

**REFLEXIONES SOBRE EL "DAÑO ACTUAL" Y EL "DAÑO FUTURO",
CON RELACIÓN AL DAÑO EMERGENTE Y AL LUCRO CESANTE.**

por
Luis MOISSET DE ESPANÉS

R.G.L.J., LXX, 1975, p. 195; y E.D. 59-791

SUMARIO:

I. Introducción.

II. Conceptos de daño emergente y de lucro cesante.

III. Conceptos de daño actual y de daño futuro:

a) El tiempo físico y el tiempo jurídico;

b) Momento que debe ser tomado como punto de referencia.

IV. Lucro cesante actual y lucro cesante futuro.

V. Daño emergente actual y daño emergente futuro.

VI. Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

En una reciente obra de Responsabilidad por daños se lee la siguiente afirmación:

"Se suele denominar al daño actual con la expresión daño emergente oponiéndolo al daño futuro que estaría constituido por el lucro cesante; pérdida del provecho, utilidad, beneficio o ganancia"⁽¹⁾.

Si bien es cierto que el propio autor, a continuación, objeta esta terminología, diciendo que tanto una como otra expresión -"daño emergente" y "lucro cesante"- se refieren a daños patrimoniales en su acepción más corriente, y que el daño emergente puede no ser actual⁽²⁾, no nos suministra allí ninguna otra razón en apoyo de la objeción que formula a la superposición entre ambas categorías⁽³⁾.

Más adelante, al tratar con detenimiento del "daño futuro"⁽⁴⁾ nos expresa en una nota que "los conceptos de lucro cesante y daño futuro, si bien se relacionan, no coinciden totalmente"⁽⁵⁾, de donde surge que MOSSET ITURRASPE encuentra cierta vinculación entre el "lucro cesante" y el "daño futuro", y trae una cita de PEIRANO FACIO de 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"⁽⁶⁾.

Esta confusión entre ambas categorías nos ha impulsado a repensar el problema y tratar de ver si realmente pueden considerarse como sinónimas estas dos clasificaciones de los daños, o si son distintas; y en tal caso, cuáles son las bases o elementos de diferenciación.

Es quizás por eso más conveniente efectuar un distingo conceptual previo, procurando determinar qué es "daño emergente", qué es "lucro cesante", y cuándo se debe hablar de un "daño futuro", o de un "daño actual".

II.- CONCEPTOS DE DAÑO EMERGENTE Y DE LUCRO CESANTE

Esta clasificación de los daños es una de las más antigua, ya que nos viene desde el Derecho romano y se refleja en numerosos códigos, como el chileno, que las menciona expresamente en su art. 1556, aunque sin caracterizarlas⁽⁷⁾, o en disposiciones como el art. 1069 del Código civil argentino⁽⁸⁾, y el art. 1106 del Código civil español⁽⁹⁾, que sin mencionar sus clásicos nombres, dan perfectamente las características de uno y otro tipo de daños.

"Daño emergente", a nuestro entender, es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio.

El "lucro cesante", en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido, de no mediar el hecho dañoso.

Hay, pues, una clara distinción entre "daño emergente" y "lucro cesante", y la doctrina suele coincidir en señalar como notas diferenciales las que hemos destacado más arriba⁽¹⁰⁾. Las mismas notas han sido señaladas por nuestra jurisprudencia que ha afirmado, por ejemplo, que:

"El daño emergente comprende las pérdidas que el acreedor ha sufrido a consecuencia de la inejecución del contrato de transporte (gastos farmacéuticos, honorarios médicos, incapacidad física, etc.), en tanto que el *lucrum cessans* se refiere a las utilidades que dejó de percibir"⁽¹¹⁾.

III.- CONCEPTOS DE DAÑO ACTUAL Y DE DAÑO FUTURO

Si deseamos establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos.

Deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente.

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.

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 hermoso trabajo sobre irretroactividad de la ley⁽¹²⁾.

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⁽¹³⁾; y se dice que son daños actuales los que ya se habían producido con anterioridad a la demanda⁽¹⁴⁾.

Nosotros creemos que hay una cierta imprecisión en estas afirmaciones, y que "jurídicamente", el momento presente es un complejo temporal más extenso y 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 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⁽¹⁵⁾.

Lo importante en materia de daños futuros, es que sólo se admite la indemnización de aquellos que es indudable que sucederán⁽¹⁶⁾, y no se reparan los que son meramente eventuales o posibles⁽¹⁷⁾.

IV.- 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 los daños futuros, pues la pérdida de beneficios puede ya haberse concretado al iniciar 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, razón por la cual no ingresaron bienes que de otra manera se habrían incorporado a su patrimonio, 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 -citado en la nota mencionada más arriba- de que haya una superposición entre "lucro cesante" y "daño futuro", 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, que va compensando los lucros cesantes a medida que se van convirtiendo en daño "actual"⁽¹⁸⁾, y si las circunstancias cambiasen, sea porque se agrava la incapacidad de la víctima y por tanto aumenta el monto del lucro cesante o, por el contrario, se recuperan de los perjuicios, lo que disminuye el daño, podrá pedirse la modificación de la sentencia⁽¹⁹⁾.

V.- DAÑO EMERGENTE ACTUAL Y DAÑO EMERGENTE FUTURO

En la mayoría de las hipótesis que se presentan en la práctica, el daño emergente suele ser actual; incluso suele preceder en el tiempo al lucro cesante, con el que se conecta algunas veces. Por ejemplo, la víctima de un accidente que pierde un miembro y, por ende, sufre una disminución de aptitudes laborales, ha padecido en primer lugar un daño emergente actual (la lesión corporal), y como consecuencia de ella una disminución permanente, que se traducirá en un lucro cesante futuro. Pero sería un planteo muy simplista pretender agotar con este ejemplo todas las posibilidades... el daño emergente y el lucro cesante - como muy bien lo señala ORGAZ- pueden presentarse aisladamente⁽²⁰⁾.

Más aún, el daño emergente puede en muchos casos no ser "actual", en razón de que el hecho dañoso no ha agotado sus efectos al momento del litigio. Esto, advertido ya por los poetas⁽²¹⁾

, ha sido pasado por alto por algunos juristas; el hecho dañoso puede seguir actuando de manera oculta, y sus secuelas aparecer recién mucho tiempo después, efectivizándose en la destrucción de elementos que se encontraban en el patrimonio de la víctima, es decir ocasionando un daño "futuro", con relación al momento del litigio.

Cuando la víctima no ha advertido la existencia de ese daño "futuro", recién podrá accionar cuando los daños se concreten; pero en algunos casos es "cierto" que el hecho dañoso ha de seguir una evolución que permite predecir con seguridad que la víctima padecerá un daño emergente "futuro", que es efecto de un hecho ya pasado y se va a concretar recién con posterioridad.

Procuraremos dar un ejemplo; supongamos que sobre los bordes de un acantilado, en una costa marítima, una persona tiene construida una casa de verano, que suele arrendar por muy buen precio, en razón de la privilegiada situación que tiene, y el hermoso panorama que desde allí puede contemplarse. Por un hecho cualquiera, lícito o ilícito, se destruyen los espigones de defensa, que impedían avanzar al oleaje, y el mar socava entonces el acantilado; puede preverse con absoluta certeza que este hecho va a traer como consecuencia que el acantilado se derrumbe, y junto con él la casa.

Adviértase que en esta hipótesis el daño emergente, es decir la pérdida de la casa que desaparecerá del patrimonio del sujeto, todavía no se ha producido, pero puede preverse desde ya que el daño va a ocurrir y estamos frente a una hipótesis de daño emergente, que es un daño futuro.

Incluso en este caso vemos que aparece primero el lucro cesante, pues aunque la casa todavía no está destruida, la peligrosidad de su situación le impide arrendarla, ya que el debilitamiento de la base del acantilado hace temer que en cualquier momento se derrumbe. Dejan, pues, de percibirse ganancias que debían haber ingresado al patrimonio y recién con posterioridad se producirá el daño emergente, cuando el avance de las aguas termine destruyendo de manera definitiva la casa.

En una hipótesis como ésta podría, sin ninguna duda, iniciarse el pleito reclamando un "lucro cesante actual" y un "daño emergente futuro".

Nos parece que los ejemplos suministrados son suficientemente demostrativos de que no debe de ninguna manera superponerse las categorías de daño emergente y lucro cesante, con las de daño actual y daño futuro. Tanto el daño actual, como el daño futuro, pueden estar integrados por un daño emergente y por estar integrados por un lucro cesante y, en cada caso, será menester probar con exactitud la existencia de uno y otro rubro.

VI.- CONCLUSIONES

1) El daño emergente es la pérdida efectiva de bienes que ya estaban en el patrimonio de la víctima: el lucro cesante es ganancia frustrada, beneficios dejados de percibir.

2) Llamamos daños actuales a los que ya se han concretado, por oposición a los futuros, que deben producirse con posterioridad al momento que tomemos como punto de referencia.

3) El derecho toma como punto de referencia para distinguir entre "pasado" y "futuro", con relación a esta clasificación de los daños, al "momento presente", ideal que está configurado por el litigio en su integridad, desde la demanda, hasta la sentencia. En consecuencia, el juez en su fallo considerará como daños actuales, aquellos que se reclamó y probó que ya habían sucedido. Con respecto a los daños futuros, sólo podrá tomar en cuenta aquellos en que exista certeza de que han de producirse.

1. Jorge MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. I, Parte General, núm. 61, p. 148.

2. Obra y lugar citados en nota anterior.

3. Omite también señalar que el "lucro cesante" no siempre es futuro, sino que puede merecer la calificación de actual, por haberse producido con anterioridad a la demanda de resarcimiento.

4. Obra citada en nota 1, p. 152 y siguientes.

5. Obra citada, nota 42, p. 153.

6. Obra y lugar citados en nota anterior. Creemos que PEIRANO FACIO incurre en un serio error, puesto que no todos los "daños futuros" entran forzosamente en la categoría de "lucros cesantes", sino que -como lo estudiaremos luego- 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.

7. "Art. 1556, Código civil chileno: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante...".

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

8. "Art. 1069, Código civil argentino: El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito...".

9. "Art. 1106, Código civil español: 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...".

Esta norma está reproducida en el art. 1059 del Código civil de Puerto Rico.

10. Conf. Alfredo ORGAZ, Daño resarcible, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 24; Manuel ALBALADEJO, Instituciones de Derecho Civil, "Parte General y Obligaciones", Bosch, Barcelona, 1960, p. 584; Fernando PESSOA JORGE, Ensaio sobre os presupostos da responsabilidades civil, Lisboa, 1968, núm. 115, p. 377, etcétera.

11. CNFed., sala I, julio 14-970, LL, 143-544, 26.478-S.

12. Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Irretroactividad de las leyes, LL, 135-1485 a 1493.

13. ORGAZ nos dice que "el momento que se considera para esta distinción es el del fallo" (obra citada, p. 25), y cita en su apoyo a FISCHER y DE CUPIS.

14. Ver Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, Obligaciones, Ed. Platense, La Plata,, 1969, t. I, p. 219: "Es el que ha producido ya todas sus consecuencias bien definidas y perfiladas al momento de reclamarse la indemnización" (citan también en su apoyo a FISCHER: Los daños civiles y su reparación, E. Revista de Derecho Privado, p. 120).

15. 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 a todo el pleito en su conjunto como un "tiempo ideal" único.

16. Conf. Guillermo A. BORDA, Obligaciones, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, núm. 149, p. 136; Eduardo B. BUSSO, Código civil anotado, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, núm. 164, p. 424; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I, núm. 241, p. 266 y sigs., etcétera.

Nuestros tribunales también se han pronunciado sobre el punto y así vemos que se ha sostenido:

"Desde el momento que el juez tiene la certidumbre de que se sufrirá un perjuicio, sería absurdo obligar a retardar una acción que se deberá admitir más adelante. Significaría admitir, por el mismo asunto, una infinidad de pleitos sucesivos cuando se trata de un perjuicio susceptible de escalonarse a través del tiempo, como sería el sufrido por la víctima en un accidente corporal, que entraña una disminución de la capacidad de trabajo; durante el tiempo que ella viva soportará las consecuencias y, por tanto, conviene que el tribunal, de una vez, ordene el resarcimiento no sólo por el perjuicio sufrido hasta la traba

de la litis, sino también por el que se producirá en el porvenir" (CNFed., marzo 1-967, LL, 126-382).

17. Se ha dicho así que "el daño emergente probable no es susceptible de ser reparado" (C4^aCC Córdoba, octubre 4-966, Rep. LL, XXVII, p. 820, sumario 609); y en diversos fallos, se ha dicho que no puede tratarse de un daño eventual, hipotético o una simple posibilidad.

18. "Art. 567, Código civil de Portugal: Indemnización en renta: 1) Atendiendo la naturaleza continuada de los daños, el tribunal podrá -a requerimiento de la víctima- dar a la indemnización, total o parcialmente, la forma de una renta vitalicia o temporaria, determinando las providencias necesarias para garantizar su pago..."

19. "Art. 567, Código civil de Portugal: ...2) Cuando se alteren sensiblemente las circunstancias que sirvieron de base a la fijación de la renta, o de su monto o duración, sea con relación a la dispensa o imposición de garantías, cualquiera de las partes puede exigir la correspondiente modificación de la sentencia o acuerdo".

20. Alfredo ORGAZ, Obra citada, p. 24.

21. Podemos recordar un delicado verso de SULLY-PRUDHOMME, "El búcaro roto", donde muestra cómo un hecho dañoso puede producir efectos que continúan obrando de manera oculta y recién aparecen al cabo de un tiempo:

"El búcaro en que muere esa flor pura,

un golpe de abanico lo quebró

y tan ligera fue la rozadura

que ni el más leve ruido se advirtió.

"Pero la breve, imperceptible grieta,

con marcha lenta y precisión fatal,

prosiguiendo tenaz su obra secreta,

rodeó todo el circuito de cristal.

"El agua fue cayendo gota a gota,

y la espléndida flor marchita véis,

aunque nadie lo sabe ni lo nota

roto el búcaro está... ¡No lo toquéis!.