

# LUCRO CESANTE Y DAÑO FUTURO

Por Luis Moisset de Espanés y Benjamín Moisés

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución histórica del lucro cesante. 3. Lucro cesante y daño emergente. 4. Lucro cesante y daño futuro. 5. Lucro cesante actual y lucro cesante futuro. 6. Lucro cesante e incapacidad sobreviniente. 7. Lucro cesante y pérdida de chance de lucro. 8. Cesación del daño y lucro cesante. 9. Estimación y valuación del lucro cesante. Determinación de la indemnización**

## .1 Introducción

Antes de adentrarnos en el estudio del lucro cesante y el daño futuro nos parece conveniente ubicarnos en el atlas jurídico del daño, y para ello debemos comenzar por definir la figura genérica para luego, por medio de un proceso de especificación, llegar a la definición de las figuras particulares que nos ocupan.

Fischer, en su ya clásica obra, distingue entre una noción vulgar y un concepto científico de daño, sin dejar de señalar cierta afinidad entre ellos. En términos vulgares, dice: “llámase *daño* a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre”. En el lenguaje científico, señala, si bien se parte de esta acepción usual, se incluyen en el concepto de *daño*: “todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroge el propio perjudicado”<sup>1</sup>. Por nuestra parte, compartiendo el criterio de Eduardo Zannoni, entendemos que daño, en sentido técnico-jurídico, es toda lesión a un interés personal, sea éste patrimonial o extrapatrimonial<sup>2</sup>.

---

1

FISCHER, HANS A., *Los daños civiles y su reparación*, p. 1, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, tr. por W. Roces.

<sup>2</sup> MOISÁ, BENJAMÍN - MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas*, LexisNexis Córdoba, abril de 2008, N° 4, p. 363; Normas Legales. Revista Jurídica del Perú, N° 87, mayo de 2008, p. 303 y sigtes., Lima, 2008; y [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). Cfr. ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, p. 6, § 5, Astrea, Buenos Aires, 1982.

La amplitud de la definición propuesta es justificada por el autor citado con el siguiente caso: “un menor, huérfano y desamparado, es recogido voluntariamente por un pariente que, a pesar de no estar obligado a prestarle alimentos (por ejemplo, un tío), lo cuida, sostiene y educa. Ocurre, de pronto, que este buen pariente muere víctima de un hecho ilícito del cual es responsable un tercero. A consecuencia de ello el menor pierde al único ser que lo alimentaba y educaba. ¿Podría reclamar al responsable el resarcimiento de los daños que la muerte de su pariente le ha provocado?

No puede decirse que menor de nuestro ejemplo tenía un derecho subjetivo para exigir alimentos de su pariente. Pero nadie dudará que ostentaba un auténtico interés, no reprobado por el derecho, para continuar recibéndolos. Y, lo que es más: puede razonablemente considerarse que, de no haber aquél muerto, los habría continuado recibiendo.

Definido el género, basta entonces con indicar las diferencias específicas para obtener los conceptos de las dos grandes especies en que se divide: daño patrimonial y daño extrapatrimonial. El primero, es toda lesión a un interés económico; el segundo, es toda lesión a un interés no económico. Pero, como bien lo señala Zannoni, lo expuesto no debe llevar a la conclusión, simplista, de que el daño extrapatrimonial es un menoscabo que se agota con la lesión a intereses no económicos, en tanto que el daño patrimonial es pura y exclusivamente lesión de intereses económicos; pues, hay supuestos en que el hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial, como la vida o la salud, y sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial (v. gr., lucro cesante por incapacidad para el trabajo o los gastos de curación y convalecencia a que alude el art. 1086 del Código Civil)<sup>3</sup>.

Ocurre que cuando se distingue entre *daño patrimonial* y *daño extrapatrimonial* el criterio de distinción no radica en el distinto carácter del *derecho* lesionado sino en el diverso *interés* que es presupuesto de ese derecho. Sólo así, la lesión a un derecho patrimonial puede dar lugar a un daño extrapatrimonial (v. gr., robo de una joya familiar y dolor por esa pérdida) y la lesión a un derecho extrapatrimonial puede dar lugar a un daño patrimonial (v. gr., lesiones psicofísicas y lucro cesante por incapacidad laboral)<sup>4</sup>.

A esta altura estamos en condiciones de afirmar que el daño para poder ser resarcido debe encuadrarse dentro de alguna de las dos grandes categorías descriptas, las cuales constituyen la *summa divisio* sobre la materia, pues, conforme a lo dicho, no cabe lógicamente a ese nivel un tercer género de daños<sup>5</sup>. Ahora bien, dentro de la categoría de los daños patrimoniales, siguiendo una antigua tradición escolástica, es usual en el derecho comparado distinguir entre el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*). Dentro del primer concepto, se comprenden las pérdidas o perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia del hecho dañoso; dentro del segundo, se comprenden las utilidades o ganancias no percibidas o que se dejarán de obtener o percibir con motivo del perjudicial acontecimiento<sup>6</sup>.

Desde ya anticipamos que no deben confundirse ni mezclarse la clasificación de *daño emergente* y *lucro cesante* con la de *daño presente* y *daño futuro*, puesto que, como más adelante veremos, responden a criterios diferentes de distinción. Así, tanto el daño emergente como el lucro cesante, según los casos, pueden ser presentes o futuros<sup>7</sup>.

---

Desde una perspectiva dogmática se ha dicho, tradicionalmente y por parte de la doctrina, que el daño resarcible es sólo la lesión o menoscabo de un derecho subjetivo o de un interés 'legítimo'. En otras palabras: no es 'daño' la frustración de otros intereses que, aun cuando puedan considerarse de algún modo 'expectativas' o 'chances', no constituyen derechos subjetivos de la víctima. Aplicando el rigor de este criterio dogmático, en el caso del menor que recién dábamos, no habría daño jurídicamente invocable contra el responsable de la muerte del pariente que alimentaba y educaba a aquél" (ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 9 y sigte.).

3

ZANNONI, EDUARDO A., *op. cit.*, p. 232 y s., § 76.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Cfr. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 503, La Ley, Buenos Aires, 2005.

<sup>6</sup> Cfr. Díez-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, p. 322 y sigtes., Civitas, Madrid, 2000.

<sup>7</sup> Cfr. DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 320 y

## .2 Evolución histórica del lucro cesante<sup>8</sup>

En sus orígenes la indemnización de daños se limitaba al valor objetivo de la cosa dañada, prescindiéndose en su cálculo de cualquier perjuicio que afectase la esfera subjetiva de la persona dañada y, por lo tanto, del lucro cesante (*lucrum cessans*).

Sin perjuicio de que la expresión técnica *lucrum cessans* aparece recién en la Edad Media, en el Derecho Romano la figura comienza a perfilarse, primero en el ámbito del incumplimiento obligacional y luego en el de los actos ilícitos, fundamentalmente en la *Lex Aquilia de damno* (año 286 a. C.)<sup>9</sup>, para alcanzar su pleno desarrollo en el llamado Derecho Común.

En el Derecho Romano Clásico sólo eran susceptibles de indemnización los daños que derivaban del suceso en forma abstracta y objetiva, aunque ya en esa época se puedan apreciar indicios de un acercamiento al criterio de reparación del interés dañado (*id quod interest*) y, por lo tanto, de aceptación del *lucrum cessans*.

Del análisis de distintos pasajes del Digesto resulta que, en principio, todos toman como punto de partida el hecho que el causante de un daño ha de indemnizar a la víctima, pero no mantienen uniformidad para determinar el alcance del daño a indemnizar. Así, se encuentran pasajes en los que se admite un reconocimiento de la indemnización de ganancias dejadas de obtener, frente a otros que la deniegan<sup>10</sup>.

---

sigtes., n° 39, Bosch, Barcelona, 1975, tr. Ángel Martínez Sarrión.

<sup>8</sup> Para todo este acápite, RODRIGO ALARCÓN, AZAHARA, *Evolución histórica de la figura del lucro cesante*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 7, p. 641 y sigtes., Universidade da Coruña, La Coruña, 2003.

<sup>9</sup> “La Ley Aquilia estableció que del hecho de haber causado un daño a otra persona surgía una *obligatio* entre ambas. Se configuró originariamente como una de las *legis acciones*. Posteriormente quedó incluida como un tipo de acción dentro del procedimiento formulario, mediante la que se concedía al perjudicado el valor máximo que pudiese tener la cosa dañada en un determinado lapso de tiempo. En caso de que discutiese la cuantía del bien, un árbitro fijaría su estimación, y se incluiría en ella no sólo el valor objetivo de la cosa dañada, sino también el lucro cesante” (RODRIGO ALARCÓN, AZAHARA, *op. et loc. cit.*, p. 650).

<sup>10</sup> Los siguientes pasajes del Digesto son bastante ilustrativos sobre la cuestión:

“Por lo tanto, si mataste al esclavo que bajo pena prometí entregar, la utilidad viene comprendida en este juicio” (“*Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium*”). PAULO, D. IX, II, 22, pr.

“Por esto escribe Neracio, que si hubiera sido muerto un esclavo instituido heredero, se comprende también la estimación de la herencia” (“*Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire*”). ULPIANO, D. IX, II, 23, pr.

“Si tuvo efecto la estipulación de que el principal ratificará el negocio, compete por tanto cuanto me importó, esto es, por tanto cuanto me falta, y cuanto pude lucrar” (“*Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*”). PAULO, D. XLVI, VIII, 13, pr.

“Si un esclavo substraído hubiere sido instituido heredero, el actor conseguirá con la acción de hurto también el precio de la herencia, si el esclavo hubiere fallecido antes de adirla por orden de su señor; lo mismo conseguirá también ejercitando la condición respecto al esclavo muerto” (“*Si servus surreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit; condicendo quoque mortuum idem consequetur*”). ULPIANO, D. XLVII, II, 52, § 28.

En la época Postclásica comienzan a limarse las diferencias entre una valoración general, que atendía a criterios objetivos determinados por el valor de la cosa, y las valoraciones individuales, que se servían de las circunstancias del acreedor concreto. Sin embargo, el cambio más relevante para el reconocimiento generalizado de la indemnización del lucro cesante llegará con el Derecho Justiniano, a partir del cual se indemnizarán todos los perjuicios que se hayan causado, con atención preferente a la valoración del interés.

En la Constitución *Quum pro eo*, dirigida por el Emperador Justiniano a Juan, Prefecto del Pretorio, se reconoce expresamente la reparabilidad del lucro cesante en los siguientes términos: “Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto al daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a éste determinaron los antiguos el interés” (“*Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt*”)<sup>11</sup>. Claramente se destaca en el texto transcrito, no ya la referencia genérica al término amplio *interés*, sino el preciso reconocimiento del *daño* y del *lucro* como componentes de la indemnización.

De este modo, Justiniano y los compiladores son quienes vienen a preparar el camino que conducirá a la generalización de las indemnizaciones por lucro cesante.

Como no podía ser de otra manera, la influencia del Cristianismo también se hizo sentir en el ámbito de la indemnización de daños, y si bien los intentos de represión de la usura no afectaron la indemnización del daño emergente, en cambio se rechazó la concesión de un lucro cesante como inmoral en los supuestos de deudas de dinero.

Finalmente, a semejanza de muchos otros casos, el desarrollo pleno de la figura del *lucrum cessans* es alcanzado en la Edad Media, en el llamado Derecho Común, principalmente por obra de los Glosadores<sup>12</sup>.

---

Pero, también en el Digesto se encuentran otros fragmentos que niegan que el lucro cesante sea susceptible de indemnización:

“Cuando hubiere consistido en el vendedor que no se entregue la cosa, se comprende en la estimación toda la utilidad del comprador, que consiste solamente en la misma cosa. Porque si, por ejemplo, pudo negociar con el vino y obtener lucro, esto no se ha de estimar...” (“*Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnia utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est...*”). PAULO, D. XIX, I, 22, § 3.

“Si se hiciera indemnización de lo debido por el dinero destinado a granos con sus intereses, no se hace la cuenta de una inmoderada e ilícita computación, esto es, no se hacen ganancias de las ganancias, ni aumento con los intereses de los intereses” (“*Si indemnitas debiti frumentariae pecunnae cum suis usuris fit, immodicae et illicitae computationis modus non adhibetur, id est, ne commodorum commoda et usurae usurarum incrementum faciant*”). ULPIANO, D. L, VIII, 2, § 5.

De los textos transcritos, bien podría afirmarse que en el Derecho Romano Clásico existió una tendencia mayoritaria hacia el reconocimiento de la reparabilidad de las ganancias frustradas, aunque no llegó a consagrarse un principio generalizado y uniforme sobre la materia.

<sup>11</sup> C. VII, XLVII, 1.

<sup>12</sup> Así: Accursio, intentó introducir con sus glosas la indemnización del lucro cesante como regla general; Bartolo, apoyándose en la distinción entre causa próxima y causa remota, distinguió el *lucrum contingens circa ipsam rem* del *lucrum ex ipsa rem*; Baldo, aceptando en principio la división efectuada por Bartolo, entendió que no deben ser indemnizados los daños remotos (cfr. RODRIGO

En suma, en la breve reseña histórica realizada, se observa una evolución que transita desde la *aestimatio rei* a la valoración del *id quod interest*, en la que termina por reconocerse ampliamente la reparabilidad del lucro cesante.

### **.3 Lucro cesante y daño emergente**

Hasta el Derecho Romano, entonces, se remonta la tradicional distinción entre el daño emergente (*lucrum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*) como elementos constitutivos del daño patrimonial. Corresponde ahora que nos ocupemos de delinear y delimitar conceptualmente ambas figuras, con algunas referencias al derecho comparado y a nuestro derecho positivo.

*Daño emergente* es el perjuicio efectivamente sufrido en el patrimonio de la víctima, sea por disminución del activo (destrucción, inutilización o desmejora de un bien) o por acrecentamiento del pasivo (gastos y deudas contraídas en razón del hecho antijurídico: incumplimiento obligacional o acto ilícito en sentido estricto). Incide sobre el patrimonio anterior al hecho perjudicial y su indemnización procura que el patrimonio presente *sea lo que era antes*<sup>13</sup>.

*Lucro cesante* es la ganancia de la que se ve privado el damnificado como consecuencia del incumplimiento obligacional o del acto ilícito. Impide el aumento del activo con el ingreso de determinados bienes o derechos que se habrían incorporado de no haber existido el hecho dañoso. Comprende toda ganancia legítima que la víctima hubiera obtenido de no mediar el acto perjudicial. Incide sobre el patrimonio futuro y su indemnización procura que el patrimonio presente *sea lo que hubiera sido*, de no haber sucedido el hecho causante del daño<sup>14</sup>.

#### *)a Derecho comparado*

En el derecho comparado, esta clara distinción entre daño emergente y lucro cesante se refleja en numerosos códigos: algunos, mencionan expresamente ambas categorías, aunque sin caracterizarlas (v. gr., Código Civil chileno, art. 1556)<sup>15</sup>; otros, sin mencionar sus clásicos nombres, dan las características de uno y otro tipo de daños (v. gr., art. 1106 del Código Civil español<sup>16</sup>; arts. 519 y 1069 del Código Civil

ALARCÓN, AZAHARA, *op. et loc. cit.*, p. 649).

<sup>13</sup> Cfr. AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos ilícitos*, t. IV, p. 94 y sigtes., n° 14, TEA, Buenos Aires, 1951.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Art. 1556. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

Esta norma ha sido reproducida por los Códigos Civiles de Colombia (art. 1613), Ecuador (art. 1546), Honduras (art. 1510), El Salvador (art. 1247).

<sup>16</sup> Art. 1106. “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Este artículo ha sido reproducido por el art. 1059 del Código Civil de Puerto Rico.

argentino)<sup>17</sup>.

Además de los códigos ya citados a título de ejemplo, no podemos dejar de referirnos: al francés, respecto del cual de una u otra forma son tributarios casi todos los códigos por haber sido el iniciador del movimiento codificador universal; al alemán (BGB), por su purismo técnico y exigente sistemática; y al italiano de 1942, por ser el pionero de las tendencias codificadoras modernas.

El art. 1149 del Código de Napoleón<sup>18</sup> establece el principio de que tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser comprendidos por la condena indemnizatoria en favor del acreedor; y si bien el problema está expresamente regulado en materia contractual, no se duda de que idéntico principio se encuentra contemplado, aunque menos explícitamente, en el art. 1382<sup>19</sup> para el ámbito extracontractual, al obligar al autor a reparar todo el daño que por su culpa ha causado<sup>20</sup>.

El § 252 del BGB dispone que: “El daño a ser indemnizado incluye también el lucro cesante. Como lucro cesante se entiende la pérdida de la ganancia que, según el curso normal de las cosas o las circunstancias especiales del caso, y atendiendo principalmente a las medidas y precauciones adoptadas, fuese de esperar con cierta probabilidad”<sup>21</sup>.

El art. 1223 del Código italiano de 1942, en disposición extensible a la esfera extracontractual por imperio del párrafo primero del art. 2056, manda que: “El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo, debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la ganancia frustrada, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa”<sup>22</sup>.

### )b Código Civil argentino

---

<sup>17</sup> Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al daño emergente y al lucro cesante*, RGLJ, 1975, p. 195 y ED 59-791; MOISSET DE ESPANÉS, LUIS - TINTI, GUILLERMO - CALDERÓN, MAXIMILIANO, *Daño emergente y lucro cesante*, en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) (Sección Doctrina).

<sup>18</sup> Art. 1149. “Los daños e intereses debidos al acreedor son, en general, de la pérdida que se le ha causado y de la ganancia de la que fue privado, salvo las excepciones y modificaciones siguientes”.

*Art. 1149. “Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après”.*

<sup>19</sup> Art. 1382. “Todo hecho cualquiera del hombre, que cause a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa se causó a repararlo”.

*Art. 1382. “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.*

<sup>20</sup> Cfr. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN - TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. III, v. I, p. 552, n° 2361, EJEA, Buenos Aires, 1963, tr. Luis Alcalá-Zamora y Castillo.

<sup>21</sup> § 252 *Entgangener Gewinn*. “Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden conté”.

<sup>22</sup> Art. 1223. *Risarcimento del danno*. “Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

Nuestro Código Civil contempla al lucro cesante –junto al daño emergente– como elemento constitutivo del daño patrimonial indemnizable en sus arts. 519 y 1069: el primero, en el ámbito del incumplimiento obligacional; el segundo, en el de los actos ilícitos en sentido estricto.

El art. 519 dice: “Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo”.

Bien observa Lisandro Segovia que ese artículo reconoce sus fuentes en el art. 1149 del Código Civil francés y en el art. 1015 del proyecto de Florencio García Goyena. También con acierto, señala que este artículo como los tres que le siguen en el Código se encuentran metodológicamente fuera de lugar, pues son el natural complemento de los arts. 506 a 512. Por lo demás, como lo hace notar el ilustre jurista correntino, hubiese respondido a una mejor técnica que la redacción de la norma no se circunscribiese en su última frase al supuesto de daños e intereses moratorios. Sin perjuicio de ello, está claro que si el artículo comprende los daños e intereses por la inejecución de la obligación a su debido tiempo, lógicamente y con mucha mayor razón, quedan comprendidos los derivados de la inejecución definitiva de la obligación<sup>23</sup>.

El art. 1069 establece que: “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras *pérdidas e intereses*”.

Esta norma es traducción casi literal del art. 829 del *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas y refleja, en el ámbito de los actos ilícitos, lo dispuesto por el art. 519 para el caso de incumplimiento obligacional<sup>24</sup>.

#### **.4 Lucro cesante y daño futuro<sup>25</sup>**

Como lo hemos anticipado, no debe identificarse el *lucro cesante* con el *daño futuro*, como tampoco el *daño emergente* con el *daño presente*, ya que se trata de categorías que responden a criterios clasificatorios distintos, de manera que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros.

Si tenemos en cuenta que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho que los ha causado, la lógica más elemental indica que toda causa precede a su efecto, por inmediato que este último sea, y por lo tanto todo daño siempre será posterior o futuro con relación al hecho generador.

Insistimos, pues, en que si nosotros procurásemos determinar la *actualidad* o *futuridad* del daño con relación al momento de la comisión del hecho generador, todos los daños serían posteriores, es decir, *futuros*. Pero no es éste el momento que tomamos como punto de referencia cuando efectuamos la clasificación de los daños en *actuales* y *futuros*.

#### *)a El tiempo físico y el tiempo jurídico*

<sup>23</sup> Cfr. SEGOVIA, LISANDRO, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, p. 130, texto y nota 1, Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881.

<sup>24</sup> *Ibidem*, t. I, p. 292.

<sup>25</sup> Sobre todo este acápite, puede verse MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Reflexiones... y MOISSET DE ESPANÉS, LUIS - TINTI, GUILLERMO - CALDERÓN, MAXIMILIANO, Daño emergente...*

Quizá sea conveniente recordar que en la dimensión temporal encontramos el pasado, el presente y el futuro. Pasado y futuro pueden imaginarse como *cantidades* de tiempo, susceptibles de medición; el presente, en cambio, no es más que un punto, en perpetuo movimiento, que va desplazándose a lo largo del hilo de nuestra vida, y transformando lo que hasta hace un instante era *futuro*, en un definitivo e irrecuperable pasado.

Si analizamos el tiempo físico, o tiempo material, el presente solamente puede ser un punto –como ya hemos dicho–, pero desde el punto de vista de las realidades jurídicas, que son distintas de las realidades físicas, encontramos dimensiones de *tiempo ideal*, que son diferentes a las realidades físicas del tiempo; así, por ejemplo, una conferencia, o la lectura de un fallo, que temporalmente tienen un *antes*, y un *después*, a partir del instante en que se iniciaron, hasta el momento en que finalizan, idealmente forman una unidad temporal única, como lo explica con singular agudeza López de Zavalía, en un excelente trabajo sobre irretroactividad de la ley<sup>26</sup>.

En esa dimensión jurídica del tiempo, que idealmente reúne varios momentos en uno solo, el presente puede exceder los límites del punto y adquirir cierta proyección temporal.

Ahora bien, cuando en el terreno de lo jurídico hablamos de *daños actuales*, nos estamos refiriendo a consecuencias que ya han sucedido, es decir que se encuentran en el pasado, con relación al momento que elegimos como punto de referencia; y los *daños futuros*, son aquellos efectos nocivos que todavía no se han concretado, aunque a veces sea forzoso que deban producirse. Resulta, pues, de singular importancia determinar con precisión cuál es el momento ideal que tomaremos jurídicamente como *presente*, es decir como punto separativo entre el pasado y el futuro.

#### *)b Momento que debe ser tomado como punto de referencia*

Por lo general la doctrina suele hablar de daños futuros con relación a aquellos que se van a producir, o pueden producirse, con posterioridad a la sentencia que pone fin al litigio<sup>27</sup>; y se dice que son daños actuales los que ya se habían producido con anterioridad a la demanda<sup>28</sup>.

Nosotros creemos que hay una cierta imprecisión en estas afirmaciones, y que “jurídicamente”, el momento presente es un complejo temporal más extenso que no se limita sólo a la sentencia ni a la demanda, sino que comprende al litigio en su totalidad, desde la demanda, hasta la decisión definitiva del juez o tribunal. Advertimos que toda esa actividad que requiere el litigio, cuya duración se prolonga en el tiempo y se proyecta a lo largo del período que comienza con la deducción de la pretensión ante la justicia, pasa a través de la actividad probatoria desarrollada en el pleito, y termina con la sentencia, debe conceptuarse idealmente como un instante único. El juez, en su sentencia deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades

<sup>26</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Irretroactividad de las leyes*, LA LEY, 135-1485.

<sup>27</sup> Orgaz nos dice que “el momento que se considera para esta distinción es el del fallo”, y cita en su apoyo a Fischer y De Cupis (ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, p. 21, nº 7, Lerner, Córdoba, 1992).

<sup>28</sup> Ver CAZEAUX, PEDRO N. - TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones*, t. I, p. 219, Ed. Platense, La Plata, 1969, quienes dicen: “Es el que ha producido ya todas sus consecuencias bien definidas y perfiladas al momento de reclamarse la indemnización”. Estos autores también citan a Fischer en apoyo de su postura.

desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único, con el momento de la sentencia.

La actualidad o futuridad del daño, pues, está referida al *presente del litigio*. Serán daños *actuales* los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda, brindarse la prueba y dictarse el fallo; y daños *futuros* los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito<sup>29</sup>.

## .5 Lucro cesante actual y lucro cesante futuro

Hemos dicho que el *lucro cesante* son las ganancias frustradas, pero ello no debe hacernos confundir esta categoría con la de los *daños futuros*, pues la pérdida de beneficios puede ya haberse concretado al momento de iniciarse el litigio.

Por ejemplo, una persona, víctima de un accidente, debe internarse en una clínica, y esto impide que desarrolle cualquier actividad durante algún tiempo; las ganancias que dejó de percibir, en razón de esa imposibilidad de hecho en que se encontraba de desempeñar su actividad laboral o profesional, deben clasificarse dentro del rubro *lucro cesante*.

Cuando la víctima, una vez restablecida, se reincorpore a su actividad y entable la demanda de indemnización, estará reclamando un lucro cesante *actual*, puesto que esos daños ya se habían producido con anterioridad al momento del litigio.

Por eso no puede hablarse, como lo hace Peirano Facio, de que haya una superposición entre *lucro cesante* y *daño futuro*<sup>30</sup>, pues tenemos lucros cesantes que son ya daños actuales.

Es verdad que con frecuencia encontramos *lucros cesantes* que representan un daño futuro y cierto; por ejemplo, al momento de deducirse la demanda y sustanciarse el litigio, puede ocurrir que en la víctima subsista una incapacidad laboral permanente, que se va a prolongar durante toda su vida y provocará –sin duda– un *lucro cesante* que no es actual, sino futuro, y deberá ser tenido en cuenta por el magistrado en la sentencia. Por supuesto que para que proceda la indemnización de este daño futuro, debe ser *cierto*, es decir existir la seguridad de que la consecuencia dañosa se va a producir, porque los daños meramente *eventuales* no son indemnizables.

Por eso, con mucho acierto, algunos códigos modernos, como el de Portugal de 1967, han previsto para hipótesis como ésta que la indemnización se pague en la forma de una renta vitalicia o temporaria, que va compensando los lucros cesantes a medida que se van convirtiendo en daño *actual*; y si las circunstancias cambiasen, sea

<sup>29</sup> Por ejemplo, el actor reclama en su demanda intereses y costas, que en ese instante todavía no se han producido, y que en la sentencia el juez condena a pagar, no como daños *futuros*, sino *actuales*, porque son concomitantes con el tiempo único del litigio. Por eso no aceptamos como punto límite ninguno de los dos extremos, ni la demanda, ni la sentencia, sino que tomamos todo el pleito en su conjunto como un *tiempo ideal* único.

<sup>30</sup> Dice Peirano Facio que: “todo daño futuro es lucro cesante, pero no todo lucro cesante es daño futuro, puesto que pueden existir lucros cesantes que sean anteriores a la instauración de la demanda o acción de responsabilidad” (PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*, p. 494, nota 105, La Ley, Buenos Aires, 2010).

Creemos que el autor citado incurre en un serio error, puesto que no todos los *daños futuros* entran forzosamente en la categoría de *lucros cesantes*, sino que pueden ser también *daños emergentes*, o sea pérdidas efectivas de bienes que ya se encontraban en el patrimonio de la víctima y que van a ser destruidos como consecuencia forzosa del hecho dañoso, pero esa consecuencia todavía no se ha producido en el momento actual.

porque se agrava la incapacidad de la víctima y por tanto aumenta el monto del lucro cesante o, por el contrario, se recuperan los perjuicios, lo que disminuye el daño, podrá pedirse la modificación de la sentencia<sup>31</sup>.

## .6 Lucro cesante e incapacidad sobreviniente

En la jurisprudencia es habitual el uso diferenciado de los rubros *lucro cesante e incapacidad* para individualizar distintos aspectos indemnizatorios vinculados con el daño patrimonial causado por lesión a la integridad psicofísica de las personas. El problema radica en determinar si se trata de capítulos distintos y que podrían ser indemnizados en forma independiente o si, por el contrario, las referidas nociones son alusivas a la misma especie de daño, lo que excluiría la posibilidad de una duplicidad resarcitoria<sup>32</sup>.

Sobre el punto, coincidimos con Matilde Zavala de González en que no hay una verdadera diferencia, esencial u ontológica, entre *lucro cesante e incapacidad sobreviniente* en lo que hace al daño en sí mismo: “*En ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante, sólo que en la primera hipótesis éste se conecta con la etapa terapéutica y hasta el momento del restablecimiento, y en la segunda se atiende a secuelas no corregibles sino luego de un mayor plazo (incapacidad transitoria) o bien no subsanables en modo alguno (incapacidad permanente)*”<sup>33</sup>.

Sin embargo, como bien lo señala la autora citada, está claro que desde un punto de vista conceptual, el *lucro cesante* es la *consecuencia* de la lesión, mientras que la *incapacidad sobreviniente* es la *situación lesiva*, cuya incidencia excede lo estrictamente patrimonial<sup>34</sup>.

## .7 Lucro cesante y pérdida de chance de lucro

---

<sup>31</sup> Art. 567° (Indemnización en renta)

“1. Atendiendo a la naturaleza continuada de los daños, puede el tribunal, a requerimiento del lesionado, dar la indemnización, en todo o en parte, en forma de renta vitalicia o temporaria, determinando las providencias necesarias para garantizar su pago.

2. Cuando sufran una alteración sensible las circunstancias en que se basó, sea el establecimiento de la renta, sea su monto o duración, sea la dispensa o imposición de garantías, a cualquiera de las partes le es permitido exigir la correspondiente modificación de la sentencia o acuerdo”.

*Art. 567° (Indemnização em renda)*

“1. Atendendo à natureza continuada dos danos, pode o tribunal, a requerimento do lesado, dar à indemnização, no todo ou em parte, a forma de renda vitalícia ou temporária, determinando as providências necessárias para garantir o seu pagamento.

2. Quando sofram alteração sensível as circunstâncias em que assentou, quer o estabelecimento da renda, quer o seu montante ou duração, quer a dispensa ou imposição de garantias, a qualquer das partes é permitido exigir a correspondente modificação da sentença ou acordo”.

<sup>32</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Daño a las personas. Integridad psicofísica*, t. 2a, p. 237, § 67, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

<sup>33</sup> Ídem, t. 2a, p. 248, § 71.

<sup>34</sup> Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit.*, t. 2a, p. 247, § 71, texto y nota 5.

La palabra *chance*, de origen francés e incorporada al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española a partir de su 22ª edición (2001), significa la “oportunidad o posibilidad de conseguir algo”<sup>35</sup>. Consecuentemente, la pérdida de una chance de lucro consiste en la frustración de la oportunidad de conseguir un beneficio económico. Cabe precisar que la pérdida de la oportunidad puede referirse también a beneficios extrapatrimoniales, como el caso de la pérdida de chances de matrimonio, la que también es indemnizable, pero eso es harina de otro costal.

Circunscribiéndonos a la pérdida de una chance de lucro, la diferencia con el lucro cesante en sentido estricto es nítida: mientras en el lucro cesante el objeto de la pérdida es la *ganancia* misma, en la frustración de la chance de lucro el objeto de la pérdida es la *oportunidad* de obtención de una ganancia o beneficio económico<sup>36</sup>. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que la pérdida de una chance de lucro no deja de ser un lucro cesante en sentido amplio.

No se discute ya que la frustración de una chance de lucro es indemnizable, siempre que la concreción de la posibilidad sea probable y no una mera ilusión. Ahora bien, a esta altura, nos parece importante precisar que para que el daño sea resarcible su causa siempre debe ser cierta, aunque sus efectos permitan una gradación de los daños según el mayor o menor grado de concreción de los mismos<sup>37</sup>. Así, podríamos decir que: 1º) el daño emergente exige efectividad; 2º) el lucro cesante, verosimilitud; y 3º) la pérdida de chance de lucro, probabilidad. El daño eventual, conjetural, hipotético o meramente posible, carente de una base objetiva y seria de probabilidad, en ningún caso es resarcible. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “Corresponde rechazar el reclamo correspondiente a la pérdida de chance si no existen constancias que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto”<sup>38</sup>.

## **.8 Cesación del daño y lucro cesante<sup>39</sup>**

Hemos dicho al inicio de este trabajo que daño es toda lesión a un interés personal y que, precisamente, esta circunstancia es la que permite que un mismo daño pueda proyectar sus efectos o consecuencias tanto al ámbito patrimonial como extrapatrimonial.

Esta distinción entre lesión y consecuencias es la que permite distinguir entre la *cesación del daño*, vinculada con la lesión, y la *reparación de los daños*, vinculada con las consecuencias, cuestiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia

---

<sup>35</sup> Lema “chance” en [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>36</sup> Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit.*, t. 2a, p. 253, § 72.

<sup>37</sup> El vocablo daño suele utilizarse para hacer referencia a dos cosas diferentes: hablamos de daño para aludir al hecho dañoso en sí, es decir, al hecho generador de las consecuencias perjudiciales; y hablamos de también de daño para referirnos al efecto nocivo de ese hecho.

En realidad, el daño, es solamente el efecto nocivo de un hecho, y el hecho dañoso, no es más que la causa generadora de ese efecto (MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Cesación del daño*, JA, 1999-VI, 981 y [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) –Sección Doctrina–).

<sup>38</sup> CSJN, 24/08/2006, “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, *Fallos*, 329:3403.

<sup>39</sup> Un desarrollo amplio sobre la cuestión puede verse en MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Cesación...*

suelen confundir y hasta superponer, refiriéndose exclusivamente a la reparación.

De acuerdo con ello, entendemos que existe *cesación del daño* cuando, sin entrar en la faz indemnizatoria, se suprime la *lesión* (causa inmediata del daño resarcible; la causa mediata es el acto ilícito en sentido amplio) que produce las *consecuencias* dañosas (efecto). Suprimida la lesión causa del daño, indudablemente pueden subsistir consecuencias dañosas (inmediatas o mediatas; las casuales luego de la reforma de la ley 17.711 en ningún caso son indemnizables) que deberán ser reparadas.

Lo dicho es particularmente patente en el art. 505 del Código Civil, en el cual, mientras sus dos primeros incisos se refieren a la cesación del daño, el tercero contempla la reparación de los daños.

Además de esta norma de carácter general, a lo largo del Código se encuentran varias otras en las que se separa la cesación del daño de su indemnización, y lo más importante es que, ante un evento dañoso, colocan en primer lugar la adopción de medidas que hagan cesar el daño, y luego su reparación, lo cual lógicamente responde a un principio elemental de economía y de prevención de mayores daños. Y esto tanto con respecto a las relaciones personales (v. gr.: arts. 590, 633, 634, 786, 788, 1071 bis, 1086, 1087, 1091, 1092, entre otros) como a las reales (v. gr.: arts. 2487, 2491, 2499, 2500, 2793, 2794, 2422 y sigtes., entre otros).

Un ejemplo bastará para la ilustrar la cuestión. Dentro del capítulo destinado a tratar de los delitos contra las personas, el art. 1086 del Código dispone: “Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento”.

La norma habla de *indemnización*, pero de indemnización para lograr el cese del efecto dañoso. En tal caso: si hay completo restablecimiento ha cesado el daño y no habrá proyección futura, porque no habrá disminución de ingresos; si no hay completo restablecimiento, habrá una proyección futura con consecuencias dañosas que deberán ser indemnizadas a título de lucro cesante.

Nítidamente se advierte la interrelación y dependencia del lucro cesante futuro con respecto a la cesación del daño. Por lo demás, la distinción entre cesación del daño y reparación del daño nos parece de suma trascendencia para priorizar en la actuación de la justicia la supresión de la primera para la disminución de la segunda, mediante la prevención y evitación de mayores perjuicios.

## **.9 Estimación y valuación del lucro cesante. Determinación de la indemnización**

La determinación de la indemnización por el daño causado supone dos operaciones: la *estimación del daño*, que no es otra cosa que la imputación de las consecuencias del hecho generador; y la *valuación del daño*, que consiste en justipreciar esas consecuencias.

### *)a Estimación del daño. Imputación de las consecuencias<sup>40</sup>*

---

<sup>40</sup> Para mayores desarrollos sobre la *imputación de las consecuencias* puede verse MOISÁ, BENJAMÍN, *La causalidad en la responsabilidad civil*, en *Responsabilidad civil (Homenaje al Prof. Dr. René A. Padilla)*, AA. VV. –Director LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ–, p. 115 y ss., La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2010. El artículo mantiene plena vigencia con las precisiones que indicamos a continuación.

Para dar solución al *problema de la pluralidad sucesiva de consecuencias*, conocido también como el problema del *regressus ad infinitum* causal, nuestro Código Civil toma del Código prusiano la *Teoría de la causa adecuada*<sup>41</sup> y la convierte en ley positiva en sus arts. 901 a 906, aun antes de su formulación dogmática por obra de von Kries en 1886. Así legisla la imputación de las consecuencias de los hechos jurídicos: 1) por un lado, *de un modo general*, en disposiciones aplicables a todos ellos (arts. 901 a 906), fuese cual fuere la fuente de la responsabilidad, esto es, se trate de un incumplimiento obligacional o de un acto ilícito en sentido estricto; y 2) por otro, *de un modo específico*, en preceptos especiales según se trate de obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero (art. 622) o de obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero (arts. 520 y 521). Obviamente, en este último caso, prevalecerán las disposiciones específicas sobre las generales, que únicamente regirán como ley supletoria en caso de silencio u oscuridad<sup>42</sup>.

Antes de ocuparnos particularmente de estas cuestiones, nos interesa destacar que el sistema de nuestro Código establece dos reglas fundamentales, que luego de las reformas introducidas por la ley 17.711 se han convertido en absolutas, es decir que actualmente no reconocen excepciones: 1) las únicas consecuencias imputables son las *previsibles*, o sea, las consecuencias inmediatas y las mediatas (arts. 903 y 904); y 2) nunca son imputables las consecuencias *imprevisibles*, esto es, las puramente casuales (art. 905)<sup>43</sup>.

### *)1 Imputación en el incumplimiento obligacional*

#### *Imputación en las obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero*

El incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, esto es, que tienen por objeto dar sumas de dinero, presenta ciertas particularidades que, justificado o no,

---

Derecho Civil (véase MOISÁ, BENJAMÍN, *Teoría general de la imputación en el Derecho Civil*, RCyS N° 12, 2012), el coautor de este capítulo citado estima que la terminología correcta sobre la materia debe ser: a) imputación física (*imputatio physica*), para la relación de causalidad entre el hecho antecedente y el daño consecuente; y b) imputación moral (*imputatio moralis*), para las atribuciones relativas a la conducta humana. Dentro de esta segunda categoría, debe designarse: a') imputación del hecho (*imputatio facti*), a la atribución del hecho a una persona a partir de su obrar voluntario; y b'') imputación del derecho (*imputatio iuris*), a la atribución de las consecuencias del hecho sobre la base de la culpabilidad en el obrar. Finalmente, la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*) es el procedimiento lógico-jurídico que permite, a partir de la imputación física y previa imputación del hecho, concluir en la imputación de las consecuencias previstas por la ley.

<sup>41</sup> La teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación: no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente (ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, p. 360 y sigte., § 11, 33, Civitas, Madrid, 1997, tr. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; cfr. DíEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, p. 340 y s., Civitas, Madrid, España, 2000).

La *Teoría de la causa adecuada*, en otras palabras, no es una teoría causal sino una *teoría de la imputación de las consecuencias*, en cuyo marco se interrelacionan la *imputación física* (causalidad) y la *imputación moral* (voluntariedad y previsibilidad), determinando en definitiva la extensión de la responsabilidad.

<sup>42</sup> Cfr. AGUIAR, HENOCH D., *op. cit.*, t. IV, p. 335 y ss., n° 55.

<sup>43</sup> Cfr. ORGAZ, ALFREDO, *op. cit.*, p. 55, n° 25.

ha llevado a que tradicionalmente se las someta a un régimen específico.

Así, mientras en el incumplimiento del resto de las obligaciones –de dar, hacer o no hacer–, en caso de imposibilidad de cumplimiento en especie de la prestación debida, ésta es reemplazada por una indemnización sustitutiva en dinero; en el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias no es posible tal reducción, pues su objeto, desde el origen, ya es dinero<sup>44</sup>.

Esto lleva a que en el incumplimiento de las obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero, a diferencia del de las restantes, rijan las siguientes reglas: a) el perjuicio no necesita ser probado, sino que se presume; y b) la indemnización consiste, en principio, exclusivamente en el pago de los intereses moratorios –convencionales o legales– (art. 622)<sup>45</sup>.

### *En caso de culpa*

En nuestro Código Civil, en principio, la extensión del resarcimiento a cargo del deudor moroso se limita al monto de los intereses convenidos o legales<sup>46</sup>. Así resulta corroborado por Vélez en la nota al citado art. 622, cuando dice: “el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso”.

Sin embargo, el principio enunciado no es absoluto, sino que reconoce ciertas excepciones: 1<sup>a</sup>) cuando ha mediado dolo en el incumplimiento; 2<sup>a</sup>) cuando las partes han estipulado una indemnización mayor; y 3<sup>a</sup>) cuando se prueba la existencia de un daño mayor<sup>47</sup>.

### *En caso de dolo*

A semejanza de lo ocurrido en la jurisprudencia y doctrina francesas con respecto a la interpretación del art. 1153 del Código de Napoleón, en nuestro país se han formado dos corrientes de opinión: unos –Bibili, por todos–, siguiendo a Pothier, no admiten un agravamiento de la responsabilidad en caso de dolo; otros –Lafaille, por todos–, en posición mayoritaria, entienden que es justo y razonable agravar la responsabilidad del deudor que ha obrado con dolo<sup>48</sup>. No dudamos en suscribir esta última posición, pero: ¿cuál es su fundamento normativo?

Los franceses para zanjar la cuestión, por ley de 7 de abril de 1900, debieron modificar el art. 1153 de su Código Civil, introduciendo el siguiente texto: “El acreedor a quien su deudor moroso hubiera causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de su retraso, podrá obtener el pago de daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito”<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. FREITAS, AUGUSTO TEIXEIRA DE, *Código Civil [Esboço]*, t. I, p. 356, nota a los arts. 935 y 936, García Santos - Roldán, Buenos Aires, Argentina, 1909, tr. al español.

<sup>45</sup> BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, t. IV, p. 294, n° 32, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1951.

<sup>46</sup> LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, p. 220, n° 917, Buenos Aires, Argentina, 1982.

<sup>47</sup> Cfr. BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, t. IV, p. 295 y sigtes., n° 32 y sigtes., Ediar, Buenos Aires, 1951.

<sup>48</sup> Ídem, p. 297 y sigte., n° 52 y sigtes.

<sup>49</sup> «Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de

En nuestro caso, la solución es más sencilla, pues, ante el silencio guardado por el art. 622 –a diferencia de su modelo francés–, no hay más que aplicar supletoriamente las normas generales sobre la materia (arts. 506, 507, 904 y 905).

### *Imputación en las obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero*

Luego de la reforma introducida por la ley 17.711, en nuestro Código civil: a) en caso de *culpa*, se imputan solamente las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520); y b) en caso de *dolo*, se imputan las consecuencias inmediatas y mediatas (art. 521).

### *)2 Imputación en los actos ilícitos*

Como lo hemos anticipado, no estando prevista en el régimen específico de los actos ilícitos la imputación de sus consecuencias, trátase de delitos o cuasidelitos, debe recurrirse al régimen general de imputación de las consecuencias de los hechos jurídicos establecido en los arts. 901 a 906 del Código Civil, en particular, a los arts. 903 a 905.

Después de la poco feliz sustitución del originario art. 906 por la ley 17.711, prácticamente, ya no existe diferencia entre el caso de dolo y el de culpa con respecto a la imputación de las consecuencias. Si se nos permite la sutileza, en el actual régimen: a) en caso de *culpa*, se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas –consideradas en *abstracto*, según la previsibilidad de un hombre medio– (arts. 903 y 904); y b) en caso de *dolo*, se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas –consideradas en *concreto*, según las miras que tuvo el autor al ejecutar el acto– (arts. 903 y 905, *in fine*).

La sustitución del texto originario del art. 906 por la ley 17.711 eliminó el único caso real –el del art. 905, *in fine*, es sólo aparente– de imputación de consecuencias casuales que contenía el Código Civil, solución que no compartimos. Por el contrario, en coincidencia con Ihering pensamos, que en caso de dolo el responsable debe responder hasta de las consecuencia casuales, pues como dice el gran jurista alemán: “El que a sabiendas e intencionalmente ha causado daño a otro, no puede sustraerse a una reparación completa: ha sabido y querido lo que ha hecho”<sup>50</sup>.

### *)b Valuación del daño. Determinación de la indemnización<sup>51</sup>*

#### *)1 Generalidades*

La certeza que debe revestir el lucro cesante, aun cuando sea relativa, impone la necesidad de probar el daño. Ahora bien, probado el perjuicio, corresponde su valuación, esto es, definir su entidad económica a fin de determinar la medida justa en que debe ser indemnizado<sup>52</sup>.

En el momento de sentenciar, los jueces deben examinar todas las

---

*la créance*» (traducción al español de *Legifrance*, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>50</sup> IHERING, RUDOLF VON, *De la faute en Droit privé*, en *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, p. 63, París, 1880, tr. O. De Meulenaere.

<sup>51</sup> Para un desarrollo amplio sobre la cuestión, en general, puede verse ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit.*, t. 2a, p. 419 y sigtes., § 127 y sigtes.

<sup>52</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit.*, t. 2a, p. 401, § 122.

consecuencias pasadas y futuras del daño, como soporte de la indemnización a otorgar. En el primer caso (daño pasado), la certeza exigida alcanzará su mayor grado, absoluta diríamos, pues el juicio versará sobre realidades prejudiciales ya consumadas. En cambio, en el segundo (daño futuro), por lo general, sólo se podrá lograr una certeza relativa, en grado de probabilidad o verosimilitud que generen convicción en el juez, tanto en el supuesto de daño emergente como, con mayor razón, en el de lucro cesante<sup>53</sup>.

En la valoración de la prueba, en especial con respecto al lucro cesante, el juez debe manejarse con un criterio realista sobre el principio de certeza del perjuicio: no debe condenarse a resarcir un daño inexistente, pero tampoco puede exigirse una certeza absoluta, sino que bastará con la convicción del juez formada sobre la base de las reglas de la sana crítica. Por lo demás, lo primero implicaría un enriquecimiento sin causa del damnificado; lo segundo, la exigencia de una certeza absoluta, dejaría sin indemnización a un gran número de víctimas con perjuicios ciertos, pero con dificultades para obtener una prueba concluyente<sup>54</sup>.

## *)2 Indemnización por incapacidad sobreviniente*

Dentro del sinnúmero de casos que pueden dar lugar a una indemnización por lucro cesante, adquiere particular interés el de la incapacidad sobreviniente, pues, salvo la hipótesis de gastos terapéuticos y conexos, la evaluación de las consecuencias patrimoniales por daños inferidos a la integridad psicofísica de las personas se resiente de vaguedad e incertidumbre<sup>55</sup>.

Acertadamente observa Matilde Zavala de González que, ante esa realidad y enfrentados sin opción al imperativo de dar solución al caso, los jueces se agrupan en dos corrientes aparentemente opuestas y frutos de la misma dificultad. Algunos, se limitan a la mera invocación de la equidad, ante la imposibilidad de seguir un camino que se presente como seguro y convincente. Otros, recurren a pautas matemáticas abstractas que por sí no siempre reflejan la realidad particular. Además de estas dos corrientes, cabe agregar aquellas que aplican un criterio mixto<sup>56</sup>.

### *Criterios cualitativos o no matemáticos*

Buena parte de la jurisprudencia se resiste a la aplicación de criterios matemáticos para la determinación de la indemnización por incapacidad sobreviniente<sup>57</sup>, aunque es una realidad no confesa que en muchos casos se aplican criterios matemáticos sin que queden plasmados en las sentencias como, por ejemplo, el del computo o renta lineal, atemperada por una reducción antojadiza que oscila entre un veinte y un treinta por ciento.

Se pone como excusa que los criterios matemáticos no responden a la realidad del caso concreto y, en consecuencia, con invocación de la justicia y la equidad, se decide discrecionalmente sobre la base de circunstancias como la gravedad de las lesiones, duración del período terapéutico y de la invalidación, el sexo y edad de

---

<sup>53</sup> Ídem, p. 402, § 123.

<sup>54</sup> Ídem, p. 266 y sigte., § 77.

<sup>55</sup> Ídem, p. 419, § 127.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Ídem, p. 421, § 128.

la víctima, la actividad que desarrollaba, su condición social y familiar, etcétera<sup>58</sup>.

### *Crítica*

En realidad, como lo hace notar Zavala de González, tras la invocación de la equidad o del prudente arbitrio judicial y la enunciación de circunstancias cualitativas que no explican de ningún modo el monto indemnizatorio fijado, se esconde la ausencia de cualquier criterio rector controlable: el juez decide la cuantía resarcitoria que le parece, sin más motivación que su intuición; abandona la sana crítica racional para reemplazarla por la libre convicción. Con ello los destinatarios de la justicia y la sociedad toda quedan sumidos en la más absoluta inseguridad y perplejidad ante los dispares montos indemnizatorios que se conceden en casos análogos<sup>59</sup>.

### *Criterios cuantitativos o matemáticos*

Puede ser que la resistencia al empleo de estos criterios o pautas, en parte, esté motivada por el temor a reducir la vida a las matemáticas y las soluciones indemnizatorias a rigorismos invariables<sup>60</sup>, pero nos parece que lo decisivo radica en las dificultades de quienes tenemos una formación esencialmente humanista para comprender y aplicar fórmulas propias de las ciencias exactas, a lo que se suma en muchos casos la falta de disposición para hacerlo.

Se han propuesto distintos criterios para el cálculo del lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: a) sobre la base de las necesidades de la víctima; b) renta periódica; c) cómputo lineal de las ganancias perdidas; d) renta neta; y e) renta capitalizada.

### *Crítica*

Así como la *flexibilidad* derivada del libre arbitrio judicial y de la carencia de toda pauta reguladora es reprochable, también la absoluta *rigidez* matemática es peligrosa en un problema esencialmente humano y que, como tal, presenta los matices y particularidades del caso concreto<sup>61</sup>.

### *Criterio mixto. Nuestra posición*

Consecuentemente, entonces, somos de la opinión de que un juez para fundar debidamente su sentencia debe, en primer término, seguir pautas matemáticas que le permitan explicar con cierto grado de objetividad el resultado indemnizatorio al que arriba, para luego, teniendo en consideración las circunstancias particulares, ajustar equitativamente dicho resultado al caso concreto<sup>62</sup>.

Desde esta perspectiva, rescatamos el sistema del *cómputo lineal de las ganancias perdidas* para la determinación de la indemnización del *lucro cesante pasado* y el de la *renta capitalizada* para el *lucro cesante futuro*. El primero consiste, simplemente, en la suma total de los ingresos frustrados en razón de la incapacidad, durante el lapso que esta se extienda. El segundo, en acordar un capital idóneo para

<sup>58</sup> Ídem, p. 420 y sigte., § 127.

<sup>59</sup> Ídem, p. 425 y sigte., § 128.

<sup>60</sup> Ídem, p. 426, § 129.

<sup>61</sup> Ídem, p. 429, § 129.

<sup>62</sup> Ídem, p. 431, § 130.

generar renta, la cual no se calcula solamente sobre la base de la productividad del capital, sino que éste mismo en algún momento debe considerarse como renta y consumirse en cuanto tal, de modo que la suma indemnizatoria se agote al cabo del lapso por el cual se acuerda el resarcimiento. Así se impide el enriquecimiento sin causa que producirían los sistemas de la renta neta o el del cómputo lineal de ganancias perdidas, en este último caso, para el cálculo del lucro cesante futuro<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> La fórmula matemática a aplicar es:  $C = a \cdot (1 - V^n) \cdot 1 / i$ , donde  $V^n = 1 / (1 + i)^n$ . Corresponde precisar que: "C" es el monto indemnizatorio a averiguar; "a" representa la disminución económica provocada por la muerte o incapacidad total en un período (13 meses, incluido aguinaldo); "n" es el número de períodos a resarcir, al cabo de los cuales debe producirse el agotamiento del capital; "i" representa la tasa anual de interés al que se coloca el capital; y "V<sup>n</sup>" es el valor actual (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *op. cit.*, t. 2a, p. 440 y sigtes., § 133 y sigtes.).