

DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE

Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón

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. El lucro cesante. V.- Lucro cesante actual y lucro cesante futuro VI. Daño emergente actual y daño emergente futuro VII.- Daño continuado. a) Hecho generador y efecto dañoso. b) Hechos generadores instantáneos. c) Hechos generadores continuados. VIII.- Reparación de los daños continuados.- IX. La "pérdida de chance". X.- La privación de uso de un automotor

I.- Introducción

El campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido que no puede sorprendernos el hecho de que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continúe generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar, o que habiendo sido ya considerados requieren nuevos análisis en pos de obtener soluciones más justas. En tal orden de ideas y a los fines de introducir el tema a tratar, nos parece conveniente recordar que el daño puede presentarse de distinta forma; a veces se materializa instantáneamente, y su dimensión queda fijada definitivamente como sucede —por ejemplo— cuando se destruye un objeto no fructífero. En tal caso el valor del perjuicio sufrido, y por consiguiente el monto de la indemnización, pueden determinarse con bastante precisión. En otros casos el daño tiene carácter continuo, se proyecta en el tiempo, como ocurre en la hipótesis de la disminución de capacidad laboral, que puede prolongarse durante meses, años e, incluso, durante toda la vida del sujeto. Se plantea entonces el problema de buscar una vía apta para que la reparación de estos daños sea realmente una “indemnización integral”, que satisfaga totalmente a la víctima del perjuicio sufrido. Nos proponemos pues abordar las categorías que el Código de

Defensa del Consumidor ha previsto con la designación de "daño emergente" y "lucro cesante".

No en todos los Códigos se hace mención expresa a las categorías de "*daño emergente*" y "*lucro cesante*", que en Perú se encuentran tanto en el Código Civil, como en la Ley de Protección al Consumidor.

Por ejemplo, los Códigos civiles de Bolivia, Costa Rica y Venezuela no las mencionan.

En cambio esa referencia aparece en el Código Chileno, y los que lo han tomado como modelo, como Colombia, Ecuador (daño emergente, arts. 1599 y 1901, y lucro cesante, arts. 466, 1599, 1898, 1901 y 2258), El Salvador (daño emergente, arts. 1427, 1721 y 2082; lucro cesante, arts. 1427, 1718, 1721 y 2082), Honduras, (daño emergente 1698: lucro cesante, arts. 481, 493, 1693 y 1699); Paraguay (daño emergente, art. 1624; lucro cesante, arts. 1520 y 1624).

También se encuentra en disposiciones como el artículo 1069 del Código civil argentino¹, y el artículo 1106 del Código civil español². Esta norma está reproducida en el artículo 1059 del Código civil de Puerto Rico, que sin mencionar sus clásicos nombres, brinda perfectamente las características de uno y otro tipo de daños. En Perú se encuentran previstos en el Código Civil³.

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 luego en numerosos códigos, como el chileno, que las menciona expresamente en su art. 1556, aunque sin caracterizarlas; o en disposiciones como el art. 1069 del Código civil argentino, y

¹ "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...".

² "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...".

³

el art. 1106 del Código civil español, que sin mencionar sus clásicos nombres, dan perfectamente las características de uno y otro tipo de daños.

Así, "daño emergente" es, a nuestro entender, 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.

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 arriba⁴. Las mismas notas han sido señaladas por la 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".

En la doctrina italiana se ha expresado que las dos figuras (daño emergente y lucro cesante) no constituyen criterios para la determinación y la apreciación del daño a los fines del resarcimiento; únicamente sirven para identificar los perjuicios como aspectos del daño resarcible⁵. La diferencia entre esos dos elementos del daño está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado mientras que el lucro cesante corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento. Por ejemplo el valor de la casa destruida por el incendio, el valor del auto destruido en un accidente, el daño en la salud de una

⁴ Connf. 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.

⁵ Giovanna VISENTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. 2, p. 206, Astrea, Buenos Aires, 1999.

persona que por haber sufrido lesiones debe afrontar gastos para atención médica e internación hospitalaria son considerados daños emergentes; en cambio constituye "lucro cesante" la falta de percepción de alquileres por la casa inutilizada por el tiempo que demande su reconstrucción, la falta de réditos o ganancias que no se conseguirán por la invalidez temporal o permanente, el denominado daño por la privación del vehículo es decir la pérdida de los negocios o de la utilidad obtenida con ese medio durante el período necesario para su reparación.⁶ En definitiva el daño puede siempre expresarse como emergente y como lucro cesante y la diferencia entre estos dos elementos es la mayor dificultad de prueba inherente a este último con el resultado de que esa figura se presta más fácilmente para ser sometida a una apreciación equitativa.⁷

Se trata de dos aspectos que el daño puede asumir: el de la pérdida patrimonial y, consecuentemente, la disminución sufrida, y el de la falta de aumento del patrimonio, es decir, la ganancia que el acreedor o el damnificado habría podido percibir si no se hubiese dado el incumplimiento o hecho el ilícito.

También la doctrina española se ocupó del tema estableciendo la distinción en similar orden de ideas: "DAÑO EMERGENTE: "Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar.- ... LUCRO CESANTE: "ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos ... Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido" ”⁸

Por su parte Santos Briz indica como fundamento del lucro cesante la "necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido", y se detiene en señalar que el ...

⁶ Giovanna VISENTINI, cit. p. 206.

⁷ Giovanna VISENTINI, cit. p. 207.

⁸ Fernando REGLERO CAMPOS, "Tratado de Responsabilidad Civil", Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, pags. 330/332

“Principio básico para la determinación del lucro cesante es que éste se delimite por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso”, añadiendo que “es preciso la adecuación o derivación del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos”.⁹

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.

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

⁹ Jaime SANTOS BRIZ, “La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal”, Sexta Edición, Montecorvo, Madrid 1991, pag. 227

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.¹⁰

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

¹⁰ Fernando J. LÓPEZ de ZAVALÍA, Irretroactividad de las leyes, LL, 135-1485 a 1493.

sentencia que pone fin al litigio¹¹; y se dice que son daños actuales los que ya se habían producido con anterioridad a la demanda¹².

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 pleito¹³.-

¹¹ 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.

¹² 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).

¹³ 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.

Lo importante en materia de daños futuros, es que sólo se admite la indemnización de aquellos que es indudable que sucederán¹⁴, y no se reparan los que son meramente eventuales o posibles¹⁵.

IV.- Lucro cesante

El "lucro cesante", como dijimos, 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 dañoso¹⁶. Entraña la frustración de un enriquecimiento patrimonial, derivada del acto lesivo¹⁷.

El sustrato ontológico del lucro cesante es este: un perjuicio derivado de la privación de un enriquecimiento patrimonial. No dándose esta plataforma, no existe daño¹⁸.

Este cercenamiento de beneficios debe ser de orden material, valorable desde una óptica económica; si la lesión no atañe (mediata o inmediatamente) a lo productivo, corresponde a la órbita del daño moral¹⁹.

A ello debemos añadir que el lucro cesante debe presentar una *certeza relativa*, a tenor de lo cual: (i) no es exigible certeza absoluta de que la ganancia cuya privación se reclama se hubiera producido (lo que sería imposible de demostrar, pues al tratarse de un beneficio aún no incorporado al patrimonio, su

¹⁴ 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

¹⁵ Se ha dicho así que "el daño emergente probable no es susceptible de ser reparado" (C4ºCC 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.

¹⁶ Luis MOISSET de Espanés, "Reflexiones sobre el 'daño actual' y el 'daño futuro', con relación al 'daño emergente' y al 'lucro cesante' ", publicado en *El Derecho* Tomo 59, p. 791, Buenos Aires, 1973..

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sandler, Héctor R. c. Estado nacional", 02/11/1995, LA LEY 1996-C, 747 - DJ 1996-2, 385. En cambio, el daño emergente entraña un empobrecimiento patrimonial (Zannoni, op. cit., pág. 89)

¹⁸ Ello es lo que permite excluir del resarcimiento situaciones como la de quien a pesar de no poder trabajar sigue percibiendo ingresos (vgr., empleado dependiente que padece una enfermedad inculpable que le impide trabajar, pero sigue cobrando el sueldo; ver Zavala de González, op. cit., pág. 326 y ss.).

¹⁹ Zavala de González, op. cit., pág. 310.

efectiva materialización se encuentra expuesta a innumerables variables que pueden redundar en su frustración)²⁰; (ii) sí es exigible un juicio de probabilidad, que permita establecer verosímilmente, de acuerdo a las reglas de la experiencia y lo que ordinariamente acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas²¹, dicho beneficio hubiera tenido lugar; como se ha dicho, “se requiere el aporte de circunstancias objetivas que autoricen a inferirlo, debiendo descartarse el que sólo reposa en las aspiraciones, deseos o imaginación de la víctima, sin real sustento material en los hechos”²².

No nos parece en cambio decisivo que el damnificado, al sufrir el hecho dañoso, haya estado emplazado en una situación que implicaba un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo idóneo para producir las ganancias²³: existe también lucro cesante frente a intereses simples o “de hecho”, en tanto la actividad generadora de ganancias no pueda reputarse ilícita²⁴.

Armonizando estos elementos, podemos definir al lucro cesante como el *daño derivado de la privación de beneficios económicos relativamente ciertos*.

V.- Lucro cesante actual y lucro cesante futuro

²⁰ Consecuentemente, “no pueden computarse acontecimientos extraordinarios para el rechazo de la indemnización pretendida, tales como una posible enfermedad de la víctima, o un accidente, o la pérdida del trabajo que no le permitieran efectuar actividad lucrativa”, ya que “exceden el curso normal de los acontecimientos” (Abrevaya, op. cit., pág. 296, con cita de Elorriaga de Bonis). “Son siempre ganancias supuestas o imaginadas; y para su determinación es necesario su análisis conforme a un criterio de previsibilidad ordinario y a las probabilidades que brindan los antecedentes del caso concreto. Para su procedencia debe mantenerse el requisito de la certidumbre” (Compagnucci de Caso, op. cit., loc. cit.). “Si bien es cierto que el lucro cesante no se presume, siendo a cargo del interesado la acreditación de su existencia fundada en pautas objetivas --no cabe su admisión en base a meras suposiciones conjeturales--, no se requiere para ello la absoluta certeza de que el lucro esperado se habría obtenido, bastando a los fines de su resarcimiento “una probabilidad suficiente de beneficio económico” (Fallos: 311:2683). De este modo, su determinación se sustenta en la prueba de la actividad productiva que se desarrollaba, de las ganancias que por ella se percibía y del impedimento temporal que habría obstado a su continuación, infiriéndose que, según el curso ordinario de las cosas, los beneficios habrían subsistido en ese período de no haber mediado el acto ilícito” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sandler, Héctor R. c. Estado nacional”, 02/11/1995, LA LEY 1996-C, 747 - DJ 1996-2, 385).

²¹ Art. 901 Cód. Civ. Argentino.

²² Zavala de González, op. cit., pág. 311.

²³ Zannoni, 91; El daño 107

²⁴ Ver Zavala de González, op. cit., pág. 320/321.

a) Caracterización. En términos generales, son 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 pleito²⁵. Lo importante en materia de daños futuros, es que sólo se admite la indemnización de aquellos que es indudable que sucederán²⁶, lo que en el caso del lucro cesante remite al juicio de probabilidad que, como hemos visto, define su certeza relativa.

Todo lucro cesante es posterior al hecho dañoso, lo que es irrelevante a los fines de la clasificación que examinamos: será un daño actual cuando la pérdida de ganancias se produce antes de la promoción del proceso²⁷ y un daño futuro cuando la pérdida de ganancias se proyecta allende la duración del pleito.

Esta segunda alternativa se conecta estrechamente con los lucros cesantes derivados de incapacidades laborativas permanentes (o, al menos, duraderas), que le provocarán al damnificado una disminución (cuando no, la completa anulación) de sus aptitudes productivas, generando un lucro cesante futuro.

Como veremos luego, en encuadramiento del lucro cesante como actual o como futuro incidirá en modo de cálculo de la indemnización y en el cómputo de intereses.

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.

²⁵ 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 (Moisset de Espanés, op. cit., loc. cit.).

²⁶ 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 sigts., etcétera.

Nuestros tribunales también se han pronunciado sobre el punto.

²⁷ Por ejemplo, una persona, víctima de un accidente, debe internarse en una clínica, y esto impide que desarrolle cualquier actividad productiva durante algún tiempo, dejando de percibir las ganancias que habitualmente obtenía por su trabajo. 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 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"²⁸, y si las circunstancias cambiasen, sea porque se agrava la incapacidad de la víctima y por tanto aumenta

²⁸ "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...".

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 sentencia²⁹.

b) Legitimación activa: la indemnización por lucro cesante puede ser reclamada, obviamente, por quien ha sido la víctima del hecho dañoso, sufriendo lesiones de manera directa en su persona que han repercutido sobre sus aptitudes productivas y se han erigido en óbice para la obtención de una ganancia.

Pero, además, puede ser exigida también por damnificados indirectos que han dejado de obtener ingresos con motivo de las lesiones sufridas por otra persona, como es el caso de familiares que deben tomar a su cargo la atención (transitoria o permanente) de una persona incapacitada y, consecuentemente, deben desatender su trabajo³⁰.

La cuestión es especialmente dramática en casos de gran discapacidad, cuando la persona queda incapacitada de manera absoluta y permanente, obligando a algún familiar cercano a avocarse de tiempo completo a su cuidado y asistencia³¹.

c) Algunos problemas frecuentes

1º. Prueba: reseñamos dos posturas sobre este punto:

- Para algunos, el damnificado debe acreditar las ganancias frustradas, que no pueden inferirse sin más por el mero hecho de haber sufrido lesiones incapacitantes³². Esto, ante la posibilidad de que la inactividad de la víctima no implique una pérdida de ingresos. Se trata de una postura mayoritaria³³.

²⁹ 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".

³⁰ Abrevaya, op. cit., pág. 301/302.

³¹ VER ALASIA, GIOI, GALDÓS

³² Zavala de González, op. cit., pág. 313 y ss..

³³

- Para otros, el lucro cesante puede colegirse del mero hecho de haber sufrido la víctima lesiones incapacitantes³⁴.

2º. Indemnización de la persona no actualmente productiva: ninguna duda cabe de que existe lucro cesante cuando una persona que, al momento del hecho dañoso, se encuentra realizando una actividad productiva que le reporta ingresos y que debe cesar con motivo de las lesiones sufridas. Aquí la privación de beneficios económicos es concreta y tangible, siendo el daño cierto.

Puede sin embargo ocurrir que el damnificado no obtenga ingresos de manera actual, pero potencialmente pueda llegar a producirlos en el futuro. Esto ocurre en múltiples y diversas situaciones: la de la persona que aún no trabaja por su edad, la persona que habitualmente trabaja pero al momento del daño se encuentra desempleada, la persona que nunca ha trabajado, la persona que se encuentra acogida a los beneficios de la jubilación y por ello no trabaja³⁵.

Ante estas situaciones se ha propuesto un criterio que estimamos razonable³⁶:

- Como regla, la persona potencialmente productiva pero que no obtiene ingresos actualmente no podrá reclamar lucro cesante, pues el perjuicio sufrido sería meramente conjetural (se pierden ganancias que se obtendrían si esta persona que no trabaja, hipotéticamente, trabajara).
- No obstante, si las lesiones sufridas se traducen en una incapacidad prolongada o permanente, el lucro cesante sí será indemnizable, pues de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas y a la necesidad difundida de trabajar para vivir, puede presumirse verosímilmente que a pesar de la inactividad actual, la persona hubiera trabajado en el futuro.

³⁴

³⁵ Si, en cambio, a pesar de hallarse jubilada continúa trabajando y así lo prueba, la ganancia perdida será indemnizable (v. Zavala de González, op. cit., pág. 324/325).

³⁶ Zavala de González, op. cit., pág. 322 y ss..

Desde luego, tratándose de personas impedidas de realizar actividades productivas, este rubro no será en principio indemnizable, por no existir daño cierto.

VI.- 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.³⁷

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 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

³⁷ Alfredo ORGAZ, op. cit. pag. 24.

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 daño emergente y por un lucro cesante y, en cada caso, será menester probar con exactitud la existencia de uno y otro rubro.

VII.- Daño continuado

a) Hecho generador y efecto dañoso.

Nos parece indispensable analizar dos aspectos: el primero se vincula con el carácter instantáneo o continuado del "hecho generador" que ocasiona el daño; el segundo con los "efectos dañosos" propiamente dichos.

En cuanto a su proyección temporal es posible imaginar que tanto el hecho generador, como sus efectos, sean de carácter instantáneo y se agoten en un momento único; o, por el contrario, tengan cierta continuidad o proyección en el tiempo que les dé una permanencia con relevancia jurídica.

Adelantamos, desde ya, que a los fines de nuestro estudio lo que realmente interesa es la continuidad de los "efectos dañosos", y que ella no guarda relación directa con el carácter instantáneo o continuado del "hecho generador", como procuraremos demostrarlo con algunos ejemplos.

b) Hechos generadores instantáneos

El hecho generador del daño puede ser "instantáneo", y sin embargo, provocar efectos que perduran, con una proyección temporal de tal magnitud que debe ser tomada en consideración al momento de pronunciar la sentencia indemnizatoria.

Así, por ejemplo, un accidente de tránsito, que como hecho generador se agota en el instante mismo en que colisionan dos vehículos, puede generar a la víctima lesiones permanentes, que disminuyan de manera parcial o total la capacidad laborativa, durante toda su vida.

En otros casos el hecho generador "instantáneo" agota su virtualidad dañosa en ese mismo momento, como sucede cuando se destruye un objeto no fructífero, por ejemplo, un cuadro que sólo brinda a su propietario el goce de contemplarlo como un adorno en la sala de su casa.

c) Hechos generadores continuados

Por otra parte, encontramos hechos generadores de daño que por sus propias características tienen cierta proyección temporal, lo que no significa "a

priori" que el daño que de ellos surja sea también continuado, aunque con frecuencia así suceda.

Entre los hechos generadores "continuados" podemos mencionar las "inmisiones", en las relaciones de vecindad: ruidos molestos, malos olores, exhalaciones cloacales, etc. Por lo general en estos casos el "efecto dañoso" también se proyecta en el tiempo, mientras no cese la inmisión y -sin duda- la víctima procurará que la justicia ordene se supriman las causas generadoras del daño.

Otra hipótesis de "hecho generador" continuado, con efectos de extensa proyección temporal, que en la actualidad tiene bastante frecuencia, es la construcción de caminos, autopistas u otras obras públicas, que impide totalmente el acceso a los comercios de la zona durante el lapso en que se prolonguen los trabajos que, en nuestro país suelen ser bastante lentos. Vemos así que una estación de venta de combustible, o un restaurante, quedan privados de clientela y deben cerrar sus puertas durante meses, y a veces años. En ese caso el hecho generador "continuado" produce también efectos dañosos continuados.

Sin embargo, encontramos también hipótesis de hechos generadores continuados que agotan su efecto dañoso de manera instantánea; por ejemplo, la rotura o pérdida de agua de una cañería de Obras Sanitarias (nacional o provincial), produce filtraciones que actúan durante largo tiempo socavando un terreno, hasta el instante en que se produce un hundimiento. Aquí el hecho dañoso ha tenido una larga proyección temporal, pero sus efectos se traducen de manera "instantánea", con el hundimiento y consiguiente destrucción que él ocasiona, lo que permite afirmar -de manera general, y con salvedades sobre las que no podemos extendernos en este trabajo- que ese hecho generador continuado ha producido su efecto dañoso en un momento único.

Algo similar sucede en lo que se refiere al capítulo de daño emergente, en el ejemplo de un chalet construido a orillas del mar, en el borde de un acantilado, que las mareas o tormentas van socavando durante largo tiempo³⁸, donde nos encontramos con un hecho generador complejo y continuado. Se suman allí la destrucción de los espigones de defensa y el debilitamiento de la base del acantilado, durante un tiempo prolongado; la pérdida de la vivienda, en cambio, se producirá de manera instantánea en el momento del derrumbe.

VIII.- Reparación de los efectos dañosos continuados

El efecto dañoso continuado puede haberse agotado con anterioridad al litigio; se trata en ese caso de un daño "actual", que debe mensurarse y, debidamente probado, reparárselo de manera integral.

El problema se plantea cuando los "daños continuados" se proyectan hacia el futuro y el magistrado, aunque tiene plena certidumbre de su existencia y la necesidad de indemnizarlos, tropieza con serias dificultades para mensurarlos adecuadamente y otorgar a la víctima una indemnización que, por una parte debe satisfacer integralmente el perjuicio que va a sufrir, y por otra parte, no debe exceder los límites de ese perjuicio, ya que nunca se puede predecir con exactitud el tiempo de duración del efecto dañoso, ni cuál será el momento en que ha de cesar.

Un camino es recurrir al pago de una suma global, que se efectúa de una sola vez, pero: ¿cómo se determina ese monto?

La estimación de los daños futuros de naturaleza continuada será siempre en alguna medida arbitraria, ya que no puede conocerse de antemano durante cuanto tiempo persistirá el hecho dañoso generando sus consecuencias.

³⁸ Luis MOISSET de ESPANÉS, "Reflexiones sobre el 'daño actual' y el 'daño futuro', con relación al 'daño emergente' y al 'lucro cesante' ", publicado en El Derecho Tomo 59, p. 791, Buenos Aires, 1973

Incluso, aunque ese dato fuese conocido con certeza, y pudiésemos afirmar que el daño continuado solamente prolongará sus efectos durante uno, cinco o diez años: ¿cuál será la suma adecuada para satisfacer el perjuicio, especialmente cuando los futuros daños son los ingresos frustrados, que dependen de la capacidad laborativa de la víctima, capacidad que podría haberse acrecentado, como sucede normalmente con muchos sujetos, que a medida que adquieren experiencia van ascendiendo en su actividad laboral?

Jurisprudencia y doctrina han procurado afinar el concepto y suelen afirmar que, para no incurrir en arbitrariedades, esa indemnización debe corresponder al capital adecuado para generar una renta equivalente a la disminución de ingresos que sufre la víctima durante el tiempo que subsiste su incapacidad laborativa.

Lamentablemente esa solución tiene varias limitaciones; en primer lugar, como ya hemos dicho, debe fijar arbitrariamente el tiempo de duración del "daño continuado", recurriendo a estadísticas sobre "posibilidades de duración de la vida de la persona", o poniendo como límite el momento en que alcanzaría a obtener una jubilación, etc.

En segundo lugar, suele cristalizar el "valor" de las ganancias frustradas, tomando en consideración los ingresos que percibía la víctima al momento del pleito, sin computar el proceso evolutivo de ascenso en sus capacidades laborativas. En tercer lugar, le resulta imposible prever las variaciones que en el tiempo suelen producirse en los efectos dañosos, sea por su agravamiento, sea porque el sujeto recupera aptitudes que se habían computado como definitivamente perdidas.

Finalmente, no todas las personas tienen capacidades empresarias, o conocimientos como inversores, que les permitan -al recibir un capital que supuestamente está destinado a producir frutos- emplear esos fondos de manera útil y, poco tiempo después, en especial en países afectados por procesos

inflacionarios se encuentran sin dinero, padeciendo todas las consecuencias dañosas del siniestro.

Por las razones que hemos expuesto hay otros sistemas, en cambio, que consideran que la capitalización de daños no es la solución más adecuada y se inclinan por la fijación de una renta (temporaria o vitalicia), que permita a la víctima subsistir de la misma manera en que lo hubiera hecho de no mediar detrimento en su capacidad de trabajo.

La verdad es que el juez -como ya lo hemos dicho-, en su búsqueda de pautas que le permitan valorar el daño padecido por la víctima, tropieza en muchos casos con graves inconvenientes para estimar con precisión su real magnitud: así, por ejemplo, cuando tiene que evaluar la vida de un hombre, o la función de un órgano, debe siempre recurrir a elementos arbitrarios, y reducir finalmente estos perjuicios a dinero -como medida de los valores- ante la imposibilidad de estimar en forma exacta el menoscabo sufrido, que no admite una concreta evaluación.³⁹ Pensamos con BONASI BENUCCI que "todo sistema de determinación de valores humanos, por elaborado que sea, adolecerá del vicio de origen, constituido por la imposibilidad de valorar exactamente bienes insustituibles y no reducibles a dinero"⁴⁰

El dinero aparece entonces como una forma imperfecta, pero la única posible, de resarcir los daños causados en la persona.

Todas las legislaciones modernas admiten la reparación pecuniaria de los daños causados a la persona; sin embargo es posible observar -como ya hemos dicho- que el resarcimiento puede efectuarse de dos maneras diferentes: o bien se entrega un "capital" (suma global), apto para generar réditos a quien disponga de él; o se establece una renta periódica a la víctima, que irá cubriendo los daños de carácter continuado en el momento en que éstos realmente se hacen efectivos, y

³⁹ Eduardo BONASI BENUCCI: "La responsabilidad civil", ed. Bosch, Barcelona, (traducción al castellano de Juan V. FUENTES LOJO y José Peré RALUY), N° 26, p. 100.

⁴⁰ Eduardo BONASI BENUCCI: Obra y lugar citados en nota anterior.

tal renta puede ser vitalicia o temporal, según la naturaleza y duración de los efectos dañosos.

Cada una de estas soluciones presenta ventajas e inconvenientes que suelen ser señaladas por sus partidarios ⁴¹; pero existe verdadero desconcierto en cuanto a los montos que suelen ser fijados por los tribunales con bastante discrecionalidad, alcanzando a veces cifras de tal magnitud que su pago puede llevar a la ruina al responsable del daño, cuyo patrimonio actual no resulta suficiente para satisfacerlas.

IX.- La "*perdida de chance*"

La pérdida de chance, (de manera más correcta “pérdida de oportunidad”) es una clase de daño que puede sufrir un sujeto y que tiene relación con lo que se ha venido exponiendo. Suele darse como ejemplo el caballo de carrera que se ha lesionado antes de participar de una competencia por culpa de un tercero, y no puede competir. También el caso del abogado que deja perimir la instancia en un proceso y no puede luego iniciarse otra acción porque ha transcurrido el plazo de prescripción. Hay una incertidumbre acerca de si el caballo hubiese ganado la carrera, o –en el caso del abogado- si el juez hubiese fallado favorablemente a su cliente.⁴² Pero lo que a ciencia cierta puede afirmarse es que la oportunidad o “chance” se ha perdido, ya sea porque el caballo era favorito; o porque el cliente del abogado contaba con abundante prueba en su favor. Por eso se ha definido la pérdida de chance como “*aquel daño cuya característica es ser más que una posibilidad pero menos que una certeza*”⁴³.

⁴¹ Antonio BORREL MACIA: "Responsabilidades derivadas de culpa extra contractual civil", 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, N° 129, p. 259, nos dice: "es indudable que la indemnización en forma de renta, en principio sería justa y equitativa, respondería mejor que entregando un capital, al criterio de la verdadera indemnización, pero también trae en sí varias incomodidades o perturbaciones

⁴² Jorge BUSTAMANTE ALSINA, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 174, 8º ed., Buenos Aires, 1993; Pedro N. CAZEAUX – Félix A. TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones p. 328, Platense, La Plata 1975, Edgardo LÓPEZ HERRERA, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 137, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

⁴³ Edgardo LÓPEZ HERRERA, op. cit., p. 137.

Del lucro cesante se distingue porque en este la certeza es absoluta acerca de que el daño se producirá. Se dice que es daño emergente porque la probabilidad de pérdida es considerara un valor en si mismo.⁴⁴

La chance es entonces la posibilidad de un beneficio probable, futuro que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esta al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su entidad, porque lo perdido, frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal. La perdida de esta oportunidad configura un daño actual -no hipotetico- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio economico que resulta frustrado por culpa del responsable y puede ser valorada en si misma aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrinseco valor economico de probabilidad, convirtiendose asi en un daño actual resarcible⁴⁵

Sostiene Giovanna Visentini que en el marco del lucro cesante se hace ingresar desde hace tiempo la noción de pérdida de chance en la medida que se trata de un tipo de daño proyectado para el futuro "*... la noción sirve para hacer penetrar en el lugar de daño patrimonial resarcible un perjuicio que a menudo es incierto, es decir, vinculado no en modo cierto, sino sólo muy probable al hecho dañoso*"⁴⁶.

Evaluar una pérdida de chance constituye una tarea espinosa toda vez que no se trata con ella de resarcir la pérdida efectiva (certeza absoluta) o la "seria probabilidad" de pérdida efectiva (certeza relativa) de ganancias materiales, sino de la "oportunidad" de obtener esos beneficios.-

Ha sostenido la jurisprudencia que la perdida de chance necesita que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general o vaga; no debe tratarse de la mera posibilidad del acaecimiento eventual o hipotetico de alguna ventaja, sino que la chance ha de tener suficiente fundamentacion y entidad, aunque su prevision ocurra en el futuro. De modo que la indemnizacion no

⁴⁴ José M. BUSTO LAGO, La antijuricidad del daño resarcible, p. 77, Tecnos Madrid, 1996., citado por Edgardo LÓPEZ HERREFA, op. y p. cit.

⁴⁵ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Tratado de las obligaciones", Tomo I, p. 268, Perrot, Buenos Aires, 1988.

⁴⁶ Giovanna VISENTINI, Tratado de la Responsabilidad Civil, T. 2, p. 207 y 208, Buenos Aires, 1999.

procede ante un perjuicio hipotético o conjetural sino ante una oportunidad cierta que se ha perdido a causa de la inejecución del deudor⁴⁷. También: Cuando las probabilidades son vagas y generales, el daño tiene la categoría de hipotético; cuando hay razones fundadas para creer que el fin podría lograrse, la frustración merece ser reparada. Su cuantificación no se efectúa en forma matemática, sino que debe ser apreciada judicialmente y de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Así, deberán ajustarse a los antecedentes fácticos, la incidencia de la negligencia, los precedentes jurisprudenciales y otros elementos imponderables, que jugarán y tendrán vigor y algún efecto sobre el resultado.⁴⁸

X.- La privación de uso de un automotor

Un caso particular que merece considerarse, ya que puede presentarse con cierta frecuencia en las relaciones de consumo, es la privación de uso de un automotor.- El vehículo adquirido que, por ejemplo, el vendedor no entrega, o demora más de lo previsto en dárselo al comprador.-

La cuestión será: ¿Es indemnizable la privación del uso de un automotor, independientemente del lucro cesante? ¿Hace falta acreditarla, y cuál es el criterio para valorarla?

Antes de contestar esta pregunta deseáramos deslindar el terreno, y lo haremos partiendo de una afirmación que consideramos una verdad indiscutible: toda "privación de uso" significa ocasionar a la persona que gozaba de dicho "uso", la pérdida de un beneficio.

Muchos juristas, con cierto automatismo, suelen asimilar esa "pérdida de ventajas", al "lucro cesante", y aplicarles el mismo régimen jurídico; otros, en cambio, para escapar al rigor probatorio que la jurisprudencia impone para el

⁴⁷ Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, Buenos Aires, in re, 3.3.97, "Fleitas, Víctor c/ Cutini, Jorge"; y Sala A, in re, 15.10.01, "Esei S.A. c/ Banco Río de la Plata S.A."

⁴⁸ Cámara Nacional en lo Comercial, sala A, Buenos Aires, sala A, 17.8.06, "Guas, Luis c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios"

"lucro cesante", sostienen que la privación del uso es un "perjuicio efectivo". No deseamos, en este momento, embarcarnos en esas disquisiciones teóricas, por lo que nos limitaremos a estacar que, entre la mera "privación de uso" y la "pérdida de ganancias", existe una diferencia cualitativa apreciable que permite someterlas a regímenes distintos.

El "uso" de una cosa puede o no producir "ganancias" de mayor o menor rentabilidad; pero, aunque no se obtenga de la cosa una renta, el mero uso significa siempre una ventaja patrimonial apreciable para quien puede aprovechar esa cosa, y privarlo de ella por un tiempo más o menos largo le ocasiona un daño cierto, que no requiere prueba especial, sino que es evidente.

El dueño de un sillón de trabajo, o de una reposera, que no puede sentarse en ellos; el propietario de un libro, que no puede leerlo cuando desea; el que tiene pinturas y esculturas para adornar su casa, y no puede gozar del placer estético que produce su contemplación; todos ellos son víctimas de un ataque que lesiona su patrimonio cuando se ven privados del uso de una cosa que estaban aprovechando, aunque no extrajesen de esa cosa una "ganancia especial".

Habrán, en cambio, pérdida de ganancia, cuando la cosa era "productiva" y su empleo redituaba al dueño ingresos; pero aquí la situación varía, ya que la "pérdida de ganancias" no es un dato "cierto", sino que tendrá relación con la efectiva existencia y volumen de esos ingresos. Será menester, entonces, probar que la cosa se empleaba en producir ganancias, y también el monto "cierto" de las ganancias que se frustraron, pues de lo contrario nos colocaríamos en la posición de la lechera del cuento.

En estos aunque la cosa no produzca frutos ("ganancias"), se concede un aprovechamiento que tiene valor económico, y cuya privación ocasionará un daño "cierto" e indemnizable, pero de entidad y monto distinto al que correspondería si, además, hubiese una "privación de ganancia".

Los especialistas en responsabilidad civil afirman, con acierto, que para que haya daño indemnizable debe ser "cierto", y la "privación de uso" origina un

daño de total certidumbre, a diferencia de lo que sucede con las "ganancias frustradas", que muchas veces son hipotéticas, tanto en su posibilidad de existencia, cuanto en su monto, por lo que se requiere se prueben en juicio ambos extremos.

Se plantea, sin embargo, el problema de valorar la "privación de uso", ya que no existe en nuestras leyes una previsión especial que resuelva el caso. Creemos que aquí resulta indispensable recurrir a la analogía.

Las leyes civiles tienen previsto en las obligaciones de dar sumas de dinero que la "privación" de un "capital" debe ser indemnizado mediante el pago de los intereses que esa suma hubiese redituado durante el tiempo en que su propietario no pudo disponer de ella.

Adviértase, además, que en materia obligacional siempre que se incurre en mora en la entrega de una cosa el Código dispone que a la prestación principal se suman los "perjuicios e intereses", y cuando la prestación principal se torna imposible se tendrá que entregar, en sustitución, el valor de la cosa, con más los "intereses". Debemos concluir, entonces, por aplicación analógica de estas normas, que la "privación de uso" tiene que indemnizarse mediante el pago de una suma equivalente a los intereses que el valor de esa cosa hubiera producido. La solución se justifica plenamente porque durante todo ese tiempo estuvo "ausente" del patrimonio un "capital": la cosa.

Por supuesto que si el propietario pretende una indemnización mayor deberá probar que su perjuicio patrimonial no se ha reducido a la "privación de uso", sino que se ha extendido a "ganancias frustradas", porque la cosa era productiva y al no tenerla en sus manos perdió esos posibles beneficios; y, por su parte, el responsable de la indemnización podría obtener una reducción e incluso no pagar suma alguna por "privación de uso", si demuestra que el propietario no usaba la cosa para nada, de manera que su privación no le ha ocasionado daño alguno. Ahora bien, como se plantea el problema en materia de automotores?.

Toda persona que tiene un automotor y lo usa, obtiene de él un beneficio; para lograrlo ha invertido un capital (el valor que tiene ese vehículo). Los usos a que destina el coche pueden ser muy variados (concurrir a su trabajo, pasear con su familia) y llegar hasta la explotación de vehículo en tareas lucrativas (taxis, ómnibus, remises, etc.).

El propietario de un coche que se ve privado durante un tiempo del automotor, y tiene que ir a su lugar de trabajo en taxi, en ómnibus, o a pie; o debe quedarse los fines de semana encerrado en su casa, privando a la familia de su esparcimiento habitual, sufre un daño "cierto" e "indemnizable".-

No será menester que pruebe las sumas que desembolsó para alquilar otro vehículo, ni el importe de viajes en "taxi", pues aunque no haya alquilado ninguno el daño se ha producido; incluso puede ser mayor el perjuicio que sufre quien no tiene dinero para alquilar otro vehículo, o tomar "taxi", y tiene que ir a pie o en ómnibus a su trabajo.

La verdadera pérdida que sufre esa persona es la correspondiente al "capital" de que se ha visto privada, y la forma más lógica de indemnizarla es abonándole una suma equivalente a los intereses de ese capital.

En cambio, si dedicaba el automotor a una tarea lucrativa, y desea percibir cifras mayores, estaríamos frente a un caso de "lucro cesante" que necesita prueba especial, en la que se acredite, por ejemplo, el monto de los beneficios que se obtienen mensualmente con un taxímetro o con un ómnibus.

La solución a que llegamos es -a nuestro entender- la más equitativa y la única congruente con el resto del sistema. En efecto, en los casos en que se produce la destrucción del automotor y se paga una suma de dinero como indemnización, ni la jurisprudencia ni la doctrina hesitan un instante en ordenar el pago de "intereses" por todo el período en que el propietario se vio privado del uso de su "capital", que originariamente era un automotor. ¿Por qué proceder de manera diferente, con relación a este rubro, cuando se ha podido reparar el vehículo, o la obligación se ha cumplido "en natura" entregando otro coche en

reemplazo del destruido? ¿No corresponde también aquí pagar "intereses" para resarcir por el tiempo que el dueño estuvo "privado de usar" el coche?

En resumen: 1) Toda "privación de uso" de un automotor ocasiona la propietario un daño cierto, que debe ser indemnizado, bastando la prueba del tiempo que no pudo disponer del vehículo; 2) esta privación de uso deberá calcularse, por aplicación analógica de las normas que regulan la mora en el cumplimiento de las obligaciones, como el interés correspondiente al "capital" que es el valor del coche; 3) si el propietario pretendiese un "lucro cesante" especial deberá probar la existencia y cuantía de ese rubro indemnizatorio