</sup>.

Como es sabido, sin embargo, la devaluación se determina sobre la base de criterios “personalizados”. Por ello existe una notable diferencia entre lo que se liquida al consumidor y a una empresa, especialmente cuando ésta es renombrada. Citaremos, para su confrontación, dos *dicta*.

En caso de que los índices ISTAT sean superiores a la tasa legal de los intereses, no existe razón para considerar que el modesto consumidor, tardíamente satisfecho, haya sufrido, a parte del daño determinado según los índices ISTAT, y sin perjuicio de prueba diversa, un daño ulterior, en particular, un daño igual a los intereses legales. Por lo tanto, no se puede liquidar a su favor una suma que comprenda, en adición a la correspondiente al daño calculado de tal forma, la suma correspondiente al interés legal<sup>88</sup>.

Por el contrario, en materia de incumplimiento de obligaciones pecuniarias, la devaluación monetaria verificada durante la mora del deudor no justifica, de por sí, ningún resarcimiento automático (desde el punto de vista del daño emergente) que pueda ser efectuado con la revaluación de la suma adeudada. Empero, ella puede ser causa de mayores daños que los cubiertos con los intereses legales, motivo por el cual el deudor que pretenda obtener la reparación de esos mayores daños, en virtud del artículo 1224, 2º. párrafo, del Código Civil, tiene la carga de alegar y demostrar, sin ninguna limitación de medios de prueba, el perjuicio patrimonial sufrido. El juez encargado de analizar la demanda, a falta de otras pruebas específicas, puede utilizar, además de lo que resulte notorio en la experiencia común, presunciones fundadas en condiciones y calidades personales del acreedor, y en las modalidades de empleo coherentes con tales elementos, según los criterios de la normalidad y de la posibilidad, para deducir, de este complejo –e integrando, donde correspondiera, tales resultados, con el ejercicio de poderes equitativos–, cuáles habrían sido las mayores utilidades que, en el caso concreto, la suma oportunamente pagada hubiese podido crear para el acreedor

---

<sup>86</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 4895 del 30 de julio de 1986, en *Arch. circ.*, 1987, p. 399.

<sup>87</sup> Corte di Cassazione, sentencia n. 3209 del 28 de abril de 1988, en *Arch. civ.*, 1988, p. 1054.

<sup>88</sup> Tribunale de Génova, sentencia del 17 de septiembre de 1986, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 313.

mismo. En la hipótesis presentada, la empresa requería el simple resarcimiento del mayor daño, respecto de aquel cubierto por los intereses legales. Los magistrados consideraron que, tratándose de una empresa afirmada, que desarrollaba su actividad en el campo de las construcciones civiles, y, principalmente, en el campo de las obras públicas, el pedido del mayor daño, por devaluación monetaria, estaba justificado, sobre la base del notorio fenómeno inflacionista, y atendiendo a la actividad específica, la cual requería el empleo de grandes capitales, para cuya obtención era necesario afrontar las cargas de los intereses bancarios comerciales; además, la falta de disponibilidad oportuna de las sumas, hacía imperioso el recurso al crédito bancario, e imposibilitaba, por otro lado, las inversiones habituales<sup>89</sup>.

A menudo se recurre al hecho notorio, si la identidad del damnificado y sus estrategias de financiamiento no se pueden poner en duda. Por ejemplo, es un hecho notorio que el ENEL, para sus propias exigencias, recurre al financiamiento a través de la emisión de bonos. Por consiguiente, cabe considerar que la no disponibilidad de recursos financieros, determinada por la no restitución de una suma de dinero, es causa de la asunción de obligaciones para el pago de intereses sobre cuotas de bonos de un valor correspondiente. Este es el mayor daño, según el artículo 1224 del Código Civil, respecto del monto de los intereses legales<sup>90</sup>.

No siempre es necesario probar la existencia del daño. Existen hipótesis en las cuales el daño está *in re ipsa*, como ocurre con el daño “por inoperatividad” del vehículo, a consecuencia de un choque<sup>91</sup>.

¿Qué ocurre si los gastos realizados por el damnificado son superiores al valor de la pérdida sufrida? El dilema se ha resuelto, no en el sentido más racional, de la liquidación de la sola suma correspondiente a la pérdida, sino en el sentido de la *completa restauración*. Se ha precisado, en efecto, que el propietario de un automóvil de antigua fabricación, y, por lo tanto, de escaso valor comercial, dañado en un accidente de tránsito, atribuible a responsabilidad ajena, no está obligado a venderlo ni a adquirir otro, igualmente usado (pretendiendo del dañador, a título de resarcimiento, la diferencia de precio), sino que puede hacerlo reparar, y demandar el importe de la refacción<sup>92</sup>.

En otras palabras, el perjuicio anterior es clasificado como lucro cesante, y puede ser liquidado aun en ausencia de pruebas específicas.

La restauración completa puede obtenerse con la reintegración en forma específica; en caso contrario, se hace referencia al equivalente pecuniario.

---

<sup>89</sup> Collegio arbitrale, laudo del 18 de mayo de 1985, en *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1986, p. 800.

<sup>90</sup> Tribunale di Milán, sentencia del 13 de octubre de 1986, en *Rassegna giuridica dell'Enel*, 1987, p. 760.

<sup>91</sup> Pretore de Asís, sentencia del 17 de diciembre de 1986, en *Arch. civ.*, 1987, p. 799.

<sup>92</sup> Tribunale de Perugia, sentencia del 10 de febrero de 1987, en *Arch. civ.*, 1987, p. 794.

También en el caso de reparación material del vehículo, el control de la dimensión del resarcimiento se efectúa según el criterio de la razonabilidad, que equivale al valor de mercado.

Una sentencia milanesa precisaba, al respecto, que damnificado no puede hacer de cargo del responsable las consecuencias derivadas de la entrega incauta de su automóvil dañado a un taller que pretende, por la reparación, el pago de una cantidad bastante superior al valor de mercado del bien<sup>93</sup>.

## 5. Las técnicas de cuantificación del daño.

Se ha señalado que en la experiencia francesa, normalmente, no se distinguen los diversos efectos de la responsabilidad, subsiguientes a la lesión de intereses que acceden a una protección, más o menos fuerte, del ordenamiento. El interés es *protégé*, aunque no esté contenido bajo las formas del derecho subjetivo.

Se distinguen, en cambio, los tipos de daño, y las técnicas con las cuales se procede –cada una adaptada al tipo– a su liquidación.

También aquí el método se inspira, esencialmente, en principios prácticos. El método, entonces, es descriptivo de situaciones. Podemos citar algunos ejemplos. La cuantificación del daño derivado de una huelga ilícita se calcula considerando el valor de la jornada de trabajo perdida<sup>94</sup>. Para el daño derivado de la omisión de información (en los casos relativos a la responsabilidad que nosotros definiríamos como precontractual: por ejemplo, la no creación de un vínculo, por la nulidad de éste, o la apariencia de su creación), aunque los autores confiesan que en este sector reina cierta confusión, la Cour de Cassation se inclina a conceder la reparación integral, no sólo en relación con los gastos, sino también con el beneficio esperado, como si la relación contractual se hubiese constituido válidamente<sup>95</sup>. Aquí se percibe otra de las diferencias capitales entre el ordenamiento francés y el italiano<sup>96</sup>. El daño a la personalidad es equitativamente liquidado por el juez, teniendo en cuenta también las posibles utilidades económicas del derecho. En el supuesto del daño al medio ambiente, se hace referencia al costo de la reparación<sup>97</sup>. Y en la hipótesis de la competencia desleal,

---

<sup>93</sup> Tribunale de Milán, sentencia del 18 de septiembre de 1986, en *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 671.

<sup>94</sup> Cour de Cassation, Chambre Sociale, sentencia del 8 de diciembre de 1986, en *J.C.P.*, 1987, IV, 52.

<sup>95</sup> Cour de Cassation, Civil, sentencia del 4 de octubre de 1978, en *Bulletin civil*, 1978, I, n. 292, p. 227.

<sup>96</sup> Cfr. VINEY, *La responsabilité: conditions*, cit., p. 232; ID., *La responsabilité: effets*, en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de GHESTIN, París, 1988, p. 127.

<sup>97</sup> REMOND-GOUILLOU, “*Le prix de la nature*”, en *Dalloz*, 1982, Chron., p. 33.