

Daño vs. Prevención: ¿El daño sigue siendo el epicentro de la responsabilidad civil? ¿No hay responsabilidad sin daño?¹

El tema que nos convoca constituye una nueva oportunidad para reflexionar acerca del daño como uno de los cuatro presupuestos o elementos que hacen nacer la responsabilidad civil², más aún a partir de la entrada en vigencia del C.Civ. y Com. operada en fecha 01/08/15, que introdujo algunas modificaciones en relación al deber de responder, acogiendo los antecedentes más significativos del derecho comparado y los aportes y recomendaciones de la doctrina y la jurisprudencia especializadas³.

Precisamente ello motiva los interrogantes plasmados en el título, ya que además de la diferencia conceptual entre el daño como fenómeno físico o material y el daño jurídico, es decir, cuando el primero logrando traspasar las barreras de la física y por reunir ciertos requisitos, adquiere relevancia para el derecho; la reforma introducida por el nuevo código en relación a la función preventiva de la responsabilidad civil, pone en tela de juicio la centralidad, unicidad o papel preponderante del daño como elemento principal de la responsabilidad.

A propósito debemos recordar que desde hace ya varios años atrás hablamos de un “*derecho de daños*”, dejando de lado la tradicional denominación de “*responsabilidad civil*”. Pero este cambio de expresiones o de palabras, no es sólo una mutación semántica, sino que implica un cambio de lentes en el microscopio de la teoría del responder, que de enfocar al autor del daño (*daño injustamente causado*) pasa a observar a la víctima del mismo (*daño injustamente sufrido*)⁴.

¹ Por el Dr. Martín Diego Pirota. Abogado Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano – Argentina y Universidad de Salamanca – España). Web site del autor: www.martindiegopirota.com.ar - Artículo publicado en El Seguro en Acción: www.elseguroenaccion.com.ar/la-prevencion-del-riesgo-mas-alla-de-la-funcion-resarcitoria/, 27 de Abril de 2023.

² Antijuridicidad o ilicitud; daño; relación de causalidad y factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Los mismos fueron admitidos en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971.

³ La responsabilidad civil está contemplada en los arts. 1708 a 1780.

⁴ “La responsabilidad civil ha evolucionado desde una responsabilidad basada en la deuda, hacia una asentada en el crédito”. (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, París, 1987-I-1; publicado en versión castellana en el libro *Derecho de Daños* de ALTERINI-LOPEZ CABANA, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992; conf. LORENZETTI, Ricardo L. *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños*, LL 09/05/96. pág. 1)

Haciendo una comparación metafórica con el sistema solar en el que todos los planetas giran alrededor del Sol, podríamos decir que el daño es el astro rey del esquema tradicional de la responsabilidad civil y por lo tanto su existencia es imprescindible, aunque en la distribución de roles y de acuerdo a la moderna concepción, ya no sea el actor protagónico o primera *vedette* sino un actor de reparto o segunda *vedette*. Prueba de ello es que el C.Civ. y Com. vigente no prevé en su articulado lo establecido por su antecesor Código Civil en el art. 1067 en el que se coronaba la preponderancia suprema del daño al decir que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este código (es decir en miras de la responsabilidad civil o deber de resarcir), si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...”.

Es que la responsabilidad civil ha diversificado sus funciones y ya no solamente se dedica a su clásica tarea de reparar o indemnizar el daño (conf. arts. 1716 a 1736 C.Civ. y Com.), sino que se anticipa a su producción, tratando a través de la acción preventiva, de evitar el daño, su continuación o agravamiento (conf. arts. 1710 a 1715 C.Civ. y Com.)⁵, o bien se ocupa de sancionar a su autor mediante la aplicación de los daños punitivos, que si bien fueron eliminados del nuevo C.Civ. y Com., están previstos en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario 24.240/93 modificada por la ley 26.361/08⁶.

Por ello así como el deber general de no dañar a otro (del latín: *alterum non laedere* o *naeminem laedere*) de fuente constitucional (art. 19 CN) y legal (arts. 1708, 1716, 1717 y concordantes C.Civ. y Com.) es considerado un principio orientador de nuestro derecho positivo y de aplicación transversal a todas las ramas de las ciencias jurídicas, también debemos incluir en la misma categoría al

⁵ Encontramos un antecedente de ello en la acción de daño temido (conf. art. 2499, Cód. Civil de Vélez Sarsfield).

⁶ Categoría indemnizatoria originaria del derecho anglosajón y de aplicación frecuente en los EE.UU., pudiendo el Juez fijar una indemnización adicional (y fundada sólo en la mala fe o absoluta indiferencia del proveedor) teniendo en cuenta la ganancia desmesurada obtenida por la actividad desplegada por el victimario, como ocurre en los juicios contra las tabacaleras, daños ambientales o irrogados al honor e intimidad causados por la errónea difusión de noticias. En definitiva son penalizaciones civiles impuestas con una finalidad ejemplificadora o disuasoria de prevención de futuros perjuicios.

deber de prevención del daño⁷. Y así con el tiempo podemos hablar de un “*derecho de prevención de daños*”.

El C.Civ. y Com. define en el art. 1737 que hay daño resarcible “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Luego para que el daño sea captado por el derecho, es decir, resarcible, debe reunir los siguientes requisitos (conf. art. 1739 C.Civ. y Com.):

a.- Cierto: es indispensable que el daño sea cierto, real, existente, comprobable, ya que no se indemniza el daño eventual, hipotético o conjetural; lo que significa que el daño debe ser constatado o susceptible de constatación por el Juez al momento de dictar sentencia, ya que hay casos en que el daño es patente y por lo tanto de fácil verificación, pero en otros ocurre, que si bien el daño no es manifiesto, el mismo está latente y es esa latencia la que le permite al Juez - según el caso- estimar con certidumbre actual que el daño necesariamente se va a producir después de la finalización del pleito.

A su vez el daño cierto puede ser actual (daño emergente) o futuro (lucro cesante o pérdida de chance).

Si tomamos el tiempo físico todos los efectos dañosos son futuros con relación al hecho generador; pero si tenemos en cuenta el tiempo jurídico, el daño puede ser actual o futuro, según que produzca sus efectos antes o después del dictado de la sentencia, y que esos efectos estén en relación de causalidad adecuada con el hecho que les dio origen⁸.

b. Subsistente: el daño reviste este carácter mientras no sea reparado por el responsable civil, es decir, aquel que causó el perjuicio y está obligado a repararlo (conf. art. 1749 C.Civ. y Com.). Ocurre que hay situaciones en que el perjuicio de la víctima ha sido cubierto, pero igualmente el daño sigue siendo subsistente porque no ha sido soportado por quien debe solventarlo como responsable jurídico. Tal sucede cuando lo repara la propia víctima, que conserva

⁷ Como bien dice Kofi Annan (Ex Secretario General de la ONU y Premio Nobel de la Paz): “*Construir una cultura de la prevención no es fácil. Si bien los costos de la prevención deben pagarse en el presente, sus beneficios se hallan en el futuro distante. Además, los beneficios no son tangibles. Son los desastres que no ocurrieron*”.

⁸ Para ver en detalle la distinción entre daño actual y futuro recomendamos leer a MOISSET de ESPANES, Luis, *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro*, ED 59-791 y siguientes.

acción para que el responsable la indemnice; o cuando la indemnización fue pagada por un tercero –por ejemplo el asegurador- que tiene derecho a subrogarse contra el responsable. *¿Y por qué decimos que en estos dos casos el daño subsiste?*

En el primero, porque si bien la víctima se autoindemniza, volviendo a existir la cosa en su patrimonio, el mismo ha quedado disminuido exactamente en la medida del desembolso efectuado por la misma; y además no resulta justo que la propia víctima soporte el daño sufrido, a menos que el mismo haya sido causado por su culpa, según lo normado por los arts. 1719 y 1729 del C.Civ. y Com., circunstancia en que la víctima absorbe su propio daño.

En el segundo de los casos, “el daño queda subsistente a los fines del resarcimiento por el autor del acto ilícito porque la indemnización que paga el asegurador al asegurado tiene su fuente en el contrato de seguros, y su causa en las primas pagadas por aquél, por lo que el responsable (autor del daño) no puede alegar la extinción de su obligación pues no le es dado invocar los efectos de un contrato en el que no fue parte (conf. art. 1021 C.Civ. y Com.)”⁹.

c. Personal: lo que implica que el daño debe ser propio del reclamante, porque se carece de interés -y por consiguiente de acción- para accionar a causa de un daño ajeno. A su vez el daño propio puede ser directo (afecta a la persona o bienes del damnificado) o indirecto (cuando afecta al damnificado y repercute en el patrimonio de otro que resulta damnificado indirecto, por ejemplo, en caso de fallecimiento de la víctima).

Es este un requisito procesal que tiene que ver con la legitimación activa para poder demandar el daño padecido. Dicha legitimación se amplía en los casos de daños que por su magnitud e intensidad -verbigracia daños al medio ambiente, daños experimentados por usuarios y/o consumidores- afectan intereses colectivos o difusos, que son de pertenencia de un grupo o de todas las personas de una colectividad, quienes pueden reclamar en forma individual o conjunta, a través de las asociaciones que propendan a esos fines o del defensor del pueblo, conforme lo establece el art. 43 de nuestra Carta Magna.

⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed. Ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 169/170.

d. Interés jurídico: al mencionar el concepto de daño hablamos de la lesión a un interés jurídico, ya que la lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley¹⁰.

Dentro del género “interés jurídico”, se hallan comprendidos tanto el interés legítimo, que es el protegido por la norma jurídica; como el interés simple o de hecho, que aunque no se halla jurídicamente protegido no es ilícito ni inmoral que un sujeto tenga una mera expectativa lícita y seria de tener el goce de un bien, como ocurre con la pérdida de la chance de disfrutar de un bien.

Ahora bien, una vez acreditada la existencia del daño sufrido y estimada su cuantía por parte de quien lo reclama, quedará a cargo del Juez la cuantificación, valuación monetaria o monetización del perjuicio (conf. art. 165 C.P.C.C.N.), de conformidad a las pautas (arts. 1741, 1745 y 1746 C.Civ. y Com.), rubros indemnizatorios contemplados en el Código Civil y Comercial (art. 1738 C.Civ. y Com.), y teniendo en miras el principio de reparación plena o integral (conf. art. 1740 C.Civ. y Com.)¹¹, siempre claro está, que no exista alguna causal de justificación de la conducta (art. 1718 C.Civ. y Com.), o eximente de responsabilidad (arts. 1729 y 1731 C.Civ. y Com.).

En cuanto a las categorías o tipos de daños resarcibles el Código Civil y Comercial enumera en su art. 1738 los siguientes: daño emergente¹², lucro cesante¹³, pérdida de chance (conf. art. 1739 C.Civ. y Com.), valor vida humana (indemnización por fallecimiento, conf. art. 1745 C.Civ. y Com.), lesiones o incapacidad psicofísica (conf. art. 1746 C.Civ. y Com.)¹⁴, violación de los derechos

¹⁰ El interés es la relación objetiva existente entre un bien y un sujeto. El derecho tutela el interés, no el bien. De allí el principio general: “el interés es la medida de la acción”.

¹¹ Dicho principio no significa colocar a la víctima en una situación más favorable a la que tendría si el daño no se hubiera producido, ya que ello generaría un enriquecimiento sin causa, indebido o desmedido, sino de colocarla en la misma situación que gozaba antes del hecho dañoso.

¹² Es el perjuicio efectivamente sufrido por la víctima en su persona o bienes a consecuencia del evento dañoso o incumplimiento de la obligación.

¹³ Son las ganancias dejadas de percibir por el damnificado.

¹⁴ Comprende las lesiones temporarias que no dejan incapacidad o bien una incapacidad transitoria (se indemnizan a título de lucro cesante) y las secuelas físicas y psicológicas que sufre la víctima a causa del evento dañoso y que la incapacitan para cumplir con sus tareas laborales y extralaborales. Teniendo en cuenta el sentido amplio que le ha dado al término salud la OMS, como “estado completo de bienestar físico, mental y social del individuo”.

personalísimos (conf. arts. 51 a 61 C.Civ. y Com.), daño moral (consecuencias no patrimoniales, conf. art. 1741 C.Civ. y Com.)¹⁵, y daño al proyecto de vida¹⁶.

Luego a su turno la doctrina y la jurisprudencia han diversificado el catálogo de rubros reparables, asignándole en algunos casos autonomía y en otros solamente un nombre distintivo (*nomen iuris*), como una suerte de subcategoría dentro de alguna de las tipologías generales de daños ut supra referenciadas. Así podemos mencionar: el daño estético¹⁷, privación de uso¹⁸, pérdida del valor venal¹⁹, daño psíquico o psicológico²⁰, daño a la vida de relación²¹.

¹⁵ Está constituido por el dolor, pesar, aflicción, nostalgia y tristeza que experimenta la persona y que afectan su paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor y los más caros afectos. En definitiva, el daño moral ataca las emociones o los sentimientos de la persona.

¹⁶ Es la frustración del plan de vida de una persona a consecuencia del evento dañoso. Lo que se afecta en definitiva es la libertad de una persona, ya que no podrá cumplir con su vocación o realización personal sea en el ámbito cultural, deportivo, social, profesional, artístico, político, económico, etc. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*María Elena Loayza Tamayo*" (Sent. 27/05/98), amén de reconocer a la víctima de un hecho ilícito el derecho a la reparación del daño material -como daño emergente y lucro cesante- y el daño moral, consideró también procedente la compensación por el daño al "proyecto de vida", entendido como una expectativa razonable accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Analizando el tema desde una mirada poética, pero a la vez real, el "proyecto de vida" es lo que el notable escritor brasileño Paulo Coelho en su *best seller* "El Alquimista", llama "Leyenda Personal", es decir, "aquello que siempre deseaste hacer. Todas las personas, al comienzo de su juventud, saben cuál es su Leyenda Personal. En ese momento de la vida todo se ve claro, todo es posible, y ellas no tienen miedo de soñar y desear todo aquello que les gustaría hacer en sus vidas.... ¿Aunque sólo sea viajar? ¿O casarse con la hija de un comerciante de tejidos? O buscar un tesoro. El Alma del Mundo se alimenta con la felicidad de las personas. Cumplir su Leyenda Personal es la única obligación de los hombres. Todo es una sola cosa. Y cuando quieres algo, todo el Universo conspira para que realices tu deseo".

¹⁷ Es la pérdida y/o disminución de la belleza o armonía corporal de una persona a raíz del evento dañoso. A través de la indemnización el Juez le está dando la posibilidad a la víctima de realizarse una operación de cirugía plástica o estética y de esa manera ayudar a solucionar el problema.

¹⁸ Es el dinero debido a la víctima por no poder usar la cosa dañada por un tiempo determinado (que es el tiempo de dura la reparación de la cosa)

¹⁹ Es el dinero debido a la víctima en virtud de la pérdida del valor de venta o desvalorización que experimenta el bien dañado a consecuencia del evento dañoso.

²⁰ Existen posiciones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la autonomía de este daño, ya que hay quienes afirman que este daño está dentro del llamado daño moral o incapacidad psicofísica, y otros que sostienen que es un rubro independiente. Por nuestra parte participamos de ésta última tesis, pero sólo respecto del daño moral, ya que lo única semejanza que tienen es que ambos acontecen en la psiquis o mente, pero la gran diferencia es que el daño moral afecta a los sentimientos, mientras que el daño psíquico afecta el razonamiento (es decir, la capacidad de pensar, reflexionar o discernir de una persona) o personalidad de una persona, ocasionando una profunda perturbación o agravando algún desequilibrio precedente. Además, el daño moral va desapareciendo o menguando con el paso del tiempo (carácter transitorio), mientras que el daño psíquico (que reviste connotaciones de índole patológica permanente) requiere de un adecuado tratamiento psiquiátrico y/o psicológico para ser superado por el paciente. Por último, el daño moral en la mayoría de los casos se invoca ya que está presumido por la ley, no requiere ser probado, mientras que el daño psíquico requiere ser acreditado

Recapitulando, volviendo a las preguntas que titularon y a su vez motivaron este ensayo y continuando con el paralelismo astronómico al que hicimos referencia, el que nos parece muy ilustrativo para demostrar el cambio copernicano de enfoque y perspectiva impulsado por el C.Civ. y Com. en el planeta de la responsabilidad civil, debemos decir que si bien es cierto que nadie puede negarle al daño su origen primigenio como dispositivo detonante y monopolístico de la función resarcitoria –y también punitiva- del deber de reparar, la prevención aparece como la herramienta más adecuada que demandan los tiempos actuales. De la misma forma que la Luna bloquea la luz de Sol, proyectando una sombra sobre la superficie de la Tierra, así la función preventiva (la luna) aparece tímidamente en el firmamento e irá tomando fuerza y coraje para de manera progresiva anteponerse al daño (el sol) y así eclipsar sus efectos nocivos en el universo de la responsabilidad civil.

mediante una pericia psicológica o psiquiátrica que debe hacer un perito médico de la especialidad. Se indemniza por un lado la alteración psicológica, y por el otro, los gastos que demande el tratamiento psíquico y/o psicológico de la víctima.

²¹ Es el que afecta la vida social del damnificado a consecuencia del evento dañoso, acarreando soledad y aislamiento social, retraimiento, falta de interés por compartir actividades con terceras personas.