

DAÑO MORAL: REGULACIÓN EN EL CÓDIGO  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA  
PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU  
CUANTIFICACIÓN

**TRABAJO FINAL DE GRADO**  
**ABOGACÍA**  
**2018**



CORVINO, Florencia Nadin  
Legajo Nro: VABG60620



## **AGRADECIMIENTOS**



## **RESUMEN**

En el presente Trabajo Final de Grado se analizará el instituto del DAÑO MORAL, la recepción histórica que denotaba en el ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994 y la cuantificación del mismo.

El Código Civil de Vélez Sarsfield fue un pionero en la recepción del daño moral como daño independiente del resto, y aunque si bien estaba contemplado en dos esferas de responsabilidad distintas (responsabilidad civil contractual y extracontractual), su tratamiento era idéntico en ambas y la doctrina nacional coincidió pacíficamente en ello, quedando finalmente plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

En la legislación vigente, el daño moral queda encuadrado de manera unificada en el artículo N° 1741 CCCN, titulado “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales” y establece la legitimación para reclamar (ampliando los supuestos que ya obraban en el derogado Código Civil), la posibilidad de suceder la acción indemnizatoria y la cuestión atinente a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que se deberán tener en cuenta al momento de cuantificar el daño.

Finalmente, se analizará la cuestión doctrinaria y jurisprudencial que obra en torno a la disimilitud de criterios a la hora de cuantificar el daño moral y como esto afecta, entre otras cuestiones, a la falta de predictibilidad del derecho, al efecto disuasivo que poseen estas indemnizaciones, el aumento del costo de litigiosidad, lentitud en los procesos judiciales tendientes al cobro de indemnizaciones por daños, dificultad a la hora de realizar arreglos extrajudiciales, y, sobre todo, la falta de seguridad jurídica que acarrea el prescindir de nociones aproximadas de cómo puede llegar a fallar la justicia en el caso concreto.

Palabras clave: daño moral – Código Civil – Código Civil y Comercial – indemnización – cuantificación

## **ABSTRACT**

In this Thesis, the institution of MORAL DAMAGE, its historic regulation denoted in the already abolished Velez Sarsfield Civil Code, its regulation in the new National Civil and Commercial Code, Law No. 26.994, and its quantification will be analyzed.

Velez Sarsfield Civil Code was a pioneer in the regulation of moral damage as independent from the rest and, even though it was covered by two different spheres of responsibility (contractual and non-contractual civil responsibility), its treatment was identical in both spheres and the national doctrine peacefully agreed to it, leaving it finally materialized in the National Civil and Commercial Code, Law No. 26.994, which came into effect on August 1st, 2015.

In the current legislation, moral damage is framed in a unified manner in article No. 1741 of the National Civil and Commercial Code (CCCN, by its Spanish acronym), titled “Indemnification of non-patrimonial consequences”, which states the legitimation to claim (expanding on the assumptions already present in the abolished Civil Code) the possibility of succeeding the indemnifying action and the concern pertaining to the substitutive and compensatory satisfactions that must be considered when quantifying the damage.

At last, we will analyze the doctrine and common law concern about the difference of criteria regarding the quantification of moral damage and how this impacts, among other issues, on the lack of predictability of law, the dissuasive effect this indemnifications have, the increase of the litigation costs, the slowness of lawsuits tending to the collection of indemnification for damages, the difficulty when celebrating extrajudicial agreements, and, above all, the lack of legal certainty caused by the disregard of approximate notions of how justice may fail in the concrete case.

Key words: moral damage – Civil Code – Civil and Commercial Code – indemnification - quantification

## **INDICE**

INTRODUCCIÓN	Pág. 11
CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL	13
1.1 Responsabilidad civil y evolución histórica	15
1.1.1 Derecho romano	15
1.1.2 Edad media	17
1.1.3 Derecho francés	17
1.1.4 Derecho español	17
1.1.5 Derecho Argentino	18
1.2 La regulación de la responsabilidad civil en el derogac Código Civil de Vélez Sarsfield	18
1.2.1 Responsabilidad civil contractual y extracontractual	19
1.3 Conclusiones	23
CAPÍTULO 2: LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DAÑO MORAL E LA LEGISLACIÓN ARGENTINA	25
2.1 Concepto de daño moral	27
2.2 Evolución del tratamiento del daño moral	27
2.2.1Código Civil de Vélez Sarsfield	27
2.2.2 Reforma del año '68	28
2.2.3 Anteproyecto de Código Unificado del año 2011	29
2.2.4 Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994	31
2.3 Conclusiones	34
CAPÍTULO 3: EL TRATAMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIV Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	35
3.1 Concepto de daño	37
3.2 Indemnización	38
3.3 Requisitos	41
3.3.1 Análisis de fallo “V.V.M. y otro c/Omega Cooperativ de Seguros Limitada y otros s/ daños y perjuicios (acc. tra c/ les. o muerte)”	45
3.4 Reparación plena	46

3.3.4	Análisis de fallo “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente Ley 9688” - Corte Suprema de Justicia de la Nación - 21/09/2004	47
3.5	Indemnización de las consecuencias no patrimoniales	49
3.5.1	Análisis de fallo “C., L. A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. s/ Daños y perjuicios” – Suprema Corte de Justicia de La Plata, Buenos Aires – 16/05/2007	53
3.5.2	Análisis de fallo “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.” - Corte Suprema de Justicia de la Nación – 12/04/ 2011	58
3.6	Atenuación de la responsabilidad	59
3.7	Dispensa anticipada de la responsabilidad	60
3.8	Prueba del daño	60
3.8.1	Carga de la prueba	63
3.9	La persona jurídica y el daño moral	64
3.9.1	En el Código Civil	64
3.9.2	En el Código Civil y Comercial de la Nación	68
3.10	Conclusión	69
 CAPITULO 4: LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL		 71
4.1	Doctrinas negatorias	73
4.2	Doctrinas a favor	74
4.2.1	Análisis de fallo “Luis Federico Santa Coloma y otros c/ E.F.A. s/ recurso extraordinario” Corte Suprema de Justicia de la Nación – 05/08/1986	74
4.3	Indemnización punitiva vs. Indemnización resarcitoria	77
4.4	Conclusión	79
 CAPÍTULO 5: VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL		 81
5.1	La valoración del daño moral	83
5.2	La cuantificación del daño moral	84
5.2.1	Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	90

5.2.2 Criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba	92
5.2.2.1 Análisis de fallo “L.Q.C.H. c/ Citibank N.A.” Tribunal Superior de Justicia – 12/12/2006	93
5.2.3 Análisis sobre la implementación de tarifaciones legales indicativas	95
5.2.4 Pautas a seguir recomendadas por el Dr. Mosset Iturraspe	100
5.3 Conclusión	103
CONCLUSIÓN FINAL	107
BIBLIOGRAFÍA	111



## **INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo de investigación se procederá a analizar el daño moral, su recepción normativa a nivel nacional y las cuestiones atinentes a la problemática de la cuantificación de su indemnización.

Este trabajo fue motivado a raíz de notar las diferentes posturas doctrinarias existentes no sólo a la hora de analizar cómo y cuánto otorgar a la víctima de un daño en forma de resarcimiento por el padecimiento sufrido, sino también en la procedencia misma de la indemnización del daño moral.

Existe en nuestra doctrina nacional una cierta cantidad de opiniones en torno a este instituto; y si bien la mayoría coincide con la procedencia del resarcimiento del daño moral, se está de acuerdo en que el mencionado instituto reviste una gran dificultad en torno a su cuantificación por la naturaleza intrínseca del mismo: es imposible de lograr una traducción económica exacta al dolor y a los padecimientos espirituales sufridos por una persona a raíz de un daño injustamente sufrido.

En el primer capítulo del presente Trabajo Final de Grado llamado “Introducción a la responsabilidad civil”, se comenzará a analizar cuál es el origen del resarcimiento del daño moral; esto es, dónde obra el comienzo del derecho a ser resarcido por un daño injustamente padecido y cómo fue el desarrollo del derecho de reparación de daños en distintos sistemas normativos históricos. Finalmente, se analizará la recepción de la responsabilidad civil en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, exponiendo la doble regulación que poseía calificándola como “contractual” o “extracontractual” y los efectos que denotaba la existencia de una doble esfera de derecho positivo regulando ambas formas de responsabilidad civil.

En el segundo capítulo llamado “La evolución de la regulación del daño moral en la legislación argentina”, se adentra en la temática del daño moral, exponiendo las distintas posturas acerca de su concepto y la evolución que presentó a lo largo de las reformas introducidas en la legislación argentina, empezando por la redacción originaria del artículo 1070, la reforma introducida en el año 1968, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2011 y, finalizando con el encuadre legal que posee en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994.

En el tercer capítulo llamado “El tratamiento del daño moral en el Código Civil y Comercial de la Nación” se enumera artículo por artículo lo relativo al tratamiento del derecho de daños, empezando por el concepto de daño, la indemnización, los requisitos de procedencia y el principio de reparación plena, adentrándose en el tema con el artículo 1741 que trata la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, siguiendo con la atenuación de la responsabilidad, la dispensa anticipada de la responsabilidad y la prueba del daño y su carga probatoria. En el último apéndice se desarrolla el tema respecto la procedencia del resarcimiento del daño moral a las personas jurídicas.

Una vez ya expuesto el sistema resarcitorio de daños en la legislación vigente, en el cuarto capítulo denominado “La indemnización del daño moral” se analizarán las distintas doctrinas existentes sobre la misma, así como se hablará del cambio de paradigma que posiciona a la víctima en el centro del eje del sistema de reparación de daños y cuáles son las diferencias que se evidencian con la tesis del resarcimiento punitivo.

Finalmente, en el quinto y último capítulo llamado “Valoración y cuantificación del daño moral” se distinguen los dos momentos de análisis previos al fallo: la valoración y los elementos que deberá tener en cuenta el juez a la hora de analizar la entidad del daño y la cuantificación, mencionando los criterios seguidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Se desarrollan las posturas doctrinarias que obran en torno a la discusión de la implementación de tarifaciones legales en el sistema de reparación del daño moral, finalizando con las 10 reglas acordadas por el Doctor Mosset Iturraspe sobre cómo debería ser la cuantificación del daño moral.

En resumen, se partirá de los antecedentes históricos, la regulación en el Código Civil de Vélez Sarsfield, la evolución de su marco jurídico hasta el vigente Código Civil y Comercial de la Nación, su relación con la persona jurídica, introduciéndose finalmente en la problemática de la cuantificación del daño moral, las doctrinas que están a favor y en contra de dicho resarcimiento y las que están a favor y en contra de la implementación de tarifaciones legales de las distintas especies de daño moral.

## **CAPITULO 1:**

# **INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL**



## INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En su compendio de Obligaciones, los Dres. Pizarro y Vallespinos definen a la responsabilidad civil como “...la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro.” De esta definición se puede extraer el principal requisito para que se genere un supuesto de responsabilidad civil; esto es, la existencia de un daño que repercuta sobre una persona o sobre su patrimonio. Agregan también que dicho daño debe de ser injusto (no provocado por la víctima o culpa de ésta), y que si bien en principio el acto generador debe ser de carácter ilícito, se verá más adelante que también se puede generar un presupuesto de responsabilidad civil por daños derivada de una conducta lícita.<sup>1</sup>

### 1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL Y EVOLUCION HISTORICA<sup>2</sup>

#### 1.1.1 Derecho Romano

Como principal antecedente del Derecho civil que conocemos hoy en día, se encuentra el Derecho Romano, aplicado desde el momento de la fundación de Roma en el año 753 a.C. hasta mediados del siglo VI d.C., donde la reglamentación de la vida civil de entonces queda comprendida en el llamado Corpus Iuris Civilis, el compilado legal encargado por el Emperador Romano de entonces, Justiniano I. El modelo resarcitorio fue variando dentro del mismo Derecho Romano a la vez que el mismo atravesaba distintas etapas de transición.

En un primer momento, no existía un derecho a la reparación como tal, sino un ánimo de retribución en el cual al que generaba un mal, se le generaba un mal. Esta conocida y famosa “Ley del Talión” no se centraba en la eficaz reparación del daño ni en el ánimo de devolver las cosas a la situación anterior al hecho dañoso; su fin y motivo era la simple y sencilla venganza para con el autor del hecho dañoso, sin tipo alguno de valoración de la utilidad de la aplicación de esta pena. Como se suele decir, “- ¿Y cuál es esa justicia (verdadera)? - La

---

<sup>1</sup> Pizarro, R. and Vallespinos, C. (1999). Instituciones de derecho privado. Buenos Aires: Hammurabi.

<sup>2</sup> Pizarro, Ramón D., Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Bs. As., Hammurabi, 2004, p.54 y ss.

que se aplica siguiendo la Ley del Tali3n (...) El castigo por un crimen es el propio crimen”.

En una segunda etapa se le da la facultad a la persona da1ada de que pacte con el ofensor una suma de dinero a cambio de darse por reparado el da1o. En esta instancia vemos el primer acercamiento dentro del Derecho Romano entre el da1o generado por el ofensor y la valoraci3n de este da1o realizada por el que lo sufre. De esta operaci3n l3gica surge el primer atisbo de valoraci3n pecuniaria del da1o y de la efectiva reparaci3n del mismo mediante una entrega que pueda ser valorada econ3micamente. La persona que resultaba da1ada era la encargada de valorar la entidad del da1o sufrido y su alcance, traducirlo en un valor econ3mico, pactarlo con el autor del da1o, y darse por resarcido con la entrega del bien.

En una etapa posterior, es el Estado el que toma la directiva de la administraci3n de la justicia, quit3ndole a las partes el poder de pactar por ellos mismos la resoluci3n de los conflictos ocasionados por el acaecer del hecho da1oso, e instaurando un sistema en el cual era el mismo Estado el que fijaba la suma de dinero que correspondía por cada da1o y obligaba al ofensor a abonársela al ofendido. En esta etapa se observa tambi3n la realizaci3n de un proceso cognitivo cuyo fin es la mensura del da1o, el intento (llevado felizmente a cabo) de poder establecer una suerte de “valor” al da1o sufrido. Sin embargo, se debe destacar que en esta instancia se da un paso atr3s en relaci3n con la eficacia del resarcimiento. Al ser el mismo Estado el que establece el monto de la pena a abonar seg3n el tipo da1o, el epicentro de la cuantificaci3n es el da1o producido, no su consecuyente lesi3n; es por esto que se puede afirmar que la intenci3n del resarcimiento en esta etapa del Derecho Romano sigue siendo el castigo al ofensor, no el resarcimiento en s3 mismo.

Se puede concluir que en el momento de aplicaci3n del Derecho Romano, ya existía la necesidad de una reparaci3n del da1o mediante dinero. Ya sea que la labor de cuantificar el da1o la llevara a cabo el ofendido, el ofensor o el Estado, se veía reflejada una necesidad de intentar volver las cosas al estado anterior al hecho da1oso, de darle al ofendido una sensaci3n de reparaci3n, de saneamiento del perjurio sufrido.

### 1.1.2 Edad Media

Con la caída del Imperio Romano y el consecuente comienzo de la Edad Media, se observa la existencia de múltiples sistemas normativos conviviendo en un mismo espacio territorial, colisionando constantemente el uno con el otro. Los ciudadanos romanos se seguían rigiendo por las leyes del derecho Romano, mientras que los pueblos invasores se regían por sus propias normas, de un corte mucho más primitivo y rudimentario. En esta instancia es sumamente difícil establecer un criterio en materia de resarcimiento del daño, dado a que no existían parámetros comunes de armonización de dichos sistemas normativos.

### 1.1.3 Derecho Francés

En el antiguo derecho francés el panorama tampoco era amigable, ya que se encontraban también dos sistemas normativos vigentes; en el sur prevalecía el derecho escrito, siguiendo las líneas del derecho romano, mientras que en el norte se aplicaba la costumbre, el derecho no escrito. El Estado era sumamente débil y sólo intervenía en algunos casos para castigar ciertos delitos que atentaran contra la paz pública, sin tener el poder necesario como para establecer un sistema de responsabilidad por la producción de daños.

### 1.1.4 Derecho Español

En cuanto al antiguo derecho español, hacia fines del siglo XVII, se produce un cambio fundamental en lo que hace a la materia del resarcimiento civil: la tan necesaria distinción entre la pena que debe ser aplicada al ofensor, la cual es de carácter público, de la indemnización como resarcimiento al ofendido, el cual se encuentra en la órbita del derecho privado. En la actualidad, y como dijo la jurisprudencia francesa Lambert-Faivre, se observa una mutación de “una obligación de reparar del responsable, al derecho de la víctima a ser indemnizada”. Tanto es así, que la figura del ofensor, el productor del daño, ya sea a título propio o a título de responsable por una cosa o por un tercero, es casi decorativa. Existe una importante tendencia a intentar la reparación del

daño por medio de terceros citados en garantía, los cuales son entes aseguradores de la reparación. La razón de este cambio de paradigma reside en el cambio de perspectiva del verdadero motivo de la reparación del daño: la existencia de una víctima que, a consecuencia de un hecho dañoso, se ve perjudicada en sus derechos.

#### 1.1.5 Derecho Argentino

En cuanto al derecho nacional argentino, en el ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, la responsabilidad civil se encontraba contemplada en dos variantes: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. En la responsabilidad civil contractual el daño se torna resarcible por la violación producida a una obligación preexistente entre las partes, mientras que en la extracontractual la responsabilidad civil deviene de la violación al deber genérico de no dañar. Esto significa que, mientras que en la contractual es menester la existencia previa de una relación obligacional entre las partes, la cual es violada por una de las mismas generando un daño y el consecuente derecho-deber de resarcir, en la extracontractual no existe ningún vínculo generador de fuentes de obligaciones, salvo el daño injustamente causado violatorio del deber genérico de no dañar.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se encuentran regulados ambos sistemas, la responsabilidad contractual en los artículos 505 a 514, 519 a 522 y 616 a 624 y la extracontractual en los artículos 91 y ss. y 1066 y ss.

### 1.2 LA REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DEROGADO CODIGO CIVIL DE VELEZ SARFIELD

Como se dijo ut-supra, la legislación argentina que rigió hasta el 1 de agosto del año 2015 presentaba la responsabilidad civil regulada en dos vertientes, según si previamente al hecho dañoso, existía o no una relación contractual entre las partes.

### 1.2.1 La responsabilidad civil contractual y extracontractual

La existencia de dos regímenes (responsabilidad civil contractual y extracontractual) en el Código Civil establecía a una serie de diferencias:

	Responsabilidad Civil Contractual	Responsabilidad Civil Extracontractual
Prueba de la culpa	La culpa se presume y corresponde al deudor demostrar una causa extintiva o impediende.	No se presume, el damnificado debe probar la culpa del autor.
Extensión del resarcimiento	<p>En el caso de incumplimiento culposo se responde únicamente por los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento obligacional.</p> <p>Art. 520 CC: En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.</p> <p>Si el incumplimiento es doloso, se deben también las consecuencias mediatas.</p> <p>Art. 521 CC: Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.</p>	<p>Se responde por las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, pudiendo extenderse en el caso de delitos a las causales que hayan sido previstas y queridas a la hora de la realización del mismo.</p> <p>Art. 903 CC: Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.</p> <p>Art. 904 CC: Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.</p> <p>Art. 905 CC: Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.</p>
Constitución en mora	<p>Por regla se produce automáticamente, surgiendo del plazo establecido en el contrato.</p> <p>Si no hubiere plazo, es necesaria la interpelación por parte del acreedor.</p> <p>Art. 509 CC: En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo</p>	<p>La mora se produce automáticamente, y los intereses corren desde el día de producción del daño.</p>

	<p>no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.</p>	
Prescripción	<p>No tiene regulación especial, rigiendo el plazo general de prescripción decenal ordinario. Art. 4.023 CC: Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.</p>	<p>El Código Civil regula un plazo para la prescripción de dos años. Art. 4.037 CC: Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.</p>
Edad de discernimiento	<p>A partir de los 14 años, se requiere capacidad para discernir actos lícitos.</p>	<p>A partir de los 10 años, se requiere capacidad para discernir actos ilícitos. Art. 921 CC: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los</p>

		dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.
Daño moral	<p>El juez puede condenar al autor del daño de acuerdo a la índole del hecho generador y de las circunstancias del caso en particular.</p> <p>Art. 522 CC: En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Comprende además la indemnización de las pérdidas producidas e intereses.</p>	<p>Art. 1.078 CC: La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.</p>
Cláusulas atenuantes de responsabilidad	<p>Por regla general no rige ningún atenuante. Se puede limitar convencionalmente mediante una cláusula contractual.</p> <p>Art. 655 CC: La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente.</p>	<p>Existe un supuesto de atenuación donde el Juez está facultado para tener en cuenta la situación económica del autor del daño.</p> <p>Art. 1.069 CC: El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses". Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.</p>

<p>Factores de responsabilidad diferentes de la culpa</p>	<p>El factor de atribución en la responsabilidad contractual es de carácter subjetivo, esencialmente la culpa. De manera excepcional se pueden observar ciertos supuestos de factor objetivo de atribución, como por ejemplo el riesgo profesional en el contrato de trabajo y el deber de seguridad en el contrato de transporte.</p> <p>Ley 9.688 de Accidentes de trabajo. Art. 1: Todo empleador será responsable de los accidentes ocurridos a sus empleados u obreros durante el tiempo de prestación de los servicios, ya sea por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo. El empleador será igualmente responsable del accidente cuando el hecho generador ocurra al trabajador en el trayecto entre su lugar de trabajo y su domicilio, o viceversa, siempre que el recorrido no haya sido interrumpido en interés particular del trabajador o por cualquiera razón extraña al trabajo.</p> <p>El Estado nacional, las provincias y las municipalidades en su carácter de empleadores están sujetas a las responsabilidades y obligaciones que esta ley establece. Art. 5: La responsabilidad del patrón se presume respecto a todo accidente producido en los casos del art. 1. de la presente ley, sin</p>	<p>En la responsabilidad extracontractual el factor de atribución también es por regla subjetivo; sin embargo existen numerosos casos donde la culpa cede ante otros factores.</p>
---	---	--

	<p>más excepciones que las especificadas en la anterior disposición.</p> <p>Art. 184 Código de Comercio: En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.</p>	
--	--	--

A pesar de las diferencias que estos dos regímenes plasman en el Código Civil, la doctrina moderna admitió pacíficamente el carácter común de la responsabilidad civil, dejando de lado dicha distinción y tratándolos como una unidad conceptual. Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994 se supera dicha distinción, regulándose la responsabilidad civil por daños como un todo.

### 1.3 CONCLUSIONES

Finalizando con el Capítulo 1: Introducción a la responsabilidad civil, se pueden tomar las siguientes conclusiones:

- El puntapié para el nacimiento de la responsabilidad civil es la existencia de un daño a una persona injustamente sufrido por la misma, generando el derecho a verse resarcida en su totalidad.
- En cuanto al desarrollo histórico del instituto, se ve que desde la cuna del derecho romano ya se contemplaba el resarcimiento del daño, en una primera instancia mediante la aplicación de la ley del talión, en una

segunda ya comenzando con la sustitución económica de la pena pactada por las partes, y en una tercera en la cual es el Estado el que toma parte en dicho resarcimiento.

- En nuestro país con la regencia del Código Civil se contemplaba la responsabilidad civil en dos tipos, según la existencia o no de una relación contractual previa entre el responsable del daño y la víctima del mismo, teniendo una serie de efectos distintos según sea contractual o extracontractual, coincidiendo la doctrina en la necesidad de una reforma en el tratamiento de daños en el cual la responsabilidad sea regulada de manera conjunta.

## **CAPÍTULO 2:**

# **LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**



# LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

## 2.1 CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Se puede decir que el daño moral es la minoración en la subjetividad de la persona humana derivada de la lesión a un interés no patrimonial o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial,<sup>3</sup> definición propuesta por la Dra. Zavala de González en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil del año 1984, en colaboración con los doctores Pizarro, Chiappero de Bas, Sandoval y Junyent de Sandoval.

## 2.2 LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DEL DAÑO MORAL

### 2.1.1 Código Civil de Vélez Sarsfield

En la regulación legal del Daño Moral, nuestro viejo Código Civil de Vélez Sarsfield fue un pionero, al ser el primero de su época en regularlo de manera expresa.

“Si el hecho fuese un delito del Derecho Criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”

(Artículo 1070, Código Civil, texto originario, derogado por ley 17.711, 1968)

En su redacción original, este rubro indemnizatorio estaba únicamente previsto para los daños producidos en razón de la comisión de un delito de derecho

---

<sup>3</sup> Pizarro, R. (2017). El concepto de daño en el Código Civil y Comercial. La Ley, RCyS2017-X, 13(AR/DOC/2241/2017).

criminal. No obstante, no se puede dejar de recalcar que Vélez Sarsfield, a la hora de regularlo, produce una revolución en el tratamiento del Derecho de Daños puesto que la reparación del daño moral era rechazada por la mayor parte de los juristas.

Antes de la reforma del Código de 1968, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpretaban el artículo de manera literal: el daño moral sólo se configuraba ante la producción de una lesión derivada de un delito del derecho criminal, independientemente de si el delito fue cometido culposamente o a título de dolo. No obstante, otras corrientes doctrinarias minoritarias sostenían que para que se genere el daño moral era menester que el delito cometido sea de índole doloso, como también otros manifestaban que bastaba que la lesión se haya producido por cualquier ilícito civil, aunque no pertenezca al derecho criminal, llegando a la corriente más flexible según la cual se admitía también la reparación del daño moral en materia de incumplimiento contractual.

En el año 1961, en el marco del “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil” realizado en Córdoba, en el cual se discutía “La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil”, se aprobó unánimemente la recomendación de extender la indemnización del daño moral a todos los supuestos, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual. Esta sería una de las bases fundamentales para la reforma del Código Civil del año 1968.

### 2.2.2 La reforma del año 68

Con la reforma del año 1968 (Ley 17.711) se viene a renovar íntegramente el tratamiento de la reparación del daño moral. La reforma introdujo la amplia admisión del daño moral tanto en la órbita contractual (art. 522) como en la extracontractual (art. 1078).

“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”

(Artículo 522, Código Civil Argentino, derogado por Ley 26.994)

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

(Artículo 1078, Código Civil Argentino, derogado por Ley 26.994)

Analizando superficialmente el artículo 522, se destaca la discrecionalidad judicial a la hora de aplicar este instituto, dado que el juez “puede” condenar al responsable a la reparación del agravio moral en caso de incumplimiento “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

En cuanto al daño moral de origen extracontractual, el artículo 1078 legisla su aplicación en el caso de actos ilícitos y delimita la legitimación a la hora de poder reclamarlo, siendo propio del damnificado directo y excepcionalmente de sus herederos forzosos si a raíz del ilícito se produjo la muerte de la víctima.

Queda en evidencia que, a la hora de resarcir íntegramente a la persona víctima de daño moral, este artículo es sumamente acotado en su legitimación activa. Es por esto que, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma en diversos fallos, se les han reconocido derechos resarcitorios a personas que, por su vínculo con la víctima directa del daño, estaban excluidos por la norma en cuestión. Es el caso del derecho resarcitorio de la concubina (Cám. Civ. Y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, “R.S.E. v. Bustos, Esteban y otra”, LLBA 2005-134), de los padres por el hijo que sobrevive con gran discapacidad (SCBA, 16/5/2007, Ac. C 85.129, “C., L. A. y Otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros.”, JA, 2007-III,-46) e incluso de los hermanos (Cám. Nac. Civ. Sala F, 24/08/2009, “Contreras, Mamani y otros c/ Muñoz, Cristian y otros”; R. R. C. y S. N° 10, Octubre 2009-98).

### 2.2.3 Anteproyecto de Código Unificado del año 2011

La Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci,

redactaron el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus "Fundamentos", en los que se detalla tanto el método a utilizar como los principios en los que se inspiró su trabajo de reforma. En los "Fundamentos"<sup>4</sup>, se establece como base el Proyecto de 1998, el cual "...contiene tres artículos claves: el artículo 1588 dispone: "Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado". Luego el extenso artículo 1600 preceptúa: "Alcances.- En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso". El artículo 1601 dispone: "Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable".

También cita al Código Civil Peruano en cuanto su artículo 1984 dispone que "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia" y el artículo 1985 "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño

---

<sup>4</sup> Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E. and Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Buenos Aires.

*producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.*

*En cuanto a la regulación del daño moral, el Anteproyecto “...amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible. El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria. En los demás artículos se establecen criterios tradicionales aceptados por la doctrina”*

#### 2.2.4 Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994

##### Efectos de la derogación del Art. 1078 del Código Civil en cuanto al tratamiento del daño moral<sup>5</sup>

En el viejo Código Civil existía la distinción entre daño moral de origen contractual (art. 522) y daño moral con origen en un hecho ilícito (art. 1078). Esta distinción era criticada por un fragmento de la doctrina nacional. En tal sentido, se sostenía que *“la indemnización por daño moral no depende del ámbito en que se verifica el perjuicio, sino que está supeditada únicamente a la existencia del daño moral, sea porque ha sido probado, o porque pueda presumirse conforme a las circunstancias del caso”*.<sup>6</sup>

Con la derogación de ambos artículos y siguiendo el criterio según el cual lo importante es la existencia del daño y no el hecho que le dio origen, el daño moral queda contemplado de manera unificada en el art. 1741 del CCyCN y será resarcido siempre y cuando sea presumido o, según el caso, probado.

---

<sup>5</sup> Krieger, W. (2016). Efectos de la derogación del artículo 1107 de Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?. La Ley, RCCYC 2016 (octubre), 19/10/2016,97(AR/DOC/3073/2016).

<sup>6</sup> Zavala de González, M. (2005). ¿Cuánto por daño moral?. Buenos Aires: Hammurabbi, p.160.

Sin embargo, a la hora de la acreditación del daño, es lógico que en caso de los daños producidos a raíz de la inejecución de ciertos tipos de contrato, la prueba de la existencia del mismo será evaluada con mayor profundidad que en otros, y, sobre todo, cuando el origen sea de fuente extracontractual.

De esto se concluye que, si bien con la derogación del art. 1071 y 522 se deja de lado la distinción del acto o hecho originador del daño moral, en el tratamiento de sus efectos siguen subsistiendo algunas distinciones.

### El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, se viene a superar tanto la distinción de la naturaleza del acto jurídico que hace de hecho generador del daño (responsabilidad contractual o extracontractual) como la cuestión de lo restringido de la legitimación activa para reclamar el resarcimiento de este rubro.

“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

(Artículo 1741 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994)

El nuevo artículo encargado de regular el tratamiento del daño moral en el Derecho Argentino, se aparta de las cuestiones conceptuales y se avoca directamente a la legitimación para reclamarlo.

La regla es que la legitimación activa para reclamar resarcimiento por daño moral pertenece al damnificado directo, previendo dos supuestos de excepción:

- La muerte del damnificado directo
- La gran incapacidad del damnificado directo

En estos casos, la legitimación activa se hace extensible al damnificado indirecto, el cual es víctima del daño por vía refleja; en este caso, por el fallecimiento de la persona que fue víctima inmediata del hecho dañoso o por la gran incapacidad sufrida por la misma (en este caso, concurriendo conjuntamente la víctima y el damnificado indirecto por derecho propio y en representación del incapacitado).

Los damnificados indirectos admitidos en el art. 1741 son el cónyuge, los ascendientes, descendientes y convivientes que recibían un trato familiar ostensible.

Otra cuestión fundamental que se viene a incluir a la hora de regular el daño moral es la relativa al carácter del resarcimiento, ya que consolida al monto dinerario a entregar como rubro indemnizatorio de carácter sustitutivo y compensatorio frente a la minoración espiritual sufrida por el damnificado.

*“Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc. que permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ‘obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales’<sup>7</sup>. Agregó el Alto Tribunal que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... el dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”<sup>8</sup>. (FALLOS CONCORDANTES: CNCiv., Sala F, 12/3/2004, “García, Ramón Alfredo c/ Campana, Anibal s/ daños y*

---

<sup>7</sup> Galdos, J. (2015). El daño moral contractual y extracontractual. [ebook] Buenos Aires, p.<http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>. Available at: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf> [Accessed 2 Nov. 2017].

<sup>8</sup> CSJN, -04-12 2011- “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros” RCyS2011-VIII, 176 con apostilla de Galdós, Jorge M.

perjuicios”, elDial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 3/8/2004m “T., V. O. y ots. c/ M. C. B. A. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2004-1238; CNCiv., Sala F, 24/05/2009, “Contreras, Mamani Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros”, RCyS 2009-X- 99; C. Civ. Y Com. Bahía Blanca, Sala II, 23/11/2006 “G. S. c/ M. J. s/ Daños y Perjuicios; CCiv. Y Com. Bahía Blanca, Sala II, 19/09/2006 “B. G. M. c/ A. M. E. s/ Daños y Perjuicios”; causa N° 55.074, 09/06/11, “Benitez María del Carmen c/ Farina Haydee Susana y Otros s/ Daños y Perjuicios”).)

### 2.3 CONCLUSIONES

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se ha producido un avance de calidad en cuanto al tratamiento del daño moral. Se procedió a equiparar el concepto de “daño moral” con los de “daño no patrimonial”, “extrapatrimonial” o “daño inmaterial”; se unificó el régimen del daño moral de origen contractual con el extracontractual, dándoles el mismo tratamiento; se recepta la legitimación indirecta en el caso de grave incapacidad padecida por el damnificado directo, y se amplían los supuestos de legitimados activos indirectos a los ascendientes, descendientes, cónyuge y convivientes que manifestaren trato familiar ostensible.

## **CAPÍTULO 3:**

# **EL TRATAMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**



## EL TRATAMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

El derecho de daños se encuentra legislado en el Libro Tercero – Derechos Personales – Título V: Otras fuentes de las obligaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación.

### 3.1 CONCEPTO DE DAÑO

El primer artículo de la Sección 4º: Daño Resarcible, establece el concepto de Daño.

#### ARTÍCULO 1737: CONCEPTO DE DAÑO

*“Hay daño 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”.*

Este artículo nos brinda el concepto de lo que se entiende por “daño jurídico”; esto es, la lesión producida a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

De esta concepción que nos brinda el Código, surge la necesidad de hacer la distinción entre lo que se entiende por daño en sentido material en contraposición con el daño jurídico.

El daño material o daño explícito es el daño que efectivamente se produce sobre el bien, la lesión que sufre el mismo. Contrariamente, el daño jurídico consiste en la lesión producida al interés propio del damnificado a recaer sobre el bien dañado, siempre y cuando este interés sea lícito, y, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial, consecuentemente debe menoscabar el patrimonio de la persona o su espíritu.

De esta distinción surge la clara intención del legislador en poner su eje en la persona; dejar de centrarse en el daño que objetivamente se produjo sobre el bien para pasar a una visión humanitaria del mismo, en el que lo preponderante es el interés que poseía el damnificado sobre el bien sobre el cual recayó la lesión y no la lesión en sí misma. Este cambio de paradigma abre el campo de

las consecuencias resarcibles, ya que se al enfocarse en la lesión sobre los derechos o intereses que tiene la persona sobre el bien patrimonial o extrapatrimonial, más de una persona puede ver a éstos afectados a raíz de un mismo hecho lesivo.

Concluyendo el análisis del artículo, se puede establecer que:

- El daño material o daño fáctico consiste en la lesión que recae sobre un bien sobre el cual el damnificado posee el interés sobre el mismo porque le permite satisfacer una necesidad.
- El daño jurídico es la lesión que se produce en el interés sobre el bien que tiene el damnificado, ya que éste le permite satisfacer una necesidad.
- La consecuencia que necesariamente se deriva de la lesión al interés o derecho que posee el damnificado sobre el bien patrimonial o extrapatrimonial dañado materialmente, constituye el daño resarcible.
- El daño, para ser resarcible, tiene que haberse producido sobre un interés o derecho no reprobado por el ordenamiento jurídico, y debe recaer necesariamente sobre la persona (carácter extrapatrimonial), sus bienes (carácter patrimonial) o un derecho de incidencia colectiva.

El daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida de la persona; ejemplos de estos bienes son la paz, la libertad, tranquilidad y honor, siendo su objeto la indemnización del daño que supone la privación, disminución o afección de estos bienes.

### 3.2 INDEMNIZACIÓN

#### ARTICULO 1738: INDEMNIZACION

*“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su*

*salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.*

El artículo en análisis recepta la indemnización (consecuencias resarcibles) que va a proceder a raíz de la afección de un derecho o interés no contrario al ordenamiento jurídico, a la vez que enumera ciertos rubros resarcitorios relevantes. Establece que dentro de la indemnización quedan comprendidos el daño emergente y lucro cesante (de carácter patrimonial) y la pérdida de chance y consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima (pueden ser de carácter tanto patrimonial como extrapatrimonial).

- “... *la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima...*” – Daño emergente:

El daño emergente es daño producido a raíz del detrimento o disminución del valor del patrimonio de la víctima, que puede producirse tanto por la pérdida, deterioro, destrucción o privación del uso o goce de un bien o conjunto de bienes sobre los cuales tiene un interés legítimo el damnificado, o bien por los gastos que el mismo haya debido realizar a raíz del hecho dañoso.

Es necesario destacar que en este rubro resarcitorio, lo que se resarce no es el detrimento patrimonial (el valor en dinero que efectivamente perdió el damnificado), sino el valor del interés que la pérdida o disminución de valor de ese bien le produce a la hora de satisfacer una necesidad, pudiendo dichos valores coincidir o no. Ejemplos de daño emergente: una inmueble dañado estructuralmente por una fuga de un caño maestro, gastos de atención médica, rehabilitación y farmacia ante un daño en la salud de una persona, destrucción de un automóvil a raíz de un accidente de tránsito, etc.

- “...el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención” – Lucro Cesante:

El lucro cesante es el daño que se produce en el patrimonio de la víctima cuando a raíz de un hecho dañoso, se ve privado o cercenado de un cierto ingreso económico. El artículo remarca la

necesidad de una probabilidad objetiva a la hora de valorar su existencia; esto es, que debe existir certidumbre sobre la obtención de un beneficio económico de no haber mediado el hecho dañoso, no puede ser solo una mera probabilidad de obtención del mismo.

Ejemplos de lucro cesante: la pérdida de percepción de alquileres por el estado del inmueble dañado estructuralmente por una fuga de un caño maestro, la pérdida salarial de un jugador de fútbol con contrato por presentía en partidos a raíz de una lesión producida en un accidente de tránsito, así como la pérdida de días laborales de un taxista mientras tiene el auto en el taller a raíz de un choque entre vehículos, debiéndose destacar por su trascendencia la incapacidad sobreviniente (inhabilidad o impedimento para el ejercicio de funciones cotidianas), para lo cual se tomará en cuenta el impacto que se produzca en el patrimonio del damnificado, independientemente de la valoración económica del daño en sí. El Código Civil y Comercial se ocupa específicamente de este rubro en el art. 1746.

- Pérdida de chance:

Si bien dicho rubro ya encontraba predicamento en la doctrina y jurisprudencia nacional, es con la sanción del Código Civil y Comercial que encuentra su expresa recepción normativa. Se puede decir que la pérdida de chance es la frustración de la posibilidad cierta y actual que poseía el damnificado de obtener un bien o una satisfacción, ya sea material o inmaterial.

Este rubro, a diferencia de los dos anteriores, puede ser de naturaleza tanto patrimonial como extrapatrimonial, debiendo depender si el interés que existía sobre la probabilidad de obtención de la chance era de una u otra índole.

Ejemplos de pérdida de chance: la pérdida de la oportunidad de obtener un fallo favorable cuando un abogado omite interponer un recurso de apelación ante una sentencia en primera instancia, la pérdida de la oportunidad de supervivencia de una persona ante una mala praxis médica, así como la privación por culpa de un tercero de

ganar un premio laboral al cual se aspiraba y se contaba con los requisitos necesarios para obtenerlo.

### 3.3 REQUISITOS

#### ARTICULO 1739: REQUISITOS

*“Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”*

De este artículo se puede decir que establece dos marcos normativos. En un primer lugar, los requisitos que debe presentar un daño para que sea indemnizable; en segundo, los requisitos para que proceda la indemnización en el caso de la pérdida de chance.

#### Los requisitos de procedencia para la indemnización por daños:

- El daño debe ser directo o indirecto:

Esta distinción proviene de la legitimación activa a la hora de reclamar la indemnización por el daño.

Se puede decir que “daño directo” el que padece la víctima que sufrió en persona el daño-lesión, mientras que el “daño indirecto” es el sufrido por la persona a raíz del daño-lesión producido a un tercero. En ambos casos el daño es resarcible.

- Ejemplo de daño directo: la víctima de lesiones en un accidente automovilístico.
- Ejemplo de daño indirecto: la viuda de la víctima de un accidente de tránsito con el que se produce su fallecimiento.

- El daño debe ser actual o futuro:

El artículo de marras establece que el daño será reparable ya sea actual o futuro. El momento a tomarse en cuenta para clasificarlo es el del dictado de la sentencia, en el cuál se evaluará si el daño se produjo o fue sufrido antes del dictado de la misma, o si caso contrario, con seguridad se producirá luego del dictamen judicial.

- Ejemplo de daño actual: el daño emergente producido a raíz de los gastos médicos de urgencia realizados tras un accidente automovilístico.
- Ejemplo de daño futuro: los gastos de rehabilitación que necesariamente deberá afrontar la víctima del accidente automovilístico después del dictado de la sentencia.

Además, el daño moral debe ser cierto. El daño moral es cierto cuando es verificable su existencia, aun cuando sea extremadamente difícil su cuantificación. En el daño que subsiste al momento de dictar sentencia, la operación de constatación de la existencia del daño moral es significativamente más sencilla que en el caso del daño futuro, donde siempre existe un cierto grado de aleatoriedad sobre el impacto del hecho dañoso al momento de generarse el daño. El tema se relaciona directamente con la prueba del daño moral, cuya existencia frecuentemente se desprende mediante presunción o indicio de la existencia de la lesión a un interés no patrimonial.

#### La cuestión del daño moral actual y futuro.

Según una corriente doctrinaria, el daño moral tiende a atenuarse con el tiempo. Esta corriente asevera que con el transcurso del tiempo los sentimientos de dolor, pena y/o angustia que afectan a la persona vulnerada, tienen a menguar o, al menos, a mutar a afecciones de menor profundidad. Esta corriente es criticable al menos por dos motivos: el primero, que es erróneo identificar al daño moral con el dolor, pena y/o angustia, ya que esos son sólo síntomas de la minoración espiritual producida por la lesión a un interés de carácter no patrimonial.

La segunda cuestión a tener en cuenta es sobre la validez de la existencia de daño moral resarcible aunque no exista manifestación alguna de éstos conceptos por parte del damnificado. Ejemplo de esto podría ser el caso de un niño que padezca autismo y sufra la muerte de su padre de forma traumática en un accidente de tránsito. En este caso, se presume la existencia del daño moral que afecta al niño, a pesar de que el trastorno que lo afecta sea una barrera a la hora de poder expresar sus emociones mediante las formas habituales. Lo mismo se da en el caso del daño futuro, el cual puede ser totalmente cierto y susceptible de ser indemnizado, aunque al momento de dictar sentencia aún no se haya manifestado. Esto se da como consecuencia de la evaluación de cómo se van a desenvolver las cosas con el transcurso del tiempo; esto es, si la víctima va a sufrir un daño moral que aún no se ha configurado o si se agravará el daño ya producido al momento de dictar sentencia. Ejemplo de esto es el caso del niño que en una operación quirúrgica por una mala praxis médica pierde la fertilidad y con ello su capacidad reproductiva. Al momento de dictar sentencia, el niño aún no tiene comprensión del daño irreversible que se le ha producido, agravándose exponencialmente el detrimento de su situación espiritual cuando, llegada la madurez, decida formar una familia. Es por esto que en la actualidad, en nuestro sistema jurídico, no cabe duda de la existencia del derecho de reparar el daño moral futuro.

- El daño debe ser cierto y subsistente:

La certeza del daño es el principal presupuesto del resarcimiento del mismo; esto es: que el daño realmente exista y que no sea meramente una conjetura o posibilidad.

En cuanto a su subsistencia, se sostiene que el mismo debe existir al momento del dictado de la sentencia, ya que no es válido el resarcimiento de un daño que ya fue subsanado. En el caso de haber sido remediado por el sindicado como responsable, el resarcimiento queda anulado por los modos extintivos previstos en el Código. En el caso que haya sido reparado por un tercero, la obligación resarcitoria se

transmite a éste en contra del sindicato como responsable, y en el caso de que haya sido la misma víctima la que reparó el daño, el perjuicio subsiste.

La certeza y la subsistencia son, conjuntamente con la personalidad del daño y la afectación de intereses no reprobados por el sistema jurídico, los presupuestos del daño resarcible.

#### Los requisitos de procedencia para la pérdida de chance:

El artículo en análisis establece dos recaudos que se deben tener en cuenta al momento de la evaluación de la procedencia de este rubro resarcitorio.

- “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable...”:

Para que proceda el resarcimiento, debe existir certeza sobre la probabilidad que tenía la víctima de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio. Lo que se exige no es la certidumbre de que de no haber mediado la intervención del tercero, la chance se hubiese concretado, sino que se exige la razonabilidad sobre la existencia de esta chance con la que contaba la víctima. Una vez comprobada la existencia de la chance, la pérdida de chance será resarcida aunque hubiese habido pocas probabilidades de que finalmente se hubiese podido concretar.

La pérdida de chance es la frustración de la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un detrimento ya sea moral o patrimonial. Como dice la Dra. Zavala de González, “...lo que frustrado no es el beneficio esperado, sino la mera probabilidad de lograrlo que razonablemente hubiese tenido el damnificado de no mediar el ilícito”.<sup>9</sup>

En cuanto a los requisitos para la procedencia de la pérdida de chance, está claro que la chance debe ser real y no una mera probabilidad o una expectativa del damnificado. Cierta parte de la doctrina liga la realidad de la existencia de la chance con la cuestión temporal entre la frustración y el momento sindicado para que ocurriera de no haberse frustrado. El Dr. Pizarro sostiene que la

---

<sup>9</sup> Zavala de González, M. (1996). Resarcimiento de Daños; Daños a las personas. Integridad psicofísica. Buenos Aires: Hammurabbi, p.373.

certeza sobre la existencia de la chance no necesariamente depende de una cuestión temporánea, sino que esta es solo uno de los factores a tener en cuenta al momento de analizar la existencia del rubro.

Desembocando este análisis en el tema que se está analizando, se observa que la mayoría de la doctrina nacional tiende a identificar a la pérdida de chance netamente con el daño patrimonial, basándose en las consecuencias patrimoniales de la chance perdida. Sin embargo, nada obsta que se dé una pérdida de chance en el ámbito subjetivo de la persona.

### 3.3.1 ANALISIS DE FALLO: “V.V.M. y otro c/ Omega Cooperativa de Seguros Limitada y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)” - Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

En Junio de 1998, J.E.V. (16 años, soltera, estudiante de secundaria) circulaba en bicicleta en la ciudad de Concordia, Entre Ríos, cuando sufrió un accidente de tránsito, resultando sus lesiones “...*aplastamiento pelviano y múltiples fracturas, con evisceración y lesiones de varias asas intestinales, ovario derecho y uretra*”, padeciendo “... *una incapacidad parcial y permanente del 100% del valor obrero total y total de vida y una disminución auditiva por trauma acústico que le genera una incapacidad auditiva del 98,8%, además de ‘disfunción sexual’ que le impide tener hijos*”. En esta circunstancia es que V.M.V. y J.M.C., en representación de su hija menor de edad, promueven demanda en contra de C.M.D., M.E.P. y D.H.D., citando en garantía a la aseguradora “Omega Cooperativa de Seguros Limitada”, en los términos del art. 118 de la Ley 17.418.

Al fallar, los jueces se detuvieron en particular a analizar la pérdida de chance matrimonial. Manifestaron que si bien en un principio este rubro estaba fundado en el rol de la mujer según el cual su aspiración era casarse y encontrarse circunscripta a los trabajos del hogar permaneciendo ajena a las actividades profesionales, en la actualidad se ha trascendido de esta concepción. Hoy lo que se tiene en cuenta es la minoración que sufrirá la persona a la hora de establecer los lazos emotivos, tanto físicos como psíquicos, necesarios para

formar los vínculos indispensables a la hora de construir una vida en pareja, por lo que se otorga indistintamente a mujeres y a hombres.

A la hora de proceder al resarcimiento de la pérdida de chance, se puede afirmar que el valor de dicha indemnización depende casi en su totalidad del libre arbitrio judicial. Sin embargo de deben seguir ciertos parámetros al momento de fijar el quantum: la situación en la que hubiese quedado la víctima en el caso de que la chance hubiese ocurrido, la probabilidad que existía de que la misma se produjera, y el monto indemnizatorio que hubiese correspondido en el caso en que se hubiera concretado la chance.

- “...y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”:

Las consecuencias del daño deben necesariamente guardar una relación de causalidad con el hecho generador del mismo; es decir, debe existir una relación de causalidad adecuada entre la conducta llevada a cabo por el sindicato como responsable y la pérdida de la oportunidad sufrida por la víctima.

### 3.4 REPARACIÓN PLENA

#### ARTÍCULO 1740: REPARACIÓN PLENA

*“La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.*

Este principio pertenece a los principios generales del derecho, poseyendo jerarquía constitucional al desprenderse del Art. 19. Si bien ya encontraba aceptación generalizada en la doctrina y jurisprudencia nacional, es con el Código Civil y Comercial de la Nación que este principio adquiere expresa regulación normativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió al respecto en el caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A”.

#### 3.3.4 ANÁLISIS DE FALLO “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A”:

En el año 1997 I. Aquino (29 años, operario) sufrió una caída desde 10 metros de altura mientras realizaba una tarea laboral siguiendo instrucciones de su empleador. Al damnificado no se le habían entregado elementos de seguridad y la infraestructura del depósito en el que trabajaba no contaba con equipamiento para prevenir las caídas. A raíz del accidente, Aquino sufrió un 100% de minusvalía en su capacidad obrera, no siendo capaz ni de retomar sus actividades laborales ni de realizar ningún otro tipo de actividad remunerada.

En este fallo lo que se cuestiona es el Art. 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo, la cual le impide a los trabajadores exigir resarcimientos en sede civil ante supuestos de accidentes o enfermedades laborales. Los trabajadores, con la aplicación de este artículo, se ven sumamente desfavorecidos a la hora de la cuantificación del resarcimiento. En el Art. 39 LRT se contempla únicamente el lucro cesante, mientras que de acudir al resarcimiento por daños ordinario, se vería habilitado para reclamar toda la integridad de rubros correspondientes al daño efectivamente sufrido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, en el año 2004, declarar la inconstitucionalidad del art. 39 LRT, ya que entendieron que el mismo vulnera el principio de reparación integral del daño.

Según el Doctor Pizarro<sup>10</sup>, las proyecciones del caso “Aquino”, en cuanto proclama que la existencia del derecho a la reparación posee jerarquía constitucional, son que las limitaciones obrantes en leyes especiales (Código

---

<sup>10</sup> Pizarro, R. (2004). "Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación plena desde la perspectiva constitucional." Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [online] Available at: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Accessed 30 Nov. 2017].

Aeronáutico, Ley de Navegación, etc.) deberán sortear el test de constitucionalidad al ser aplicados, y en el caso en que la aplicación de estas regulaciones opere en una degradación al derecho de reparación plena, deberán ser tachados de inconstitucionales.

El artículo establece que el principio de reparación plena consiste en devolver a la víctima del daño a su estado anterior. Se le da la facultad al damnificado de optar por pago en especie o en dinero, pudiendo optar por el pago específico siempre y cuando no resulte parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo. También se le da la facultad de poder solicitar que al momento de dictado de la sentencia se establezca la publicidad de la sentencia íntegra o en la parte que sea pertinente, siempre que el daño se haya producido de una lesión al honor, la intimidad o la identidad personal, todo esto a costa del responsable.

El objetivo de este principio es, como se dijo anteriormente, devolver a la víctima al estado que presentaba antes de la producción del daño, por lo cual se puede decir que debe existir una suerte de “equivalencia” entre el daño y su reparación. El Código menciona las dos formas existentes de resarcimiento, dinerario o en especie.

- Ejemplo de reparación en especie: el arreglo integral de un departamento dañado por humedad filtrada de una rotura de caño del departamento del piso superior.
- Ejemplo de reparación dineraria: el responsable hace entrega de una cifra monetaria a la víctima con el fin de recomponer su patrimonio o bien generar una satisfacción sustitutiva ante el daño extrapatrimonial sufrido.

La víctima puede optar por cualquiera de las dos opciones, incluso pudiendo elegir satisfacerse con ambas parcialmente.

Finalmente, el artículo menciona la facultad que tiene el Juez, a pedido de parte, de ordenar la publicación de la sentencia en su totalidad o en parte a costa del responsable.

### 3.5 INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES

#### ARTICULO 1741: INDEMNIZACION DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES

*“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*

*La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.*

*El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.*

Finalmente, el artículo en análisis se refiere exclusivamente a la reparación del daño moral. Delimita las cuestiones relativas a su legitimación activa y a los criterios que se deberán seguir al momento de su cuantificación.

Podemos llamar *daño moral* a la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.<sup>11</sup>

En el viejo Código Civil de Vélez Sarsfield la antigua regulación del daño moral se encuentra en el artículo 1078, el cual establece que procede en el caso de los daños causados por actos ilícitos, que sólo podrá ser reclamado por el damnificado directo, y en el caso en que éste hubiese fallecido a razón del ilícito, podrían reclamarlo únicamente los herederos forzosos. Con el cambio de paradigma en el que toma especial relevancia la persona de la víctima y el

---

<sup>11</sup> Cita del Dr. Pizarro a la definición aportada por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil del año 1984 en Pizarro, Ramón D., Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Bs. As., Hammurabi, 2004, p.31.

daño sufrido por ella, se cuestionaba si no era necesaria una suerte de renovación del marco legal del daño moral.

Entre los argumentos que se encontraban a favor de la reforma del tratamiento del daño moral, con la consecuente ampliación de los legitimados activos y modificación del presupuesto de aplicación de la norma podemos encontrar:

- El artículo 1078 es violatorio del principio de reparación integral a la víctima por el daño sufrido, el cual reviste carácter constitucional. El daño, si subsistiera todo o en parte sin ser resarcido, atenta contra la reparación integral. En tal sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S. A., fallo analizado precedentemente.
- De misma forma, el límite que se le pone al resarcimiento del daño moral atenta contra el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional) en el sentido que margina el acceso a reclamar ante un perjuicio de índole extrapatrimonial sufrido por un excluido por el límite que se establece a la legitimación activa a un determinado círculo de personas que son susceptibles de verse menoscabados moralmente por el daño producido, sin ser necesariamente herederos forzosos de la víctima de la lesión. Es el caso, por ejemplo, de los hermanos y los concubinos.
- La protección que debe realizarse sobre la persona y su integridad, respaldada por normas internacionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho”, Fallos, 315:1492, al darle prioridad a los tratados internacionales, permite observar que este artículo es violatorio del Pacto San José de Costa Rica, que en sus artículos 5 y 17 protege la integridad física, psíquica y moral de la persona y a la familia, respectivamente.

Los fundamentos expuestos dejan en evidencia que era necesario un cambio en el tratamiento del resarcimiento del daño moral.

Ingresando al análisis del artículo 1741 del Código Civil y Comercial, se observa que se ha hecho extensiva la legitimación activa del art. 1078 a los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con el causante recibiendo trato familiar ostensible, y no sólo en caso de la muerte de la víctima directa de la lesión, sino también en el caso en que la misma haya resultado gravemente discapacitado.

### ANÁLISIS DEL ARTICULO 1741 CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

- “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo”

Establece la regla general del resarcimiento del daño moral: el legitimado para reclamarlo es el damnificado directo, la víctima de la lesión.

- “Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, con cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”

Este fragmento es el que, como se mencionó anteriormente, viene a ampliar el resarcimiento de daño moral por partida doble. Por un lado, ampliando la legitimación activa a los ascendientes, descendientes, cónyuge o quién conviviera manteniendo trato familiar ostensible; por el otro, haciéndoles extensiva la posibilidad de reclamar el daño moral no únicamente ante la muerte del damnificado, sino también en el caso que como resultado de la lesión, haya quedado con una gran discapacidad.

Como ya se explicó, el nuevo Código amplía la legitimación activa de la acción por indemnización del daño moral. La introducción de este cambio viene motivada a la gran cantidad de declaraciones de inconstitucionalidad conferidas al art. 1078 del ya derogado Código Civil Velezano, ya que *“el único instrumento o arbitrio para superar la ilegitimidad e injusticia de la restricción legitimatoria del art. 1078 es*

*acudir al 'test de constitucionalidad' y remover por esa vía la norma irrazonable mediante su declaración de inconstitucionalidad".<sup>12</sup>*

El Doctor Pizarro, al analizar el mencionado y ya derogado artículo, sostiene que *"la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral establecida en el art. 1078 Cód. Civ. hoy deviene, en muchos casos, inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales. Las soluciones que se buscan en la parte dogmática de la Constitución Nacional para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 Cód. Civ. en materia de legitimación activa, pueden también encontrar un complemento razonable y flexible en aquellas normas y principios consagrados por los Pactos Internacionales sobre Derechos humanos, hoy incorporados a la Carta Magna por vía del art. 75 inc. 22. Esa interpretación guardaría plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución y permitiría enlazar fluidamente los derechos y garantías reconocidos en su parte dogmática con aquellos que se han incorporado a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía".<sup>13</sup>*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mencionado fallo "Aquino", estableció que las limitaciones que la ley establece al derecho a la reparación integral de las víctimas por los daños sufridos, deben tener el carácter de razonables.<sup>14</sup>

Fundamental para este cambio fue el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo "C., L. A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otro".

---

<sup>12</sup> Galdós, J. (2013). "Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial." La Ley, RCyS2013.IV,5(AR/DOC/1134/2013).

<sup>13</sup> Pizarro, Ramón (2013). "Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial." La Ley, RCyS2013.IV,5(AR/DOC/1134/2013).

<sup>14</sup> Picasso, Sebastián (2013). "Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial." La Ley, RCyS2013.IV,5(AR/DOC/1134/2013).

3.5.1 ANÁLISIS DE FALLO: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires – 16/05/2007 - “C., L. A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros” – Cita Online: 35010687

El fallo en cuestión emana de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, luego que la demandada Fisco de la Provincia de Buenos Aires hubiese apelado la decisión de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, en la cual se le hace lugar a la demanda por daños y perjuicios impetrada por L. A. C. y M. P., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad S. A. C., (4 años al momento del accidente), el cual quedó en estado cuadripléjico al sufrir lesiones cerebrales por el mal funcionamiento del dispositivo vaporizador de anestesia que le fue colocado a los fines de intervenirlos quirúrgicamente para el tratamiento de un traumatismo nasal con hundimiento de tabique ocurrido mientras jugaba en el jardín de infantes al cual concurría. Los informes periciales producidos dictaminaron que S. A. C. presenta una incapacidad total y permanente del 100%, irreversible, no progresiva y absoluta.

La parte recursiva se agravia en dos aspectos, uno de ellos es la concesión económica por daño moral que se le hace a los padres del menor, en violación al art. 1078, vigente al momento del dictado de la sentencia. El mismo establece que sólo puede reclamar la reparación del daño moral el damnificado directo y, excepcionalmente, el indirecto en el caso de muerte de la víctima.

En análisis, el Dr. Ronconi dijo que *“... no existe duda en el caso de autos de la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad... los padres fueron en busca de asistencia médica, para curar las lesiones sufridas por el niño S. en un accidente ocurrido en el jardín de infantes, y obtuvieron a cambio una inadecuada prestación del servicio de salud, con consecuencias irreparables. El solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los*

*padres conllevan de por vida y amerita de alguna forma restañando con una satisfacción económica, aunque cabe reconocer que no existe suma que pueda compensar semejante quebranto (ver fs. 1374 vta. 1375). (...) Dominando este escenario en donde se enseñorea el inmenso dolor espiritual de los padre, se encuentra el art. 1078, norma que en su párr. final adopto un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la reparación de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. (...) Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe ser descalificada por arbitraria la sentencia que, reconociendo que una norma integra el orden jurídico positivo, no la aplica al caso concreto sin debate o resolución sobre su constitucionalidad (...) y los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no solo pueden sino que deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre". Finalmente, vota por la negativa. Asimismo, el Dr. Negri adhiere al voto y agrega que "... lo que la ley dice es: 'la acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo...', y el damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral. No es el lastimado en lo físico sino el directamente lastimado en sus afectos".*

En síntesis, por mayoría de fundamentos, se procedió a declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, reconociendo la indemnización a los padres del menor.

Sin embargo, si bien con este artículo se produce un gran avance en cuestiones que hacen a la ampliación del resarcimiento, hay dos cuestiones que se mencionan sin hacer más aclaraciones al respecto: en primer lugar, el concepto de "gran discapacidad", y en segundo, el "conviviente que recibe trato familiar ostensible".

- Gran discapacidad:

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prevé que si del hecho dañoso resultare la víctima del mismo con una gran discapacidad, también tienen legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales a título personal los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivieran recibiendo trato familiar ostensible. Sin embargo no existe definición que aporte el Código que establezca que debe entenderse por “gran discapacidad”. Sin embargo, en el artículo 1746 se reconoce expresamente el derecho que atiende a todo aquel que sufre un daño en su persona a ser indemnizado por sus lesiones o incapacidades de carácter permanente, sean totales o parciales.

La ley N° 22.431 denominada “Sistema de Protección Integral de los Discapacitados”, en su artículo 2° considera discapacitada a *“toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*<sup>15</sup>, mientras que la O.M.S. define a la discapacidad como las *“deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales”*<sup>16</sup>, mientras que la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su artículo 10 dispone la existencia de “gran invalidez” cuando el trabajador necesite asistencia continua de otra persona para realizar las acciones básicas de su vida<sup>17</sup>. No caben dudas que al momento del análisis de procedencia de resarcimiento por el

---

<sup>15</sup> LEY N° 22.431 Sistema de protección integral de los discapacitados, Buenos Aires, 16 de marzo de 1981, Art. 2° - A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

<sup>16</sup> Organización Mundial de la Salud. (2017). Discapacidades. [online] Available at: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/> [Accessed 6 Nov. 2017].

<sup>17</sup> RIESGOS DEL TRABAJO Ley N° 24.557 ARTICULO 10. — Gran invalidez. Existe situación de gran invalidez cuando el trabajador en situación de Incapacidad Laboral Permanente total necesite la asistencia continua de otra persona para realizar los actos elementales de su vida.

supuesto de “gran discapacidad” se deberá tener especial atención en la prueba de la discapacidad (historia clínica, pericias médicas, etc.).

Finalmente, se puede decir que *“una persona que padece una gran incapacidad sobreviniente se caracteriza por padecer de una incapacidad de carácter permanente y total que le impide realizar por sí mismo los actos elementales de la vida lo cual le genera una dependencia continua y afecta su autonomía personal a la vez que lesiona las esferas más íntimas de su personalidad, más allá de que al momento de juzgar se deban atender a las particularidades del caso ya lo que surja de la prueba producida en la Litis.”*<sup>18</sup>

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

- Conviviente con la víctima que haya recibido trato familiar ostensible: De esta supuesto parece quedar claro el requisito de convivencia que debía cumplir el legitimado a reclamar con la víctima. Sin embargo, será necesario aclarar si dicha convivencia debe revestir el carácter de casual, esporádica, o regular y sosteniendo un trato familiar, quedando todo reducido a la prueba que se pueda aportar en autos tendientes a la acreditación del grado de convivencia que existía entre los aspirantes a legitimados activos y la víctima.<sup>19</sup>
- “La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”.

El artículo regla lo relativo a la transmisibilidad del derecho a reclamar, estableciendo que los sucesores universales del causante sólo podrán continuar con la acción indemnizatoria si fue interpuesta por éste en

---

<sup>18</sup> Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil) (2014). ¿Qué debe entenderse por gran discapacidad?. [online] Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. Available at: <http://www.jndcbahiablanca2015.com> [Accessed 6 Nov. 2017].

<sup>19</sup> Dpicuatico.com. (2017). Available at: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/02/Civil-Doctrina-2015-02-09.pdf> [Accessed 6 Nov. 2017].

vida, no estando habilitados para reclamar en su nombre con posterioridad.

- “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma *“aluden al ‘precio del consuelo’ que procura ‘la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, el desazón o las penurias’; se trata ‘de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado’, de permitirle ‘acceder a gratificaciones viables’, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena”*<sup>20</sup>, ya que *“el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.”*<sup>21</sup>

Finalmente, el artículo excluye cualquier carácter de función punitiva del resarcimiento y establece su carácter sustitutivo y compensatorio, siguiendo la línea que marca la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como ejemplo se puede mencionar el fallo “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires”, llegando a aplicarse este principio incluso antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en la Cámara Civil Sala A en los autos “S., K. E. y otros c/ B., L. y otros s/ daños y perjuicios” el 29 de mayo de 2015.

---

<sup>20</sup> Cita de Iribarne, Héctor P., “De los daños a la persona”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, págs. 143, 153, 401, 599 aut. Cit. “La cuantificación del daño moral”, Revista de Derecho de Daños N°6 “Daño moral”, p. 197 en Galdos, J. (2015). El daño moral contractual y extracontractual. [ebook] Buenos Aires, p.<http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>. Available at: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf> [Accessed 2 Nov. 2017].

<sup>21</sup> CSJN, 20/12/2011, “Molina, Alejandro Agustín c/ Provincia de Santa Fe”, RCyS, 2012-2 147 en González Zavala, R. (2016). Satisfacciones sustitutivas y compensatorias. LA LEY, RCCyC 2016 (noviembre), 17/11/2016, 38(AR/DOC/3436/2016).

### 3.5.2 ANALISIS DE FALLO CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 12/04/2011

La actora demanda a un agente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, a la empresa Metrovías S. A., a la Provincia de Buenos Aires y a quién resultare responsable del hecho dañoso que la tiene contra damnificada, en el marco de las lesiones sufridas a raíz del disparo del arma reglamentaria del oficial, resultando herida con un proyectil en su miembro inferior al momento de salir de una estación de transporte subterráneo.

En el apartado en que se analiza la procedencia del rubro daño moral, la Corte menciona:

*“Que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste. El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado*

*por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.”*

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia responsabilizando a la Provincia y a su agente por los perjuicios sufridos por la reclamante.

### 3.6 ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

#### ARTICULO 1742: ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

*“El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.”*

Como se verá más adelante, este artículo toma especial relevancia en el momento en que el juez cuantifica el daño moral ya que, si bien a la hora de establecer el quantum del resarcimiento se debe tener en miras el daño sufrido por la víctima y la minoración espiritual padecida y no las cualidades personales o económicas del responsable, a los fines de lograr que la indemnización sea efectiva y que su pago opere pronto en el tiempo, sin dilaciones gravosas para la víctima, sería útil al menos la valoración económica del responsable; todo esto a los fines de evitar indemnizaciones que no puedan ser abonadas y subsistan daños sin resarcir.

### 3.7 DISPENSA ANTICIPADA DE LA RESPONSABILIDAD

#### ARTICULO 1743: DISPENSA ANTICIPADA DE LA RESPONSABILIDAD

*“Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.”*

Por la entidad del daño que se analiza, es claro que es inviable cualquier tipo de pacto previo entre las partes que limiten la responsabilidad por los daños, ya que se perdería el eje de los bienes jurídicos que se buscan proteger que son fundamentales para el aspecto personal de la víctima, como lo son la tranquilidad, certidumbre, estabilidad emocional, salud, equilibrio mental, placer de vivir, etc.

### 3.8 PRUEBA DEL DAÑO

#### ARTICULO 1744: PRUEBA DEL DAÑO

*“El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.”*

Un punto importante en el tratamiento del resarcimiento por daños, especialmente en el daño moral, es la cuestión relativa a la prueba del mismo. Si bien con anterioridad a la sanción del nuevo Código la prueba en materia de daños se regía por lo establecido en los Códigos procesales, es con el CCyCN que se introduce regla específica para tratarla.

Este artículo sigue los principios aplicados con anterioridad de su entrada en vigencia, es decir, receptó lo aplicado según las leyes procesales.

Su regla es clara: quién invoca el daño debe probarlo.

No obstante, el artículo prevé dos casos de excepción:

- Que la ley lo impute o presuma:

El artículo 1745 de CCyCN establece lo relativo a las indemnizaciones procedentes en caso de fallecimiento. El mismo sienta que la indemnización consistirá en los gastos de asistencia y funeral de la víctima, alimentos al cónyuge, conviviente, hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, hijos incapaces o con capacidad restringida aunque no hayan sido declarados tales judicialmente y la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos a quien tenga la guarda del menor fallecido, estableciendo la presunción de todos estos rubros sin la necesidad que deban ser probados.

Asimismo, el artículo 1746 al regular las indemnizaciones por lesiones o incapacidad física o psíquica, establece la presunción de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

- Que surja notorio de los propios hechos: en el caso del daño moral, prácticamente en todos los casos surge de notorio; el daño moral opera in re ipsa, surge directamente de los hechos mismos. Por ejemplo, carece de sentido producir prueba del daño sufrido por un padre ante la pérdida de la vida de su único hijo en un homicidio. Sin perjuicio de esta regla, al momento de la valoración de ciertos daños si será necesaria la producción de prueba a los fines de la acreditación del mismo. Es el caso, por ejemplo, de los perjuicios morales producidos a raíz de una relación contractual; en principio no bastará con la existencia del hecho, será necesario acreditar el mismo y cómo éste afectó al damnificado.

Señala en tal sentido Bustamante Alsina: *"Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral*

*debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión*"<sup>22</sup>

En tal sentido, se puede mencionar un fallo de la Excma. Cámara 2º en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba en el cuál se analiza la procedencia del daño moral, estableciendo que *"...el daño moral que genera la ilegítima sanción, opera por un derrotero presuncional, ya que se refiere a la lesión de las afecciones del sujeto, lo que no requiere de prueba directa sino que se infiere en función de las reglas de la experiencia y sobre la base de pautas de normalidad de una determinada situación objetiva, que hace presumir la lesión espiritual. Tal el caso bajo estudio, donde la imposición de una sanción injusta a un médico de larga trayectoria en la tarea pública origina, normalmente, la angustia consiguiente a la pérdida de prestigio y consideración. Dicha perturbación anímica se acrecienta por la edad de la víctima, y también por estar fundada en un motivo disciplinario que a la postre ha sido declarado injusto"*.<sup>23</sup>

Sin embargo, hay ciertos casos que es conveniente la producción de prueba a los fines de acreditar el daño moral y facilitar el proceso tendiente al cobro de un resarcimiento económico, ya que existen vertientes doctrinarias que sostienen que *"quién solicita la reparación del daño moral, deberá demostrar su existencia, y también el nexo de causalidad, circunstancias que no fueron acreditadas ni con la pericia, ni con cualquier otro medio de prueba, lo cual no es una obligación sino una necesidad para vencer"*<sup>24</sup> y que *"el padre que sufre un daño por el homicidio de su hijo, no debe probar que lo amaba ni cuán grande es su padecimiento, porque el orden natural de las cosas indica que no hay dolor más grande en la vida que la pérdida de un hijo. Sin embargo, en algunos casos un mismo hecho puede dar lugar a daños notorios y a otros que requieren prueba acabada (...) ante una calumnia, la prueba del daño moral surgirá del tenor de la falsa imputación, pero si además el actor dice haber*

---

<sup>22</sup> Bustamante Alsina, Equitativa valuación del daño no mensurable, L.L. 1990-A-655. En sentido coincidente: Zabala de González, Resarcimiento de Daños, t. 3, "El proceso de daños", p. 197, citado por Ramón Daniel Pizarro, Daño Moral, Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho, 2º edición, Hammurabi, Depalma Editor, páginas 622/639, nota 21

<sup>23</sup> CCiv. Y Com. 2ª Nom., Córdoba, 2010/04/28.- "Naser, Edgardo c/ Municipalidad de Córdoba"

<sup>24</sup> Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, "J. F. B. c/ Telecom Personal S. A."

*perdido clientela, tendrá que demostrar la diferencia de ingresos de antes de haber sido calumniado y después*<sup>25</sup>, así como también a la hora de resarcir daños morales derivados de relaciones extracontractuales, que “*en cuanto a la procedencia del rubro (daño moral), hemos señalado en reiteradas ocasiones que en los supuestos normados por el art. 522 del Código Civil la existencia del daño moral debe apreciarse con un criterio restrictivo, desde que – generalmente- en el ámbito contractual sólo aparecen afectados intereses pecuniarios; de allí que corresponda al reclamante llevar a la convicción al juez que el incumplimiento generó un efectivo compromiso en los sentimientos, afecciones o tranquilidad anímica, que exceden las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios.*”<sup>26</sup>

Finalizando, se puede concluir que el daño moral, en principio, se presume por la misma naturaleza de la lesión; la excepción será la producción de prueba a la hora de constatarlo.

### 3.8.1 Carga de la prueba<sup>27</sup>

En cuanto a la carga de la prueba del daño moral, existe diversidad de criterios. Para una primera doctrina, el daño moral debe ser presumido una vez probada la acción antijurídica, admitiendo prueba en contrario por parte del demandado; opera una presunción *iuris tantum* del daño moral una vez acreditada la antijuricidad.

Una segunda doctrina distingue si entre la víctima de la lesión y el sindicado como responsable del daño existía previamente una relación contractual o si por el contrario entre ellos solo mediaba el principio *alterum non laedere*, distribuyendo la carga de la prueba en cada caso. Cuando la responsabilidad sea de origen contractual, la prueba del daño le corresponderá al actor, mientras que si es de origen extracontractual el perjuicio moral se tendría acreditado *iuris tantum*, utilizando como fundamento que es “*lo que sucede*

---

<sup>25</sup> Mención a la obra de Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Directores, y Esper, Mariano, Coordinador, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo IV, La Ley S.A.E. e I. Buenos Aires, 2014 en Berger, S. (2015). La prueba del daño. La Ley, LA LEY 05/02/2016,5(AR/DOC/4216/2015).

<sup>26</sup> Juz. Civ. Y Com. N° 9 de la Ciudad de Mar del Plata, Expte Nro° 147.583 “S., C. c/ AVANT SALUD PLIS S.R.L.s/ Daños y Perjuicios”.

<sup>27</sup> Meza, J. and Boragina, J. (2015). El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial. La Ley, RCyS2016-IV, 104(AR/DOC/418/2015).

*más o menos habitualmente ya que, de ordinario, en el incumplimiento contractual sólo resulta afectado un interés económico, siendo excepcional que se produzca un agravio moral*".<sup>28</sup> Esta doctrina pierde funcionalidad con la derogación de los artículos 522 y 1078 del Código Civil y la unificación de las esferas de responsabilidad civil.

Una tercera corriente sostiene que el daño debe ser probado por quien solicita su reparación. Sin embargo, y teniendo en cuenta la dificultad probatoria que reviste este instituto a la hora de producir acreditación de cuestiones de índole espiritual, no sería un requisito indispensable la acabada constatación de las lesiones por daño moral. Es por esto que, para los que suscriben esta doctrina, que con la simple acreditación de la existencia del evento dañoso y la calidad de legitimado activo de la víctima, opera la prueba del daño moral, agregando también que la conexión causal entre el hecho dañoso y el daño moral debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina clásica, explicada en segundo lugar, pierde aplicación ya que no existe más una regulación separada de la responsabilidad según el origen de la misma. De la redacción del art. 1744 se desprende que, con la legislación vigente, se aproxima a la tercera teoría por cuanto dice que *"el daño debe ser acreditado por quien lo invoca"*, con las ya mencionadas excepciones, presunción legal o que surja notorio de los hechos.

### 3.9 LA PERSONA JURIDICA Y EL DAÑO MORAL<sup>29</sup>

#### 3.9.1 En el Código Civil

Tradicionalmente, siempre se sostuvo la imposibilidad que presenta la persona jurídica como tal para verse resarcida por daño moral, siendo el principal fundamento, lo evidente: la persona jurídica carece de sentimientos.

---

<sup>28</sup> Trigo Represas, "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t.2, § 25, p. 581.

<sup>29</sup> Botteri (h), J. and Coste, D. (2017). El daño moral de las personas jurídicas y el Código Civil y Comercial. La Ley, RCCyC 2017(febrero), 03/02/2017, 203(AR/DOC/1261/2016).

Durante la vigencia del Código Velezano rigieron diversas posturas, si bien la corriente tradicional negatoria fue la más aplicada.

En cuanto al derecho comparado, se advierte a simple vista que, al igual que en nuestro país, no hay consenso en cuanto a la aplicabilidad del rubro.

### Chile

Pese a que su postura originaria es la de negar la procedencia de este tipo de reclamo, en el año 2003 la Corte Suprema de Chile admitió la procedencia de la reparación del daño moral sufrido por una persona jurídica; sin embargo en el año 2005 dio marcha atrás con esa postura, volviendo a la tesis que le niega la posibilidad a las personas jurídicas de reclamar por esta indemnización.

### España

España es otro ejemplo de la falta de consenso que existe en este tema. Queda demostrado a través de los fallos opuestos entre sí, emitidos por dos Salas del Tribunal Supremo, en los cuales en uno se acepta la reparación del daño moral a las personas jurídicas desde el año 1995, mientras que en la otra Sala desde el año 2005 la rechaza.

### Paraguay

País que en principio también mantenía la tesis negativa, en el año 2007 en los autos “G. R. S. A. y E. M. R. F. c/ Banco d. P. S. A.” admitió el resarcimiento del daño moral.

En nuestro país, la cuestión tomó especial relevancia en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil del año 1984.

Durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield, a partir de la reforma de la ley 17.711, en la cual a las personas jurídicas se distinguen según sean públicas o privadas, y a la vez a las Asociaciones y Fundaciones de las Sociedades Comerciales y Civiles, se establece como doctrina ampliamente dominante en el país la tesis negativa: las personas jurídicas no son susceptibles de sufrir daño moral.

En tal sentido, la Doctora Matilde Zavala de González explica que la persona de existencia ideal tiene “subjetividad jurídica” pero carece de sustrato

biológico, psíquico y espiritual, y si bien es cierto que la persona jurídica posee atributos y bienes extrapatrimoniales, ellos no se asientan en un soporte existencial indispensable para experimentar cualquiera de las consecuencias espirituales en que consiste el daño moral, coincidiendo el Doctor Pizarro en que la lesión a los atributos de la persona jurídica solo pueden producir daño patrimonial.<sup>30</sup>

Los dos casos que consolidaron esta tesis negativa fueron emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, primero en el año 1977 en “Industria Maderera Lanín S. R. L. c/ Estado Nacional y/o Ministerio de Agricultura y Ganadería y/o Dirección General de Parques Nacionales” en el cual expresó “...Que no resulta, en cambio, indemnizable el daño moral invocado, puesto que en el caso la actora es una sociedad comercial y no parece aquí apropiado endilgarle un padecimiento de esa índole, bien que su presidente, a título personal, haya podido sufrirlo con motivos más que justificados”, repitiendo el mismo criterio el año 1990 en “Kasdorf S. A. c/ Provincia de Jujuy y otro”: “No es procedente una reparación de daño moral en favor de una sociedad comercial pues, dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad (arts. 35 Ver Texto, CCiv., y 2 Ver Texto ley 19550) y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (art. 1 Ver Texto, ley cit.), todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no pueden sufrir padecimientos espirituales. (Con nota de Daniel M. Turrin)”.

Sin embargo, en el último fallo analizado, se destaca el voto en disidencia del Dr. Jorge A. Bacqué, el cual dijo que “Si bien esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse sobre este tema en el caso registrado en el t. 298, p. 223, de su colección de Fallos, existen en la especie condiciones particulares que aconsejan no tomar en consideración lo resuelto en aquellos precedentes. Como ha quedado en evidencia de lo ya expuesto y lo ilustran de manera concluyente las piezas de fs. 304/20, 354/61, 393/415, 434/41, 447/52, 513/36, la situación creada como consecuencia de la muerte de los lactantes tuvo una enorme repercusión pública que obró en detrimento del prestigio comercial de

---

<sup>30</sup> Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).

*la empresa actora y produjo, consecuentemente, la disminución acreditada de las ventas de Bonalac. En ese sentido, expone el testigo Saravia, visitador médico de la zona, al contestar la pregunta 12 del interrogatorio de fs. 443, y de manera más explícita, el asesor médico de la actora a fs. 463 bis vta. Allí declara que según información de colegas, "muchas madres de niños que tomaban el producto les solicitaron que no les recetara más el mismo y que pasara otra leche de la competencia". Estos colegas le expresaron que la presión de las madres era muy fuerte no obstante que se les hacía saber que la situación no se debía a un problema del producto. En igual sentido, son demostrativas las manifestaciones del testigo Luis O. Kasdorf a fs. 365. Que si bien es cierto que el concepto de daño moral, en tanto se relaciona con la lesión a bienes jurídicos extrapatrimoniales, propios de las personas físicas como son sus afecciones legítimas, no resulta en tales términos apropiado en el caso de las personas jurídicas, no lo es menos que éstas, provistas de subjetividad jurídica, poseen atributos de igual naturaleza extrapatrimonial que, si bien de manera indirecta, le son reconocidos para el logro de sus fines específicos. Esos atributos, como el prestigioso crédito comercial, o el derecho al nombre, son valorizados por la comunidad en que se desenvuelven y su menoscabo genera un daño de características similares a la lesión de los bienes extrapatrimoniales característicos de las personas de existencia visible y que deben ser objeto de tutela aun al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial actual y cierto. Por lo demás, constituye prueba elocuente del amparo legal que aquellos atributos merecen lo dispuesto -bien que en el ámbito del derecho penal- por el art. 112. Que es evidente que el lamentable episodio suscitado produjo, a más de las consecuencias materiales que ya fueron objeto de estudio, efectos que obraron en detrimento de la consideración empresaria de la actora, cimentada por una prolongada actuación en los ramos comerciales donde participaba activamente (ver puntos 5 a 9, peritaje actora fs. 875/83) y que se ve lesionada ante los consumidores de sus productos y el público en general. En tales condiciones, corresponde reconocerle la existencia de un daño moral que se justiprecia en la suma de A 389.000.000."*

Coincidiendo con el voto del Dr. Bacqué, se encuentra lo sostenido por los Doctores Moisset de Espanés, Zanonni y Brebbia, quiénes identifican el daño

moral con la lesión a un derecho extrapatrimonial y que toda persona (sin distinción sobre si es física o jurídica) tiene derecho a que no se les afecte en su fama o reputación, aclarando el Doctor Moisset de Espanés que si bien obviamente se reconoce la ausencia de subjetividad existente en la persona jurídica, reconoce al daño extrapatrimonial objetivo que afecta la parte social del patrimonio moral, cuestionando a las doctrinas negativas por cuando sostiene que poseen un concepto excesivamente economicista de las personas jurídicas.<sup>31</sup>

Con la llegada del Código Unificado, se producen modificaciones en la regulación del daño moral (regulado como “extrapatrimonial”), mas nada se ha dicho sobre su relación con la persona jurídica. En este sentido, la única defensa que podrían esbozar los que siguen la doctrina disidente, es que el CCyCN consagra el principio de reparación plena en el art. 1740 y que al hacerlo se refiere a la restitución del damnificado a su estado anterior, sin hacer distinción entre persona física o persona de existencia ideal.

### 3.9.2 En el Código Civil y Comercial de la Nación

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, no se puede decir que se resuelvan las diferencias de criterios existentes en nuestra doctrina y, como se dijo anteriormente, al momento de regular el daño extrapatrimonial el legislador no hizo aclaración ni diferenciación alguna entre la persona física y la persona de existencia ideal.

Sin embargo, analizando los atributos que deben tener y los requisitos con los que deben operar las personas jurídicas, se desprende que si bien éstas no pueden deprimirse ni sufrir porque carecen de sentimientos, pareciera que poseen una suerte de “moralidad conductual”. Esto deviene de que las personas jurídicas poseen atributos que hacen a su personalidad, que deben seguir un lineamiento de moralidad tanto en su objeto como en los actos y operaciones que llevan a cabo, así como el parámetro de moralidad y buenas costumbres que tiñen cada objeto, acto, pago y cada manifestación de voluntad que emana de la persona jurídica.

---

<sup>31</sup> Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).

La persona jurídica cuenta con un buen nombre y una reputación, que si bien no integran directamente su patrimonio, son un factor indispensable a la hora de generar ganancias. No hay ninguna duda que ante el desprestigio del nombre de una persona jurídica, la población en general pierde la confianza que antes le confería la misma, lo cual puede producir desde una baja del consumo de un producto o la disminución del uso de un servicio, hasta la dimisión de los empleados o la dificultad para conseguirlos. Todas estas alteraciones generarán una disminución de los activos de la persona jurídica; es el detrimento extrapatrimonial afectando el patrimonio.

Es por lo señalado, que debería operar la resarcibilidad del daño producido en el ámbito extrapatrimonial de la persona jurídica. Sin embargo, ¿cuál sería la forma idónea de devolver a la persona jurídica al estado en el que se encontraba antes del daño?

Dado a que el daño extrapatrimonial producido a la persona jurídica lo es por la apreciación pública que tiene la sociedad de la misma, lo que vendría a tener que ser remediada es justamente esa opinión pública que se posee, siendo el vehículo idóneo para dicha tarea la publicidad de la sentencia, la publicidad de una retractación, de un informe, un dictamen pericial, etc.

### 3.10 CONCLUSIONES

De la primera parte del Capítulo 2, avocada a la recepción del daño moral en el Código Civil y Comercial de la Nación, se puede concluir que se produce un avance en el marco de la reparación de daños, siendo una de las más destacables la recepción normativa del principio de reparación plena en el artículo 1740, el cual denotaba una consensuada aplicación doctrinaria pero que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código no contaba con legislación positiva que la receptara.

En cuanto al daño moral, se lo recepta en el artículo 1741 bajo el nombre “indemnización de las consecuencias no patrimoniales”, del cual se pueden extraer tres novedades: primero, la inclusión del presupuesto de derivación de la legitimación activa a un tercero en caso de “gran discapacidad” de la víctima de la lesión; segundo, la ampliación de los supuestos de legitimados activos para reclamar resarcimiento por daño moral ante la gran discapacidad o muerte

de la víctima, estando habilitados para hacerlo sus ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente que haya recibido trato familiar ostensible; tercero, la necesidad de valorar y cuantificar el daño teniendo en cuenta las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurarse a la víctima de la lesión mediante la suma indemnizatoria.

Con estas dos menciones se puede decir que, si bien quedan aspectos por aclarar de la regulación de los daños, cuestión que será llevada adelante por la jurisprudencia nacional a través de los años, se ha observado una superación en lo atinente a la indemnización por daños. Ejemplo de esto es la innegable necesidad de implementar la legitimación activa a personas que en el anterior Código se les negaba, dejando daños sin resarcir y atentando contra más de un principio legal, como son los casos del conviviente que no se ha unido civilmente a la víctima y de los hermanos de la misma, como así también otros supuestos de personas que pese a no detentar un vínculo familiar con el damnificado, conviven con él y se ven lesionados a raíz del hecho dañoso.

## **CAPÍTULO 4:**

# **LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL**



## LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL.

La cuestión relativa a la discusión de si el daño moral es susceptible de ser resarcido encuentra amplio consenso tanto en la doctrina nacional como internacional. Como cita el Dr. Ramón Daniel Pizarro, la reparación del daño moral es *“...una de las grandes conquistas del moderno Derecho de daños, imbuido de ideas solidaristas que valora al fenómeno resarcitorio con perspectiva más ética y humanista; preocupado porque la protección de la víctima no se reduzca al ámbito de su patrimonio y comprenda, también, todos los aspectos vinculados con su espiritualidad”*.<sup>32</sup>

### Doctrinas relativas a la procedencia de la indemnización del daño moral

#### 3.1 DOCTRINAS NEGATORIAS

Sin embargo, para llegar a un consenso en torno al resarcimiento de dicho instituto, se debieron superar distintas doctrinas negatorias del mismo. Una primera tesis, llamada “negativa clásica”, aseveraba que el daño moral no es susceptible de ser resarcido por cuanto vulneraría principios jurídicos y éticos al indemnizar un perjuicio, para ellos, inexistente, y siguiendo parámetros absolutamente arbitrarios. Todo esto generaría un enriquecimiento indebido por parte de la víctima, sumándole a esto la incapacidad sostenida para cuantificar el monto de la indemnización de manera certera, dando paso a la arbitrariedad judicial al momento de establecerla. Otro punto importante que establece esta doctrina es la polémica en torno a tener que ponerle un valor económico al sufrimiento que afecta a la víctima; esto es, ponerle un precio al sufrimiento. Esta doctrina acusa de querer subsanar con dinero el daño en los sentimientos humanos, convirtiendo el sufrimiento en una cuestión netamente materialista. En tal sentido, Llambías considera repugnante al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser aplacados o remediados por el dinero,<sup>33</sup> siguiendo la postura de Savigny, quién se pronunciaba por la no indemnización

---

<sup>32</sup> Pizarro, Ramón D., Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Bs. As., Hammurabi, 2004, p.93.

<sup>33</sup> Llambías, Estudio pág. 148, nota 147, citado por Bellucio, Zannoni, Tomo V, Código Civil Anotado pág. 109, Editorial Astrea.

del daño moral ya que entendía que no se debe negociar con bienes que se encuentran fuera del comercio como lo son el honor y los afectos.<sup>34</sup>

La segunda tesis que niega el carácter indemnizatorio del daño moral, conocida como “negativa moderna”, propia de las sociedades comunistas, tiene su eje en el rechazo a un instituto que consideran de índole burgués por su supuesta identificación de la afección interna de la persona con el dinero.

### 3.2 DOCTRINAS A FAVOR

En contrapartida con las dos corrientes comentadas, se encuentran las que están a favor del resarcimiento del daño moral. La primera de ellas conocida como “doctrina de la pena o sanción ejemplar”, apoyada por un sector minoritario de la doctrina, establece que el resarcimiento indemnizatorio del daño moral no está aplicado en miras del bienestar de la víctima, sino en ser una suerte de “pena civil” apuntada contra el sindicato como responsable, convirtiéndose así en una pena privada de carácter netamente sancionatorio. *“Lo que mira en realidad la condena – enseña Ripert, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen carácter resarcitorio, sino carácter ejemplar”* (La règle morale dans les obligations civiles, p. 348). Esta doctrina que entonces contaba con una participación activa de la mayoría de la doctrina nacional, quedó superada a raíz de un importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El fallo de “Santa Coloma”.

#### 4.2.1 ANÁLISIS DE FALLO: CS, 5/8/86, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625.

El matrimonio conformado por Luis Federico de Santa Coloma y Jacqueline Colette Alice Dedoyard entabla una demanda por daños y perjuicios por daños materiales y morales en contra de Ferrocarriles Argentinos por la muerte de tres de sus hijas (I. C., F. y L. de Santa Coloma) y por las lesiones sufridas por su hijo Martín Ambrosio de Santa Coloma en el accidente ferroviario acaecido

---

<sup>34</sup> Savigny, Federico Carlos, “Le droit des obligations”, trad. al francés de Hippert, París, Ed. A. Durand – 1873, T. 1, pág. 21.

el día 8 de marzo de 1981 en las cercanías de Brandsen, Provincia de Buenos Aires.

En primera instancia el reclamo es admitido parcialmente, estableciendo una indemnización que ascendía a la suma de \$a 2.786.510. Sin embargo, luego del recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por la demandada, el monto establecido por el rubro “daño material” fue revocado, en tanto que el de “daño moral” es sustancialmente reducido, estableciendo así la indemnización en una suma de \$a 557.400. La Cámara de Apelaciones fundó su decisión en base a la pudiente situación económica del matrimonio Santa Coloma y en la imposibilidad de reparar el daño sufrido por los padres mediante una entrega económica, la cual debería ser netamente de carácter sancionatorio o punitivo. Se cita en el fallo de la CSJN que “...*el dolor de los padres ‘no es susceptible de ser aplicado, ni siquiera en grado mínimo, por la recepción de dinero, cualquiera sea la cantidad’, pues a tal dolor ‘nada agregará ni quitará la cifra que reciben los agraviados’, lo que demostraría que ‘la reparación que otorga la ley no puede tener tal finalidad’*.”<sup>35</sup> Finalmente, mediante un recurso de queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara procedente el recurso extraordinario interpuesto por la parte actora y rechazada por la Cámara de Apelaciones, dejando sin efecto lo resuelto en segunda instancia y devolviendo las actuaciones al tribunal de origen para que procedan a dictar un nuevo fallo concordante a lo resuelto, firmando Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere*, enmarcado en nuestra Constitución Nacional en el artículo 19, diciendo que “*la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y es consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna*”<sup>36</sup>, agregando que “*no figura entre las potestades de un estado constitucional*

---

<sup>35</sup> CS, 5/8/86, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

<sup>36</sup> Considerando 7º en CS, 5/8/86, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

*imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social*".<sup>37</sup>

El mismo día del fallo "Santa Coloma", la Corte volvió a plasmar el reconocimiento de jerarquía constitucional a la reparación del daño en los casos "Gunther" y "Luján": *"Los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica"*<sup>38</sup>

El fallo analizado da lugar a la presentación de la segunda corriente doctrinaria a favor de la indemnización del daño moral, la llamada "doctrina del resarcimiento del daño moral". Es la corriente que cuenta hoy en día con más participación de la doctrina nacional. Acertadamente, pasa el foco del ánimo punitivo del sindicado como responsable a la víctima y al resarcimiento del daño sufrido. Como dice el Dr. Ramón Daniel Pizarro sobre esta corriente doctrinaria, *"...brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preconceptos y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil"*.<sup>39</sup> Esta corriente viene a distinguir la función del dinero a la hora de resarcir los daños patrimoniales y morales; siendo en el primer caso la finalidad devolver el estado patrimonial menoscabado a su estado anterior, mientras que en el segundo tiene una función meramente satisfactoria para la víctima. También manifiesta que en el supuesto en que la indemnización deba ser de carácter punitivo, no se entiende por qué debería ser entregado a la víctima, así como también la subsistencia del reclamo en caso de la muerte del ofensor. En igual sentido rechaza categóricamente la dificultad a la hora de establecer el monto

---

<sup>37</sup> Considerando 8º en CS, 5/8/86, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625

<sup>38</sup> Considerando 14º en CS, 5/8/86, "Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional", Fallos 308:1118 y JA, 1987-IV-653.

<sup>39</sup> Según pronunciamiento en las "II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984. La recomendación fue firmada por Zavala de Gonzalez, Bueres, Moisset Iturraspe, Chiappero de Bas, Junjet de Sandoval, Sandoval Luque, Vázquez Ferreira, Lloveras de Resk, G. Stiglitz y Pizarro.-

de la indemnización por daño moral sea motivo determinante para negar el resarcimiento.<sup>40</sup>

La tercera corriente es la llamada “funcional o del doble carácter (resarcitorio y sancionatorio) de la indemnización”. De difusión sobre todo en los últimos años, esta corriente es una suerte de “moderadora” entre las dos anteriores. Entiende que la indemnización no tiene por qué tener un único carácter, sino que es viable que su concepto se amolde a uno doble. “*Sólo a través de la delicada y equitativa combinación de finalidades diversas –reparación y pena privada-, en función de las circunstancias del caso, podría reflejarse la verdadera función de la indemnización del daño moral*”.<sup>41</sup>

#### 4.3 INDEMNIZACIÓN PUNITIVA VS. INDEMNIZACIÓN RESARCITORIA

La importancia de mencionar las corrientes que identifican a la indemnización del daño moral con la tesis punitiva o con la resarcitoria radica en las distintas consecuencias que pueden surgir de la aplicación de las mismas.

	INDEMNIZACIÓN PUNITIVA	INDEMNIZACIÓN RESARCITORIA
Hechos generadores de responsabilidad civil por daño moral	Sólo las conductas antijurídicas son susceptibles de generar responsabilidad civil de indemnizar daño moral. Dentro de esta corriente están los que sostienen que es necesario que dicha conducta antijurídica sea	Se centra en la víctima, poco importa la entidad de la conducta llevada a cabo por el responsable, sino que ésta pueda tener virtualidad para generar el detrimento moral y dar origen a su correspondiente resarcimiento

<sup>40</sup> La jurisprudencia es dominante en este sentido en nuestro país, avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1986-IV-624 y 16/6/88, “Bonadeo de Inaudi, Martha A. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1988-IV-658).

<sup>41</sup> Pizarro, Ramón D., Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Bs. As., Hammurabi, 2004, p.112.

	imputable a título de dolo, mientras que otros sostienen que basta la mera antijuricidad de la conducta.	indemnizatorio.
Valoración del daño moral	Se debe valorar teniendo en cuenta la gravedad de la conducta manifestada por el autor del daño.	Se valora según la entidad y magnitud del daño sufrido por la víctima.
Legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral	La puede reclamar todo legitimado activo, siempre y cuando el ofensor no haya sido sancionado con anterioridad por la misma causa, siguiendo el principio non bis in idem.	Puede reclamar daño moral todo el que lo haya sufrido y posea legitimación activa para hacerlo.
Subsistencia de la acción indemnizatoria después de la muerte del ofensor	La pena es personal, por lo que se extingue con la muerte del ofensor y no es posible la transmisión a sus herederos.	Se contempla la transmisión de responsabilidad del ofensor a sus herederos, subsistiendo la acción ante la muerte del mismo.

#### 4.4 CONCLUSIONES

Terminado el desarrollo del Capítulo 4, se puede decir que se ha terminado con la discusión sobre la existencia de la posibilidad de resarcir el daño moral. Las corrientes que se encuentran en contra de este resarcimiento prácticamente no encuentran recepción en nuestro país, coincidiendo todos en la necesidad de reparar el daño moral sufrido injustamente.

El día 5 de agosto de 1986, con el fallo “Santa Coloma” la Corte Suprema de Justicia de la Nación consolida el derecho a la reparación del daño injustamente causado como derecho constitucional, repitiendo el mismo criterio en los fallos “Gunther” y “Luján”, estableciendo así la raíz constitucional del principio *alterum non laedere*, la no obligación de los ciudadanos a soportar daños injustamente sufridos y dejando establecido, sin duda alguna, el derecho con el que cuenta la víctima a ser resarcida por el daño moral padecido.

Posteriormente se analiza lo relativo a la entidad del resarcimiento, con los que sostienen que debe ser de carácter punitivo para el responsable del daño o de carácter resarcitorio para la víctima del mismo. Es también en el fallo “Santa Coloma” en que la CSJN define el carácter resarcitorio de la indemnización, por cuanto admite el recurso interpelado sobre el fallo de Cámara que reducía el monto otorgado en Primera Instancia fundado en la buena posición económica de la parte actora. Este cambio de paradigma opera en el traslado del sindicado como responsable del daño del foco de la indemnización, para colocar en el centro a la víctima, así la indemnización mutando de ser una pena, a ser un resarcimiento.



## **CAPÍTULO 5:**

# **VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL**



## VALORACION Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Una vez concluido el análisis de qué es el daño moral y cuáles son sus alcances, es necesario adentrarse en la problemática que acarrea la cuantificación del mismo.

Sin embargo, previamente deben diferenciarse dos momentos analíticos por los cuales necesariamente debe atravesar para arribar a la suma indemnizatoria.

### 5.1 LA VALORACION DEL DAÑO MORAL

La Doctora Matilde Zavala de González define al procedimiento de la valoración como *“esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”*<sup>42</sup> a los fines de *“indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración”*.<sup>43</sup>

En la valoración, el Juez analiza el caso concreto: evalúa la existencia o no de daño moral teniendo en cuenta todos las cuestiones relevantes del caso, y una vez determinada la existencia, se centrará en los factores que puedan agravar o atenuar el padecimiento del daño, para posteriormente proceder a la cuantificación del mismo.

*“Uno de los desafíos más delicados que plantea hoy la tarea judicial es la de cuantificar los daños personales. De nada sirve tener la sentencia mejor fundada, si ello no se refleja en una razonable cuantificación. Es que la mejor valoración cualitativa del daño puede quedar desvirtuada, con inevitable secuela de injusticia, si no hay razonable correspondencia con la cuantificación de la indemnización”*.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Zavala de González, M. (1992). Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños. Buenos Aires: Hammurabi. t. 4, n. 111, p. 481.

<sup>43</sup> Pizarro, R. (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

<sup>44</sup> Pizarro, “Cuantificación de la indemnización del daño moral”, Revista de derecho de daños, 2001-1, p. 337 y ss.

## 5.2 LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Una vez producida la operación de la valoración del daño extrapatrimonial, debe procederse a la conversión pecuniaria para arribar al monto de la indemnización que cumpla suficientemente con el principio de reparación plena, reparando el daño justa y equilibradamente.

A la hora de la cuantificación del daño patrimonial, en general, la operación no genera mayores dificultades, debiendo ser la suma indemnizatoria equivalente al detrimento económico sufrido o a sufrir por la víctima.

En cambio, en materia de daño moral, como se explicó antes, no hay un factor común monetario que permita identificar el daño sufrido con la indemnización a otorgar, y el dolor sufrido por la persona no tiene una exacta traducción económica, quedando el resarcimiento en manos de la intuición del magistrado como única guía, sin ningún marco que permita en correcto análisis de la suma asignada en el caso concreto. Todo esto puede llevar a que, a la hora de realizar un análisis de cómo se cuantifica el daño de referencia, se encuentren criterios dispares y regulaciones disímiles no solo entre los distintos tribunales, sino incluso entre resoluciones de un mismo tribunal, afectando esto seriamente a la seguridad jurídica que debe tener la sociedad en estas instituciones. Es claro que la operación racional que se debe hacer para establecer la indemnización por daño moral, se basa en el paso de un índice a otro pero que sin embargo no poseen la misma entidad, como lo son la afección espiritual de una persona y el dinero como unidad económica.

A la hora de emitir fallos, y a los fines de poder resarcir de la manera más “correcta” al damnificado, se procede a enunciar los factores relevantes que se utilizaron al momento de la valoración, y ver cuál es el monto resarcitorio “más justo” a otorgarse basado en el análisis realizado. Sin embargo, generalmente se omite expresar como es que se arriba a esa cifra, como llegó el juez a ligar estos factores a la suma monetaria a otorgar como resarcimiento, lo cual genera cierta suspicacia a la hora de analizar los fallos, tornando la línea entre “sana crítica racional” y “arbitrariedad”, demasiado fina.

Ente los factores relevantes a utilizar por el juez se pueden mencionar:

- La existencia de dolo por parte del responsable:

Al momento de analizar el daño y la repercusión que tiene sobre la víctima, si bien la entidad de la condena indemnizatoria debe decidirse acorde a la magnitud del detrimento<sup>45</sup>, no caben dudas que, por fuera de las previsiones o la culpa atribuida a la “mala suerte” con las que se pueda contribuir a consolar a la víctima, en el caso en que el responsable haya producido el daño previendo las consecuencias del mismo y queriendo hacerlo, resultará en un daño más gravoso para el damnificado en lugar de si se hubiese producido por una cuestión aleatoria, ya que es distinto evaluar la magnitud del daño atendiendo al dolo o culpa grave del agente, dado que estos agravan las secuelas nocivas por repercutir en la subjetividad de la víctima intensificando el menoscabo sufrido.

- La existencia de daños patrimoniales:

Debido a la tendencia existente en otorgar (en los casos en que se hayan producido ambos tipos de daños) sumas más modestas por el daño producido sobre el bien extrapatrimonial que sobre el bien patrimonial.

- Circunstancias objetivas y subjetivas del daño en sí:

Se deberá tener en cuenta la gravedad abstracta del daño sufrido por la víctima pero sin dejar de lado las cuestiones subjetivas de la misma, ya que éstas pueden tanto agravar como atenuar el sufrimiento por el daño.

- La extensión temporal del daño:

Es un punto fundamental a tener en cuenta, ya que de la esencia misma del daño se desprende que, mientras más se prolongue en el tiempo, más gravoso será para la persona que lo sufre. También se deberá tener en cuenta que hay daños que al sostenerse en el tiempo tienden a agravarse y otros que tienden a atenuarse, así

---

<sup>45</sup> Zavala de Gonzalez, M. (2013). "Monto indemnizatorio por daño moral." La Ley, RCyS213-XI, Tapa(AR/DOC/3916/2013).

como también hay daños que no cesan nunca. Asimismo, se deberá analizar el momento etario de la víctima, ya que hay determinados tipos de daños que son susceptibles de producir lesiones más gravosas dependiendo de la edad de la persona al momento de sufrirlos.

- Pluralidad de intereses lesionados:

Se produce por el agravamiento del daño que sufrirá la persona al verse afectada no sólo por un acto lesivo, sino por el concurso de dos o más de manera simultánea, tendientes a aumentar el sufrimiento, como por ejemplo el de una persona que sufre una afección estética y, consecuentemente, un cuadro depresivo derivado de la misma aumentando el detrimento sufrido por la primera.

- Pluralidad de víctimas:

Al encontrarse el juez con un supuesto donde de un daño se deriven varias víctimas afectadas moralmente, no debe caerse en la facilidad de analizar la situación en conjunto y establecer un monto total para todas las personas alcanzadas por el mismo. Claro es que no todas las personas se ven afectadas de la misma forma ante el acaecimiento de un hecho que le genere un detrimento espiritual, y esto dependerá de cada caso en particular, de cada una de las personas y de cuestiones intrínsecas a cada una de ellas, debiendo el juez proceder a analizar cada daño puntualmente y resarcirlo de manera concreta, a los fines de que no quede ninguna víctima sin indemnizar en toda la extensión del daño sufrido.

- Cuestiones atinentes al resarcimiento:

El juez deberá procurar que la indemnización a la víctima sea lo más justa posible y tendiente a resarcirla en toda la extensión del daño, por lo cual deberá aspirar a que sea realmente compensatoria del sufrimiento vivido, que no se otorguen sumas extremadamente disímiles en casos análogos y que el pago de la indemnización no se dilate demasiado en el tiempo, así como también que no se

indemnice ningún rubro indebidamente y analizar detalladamente cada punto de las lesiones sufridas, a los fines de no contemplar dos veces la misma lesión. También el juez deberá tener en cuenta que el monto establecido sea suficiente y posible; esto es, que la suma dada sea suficiente para operar como “sustitución compensatoria” por el daño sufrido, así como también que sea viable de abonar por el responsable: se deberá de alguna forma tener en cuenta las posibilidades económicas reales del mismo, ya que de nada sirve establecer sumas exorbitantes que de ninguna manera puedan ser abonadas.

- Prontitud en la efectividad del pago:

Que el pago instituido por el juez sea pronto es fundamental al final mismo del resarcimiento integral del daño. Una demora excesiva en el efectivo cobro de la indemnización puede tener la virtualidad de aumentar o convertir en crónico el dolor padecido por la víctima.

- El destino del resarcimiento económico:

Se coincide plenamente en el cambio de paradigma consistente en la transformación del resarcimiento por daño moral de una pena impuesta al responsable, a una indemnización a la víctima centrada en el sufrimiento padecido por ella. El juez deberá analizar la cuestión del “precio del consuelo” en el caso concreto, y las distintas maneras de traducir la indemnización en un alivio espiritual, utilizándola como medio para obtener los “placeres compensatorios” que ayuden a aliviar el sufrimiento que se padece.

Cuestiones engorrosas de analizar serán ciertos casos concretos en los cuales la propia entidad de la víctima es la que podría llegar a generar disparidad de indemnizaciones.

- Cuestiones atinentes a la situación personal de la víctima:

Partiendo desde el punto que la finalidad del resarcimiento económico del daño moral es que el mismo debe ser de carácter integral y pleno, enfocándose en la víctima y en el daño padecido, a

los fines de que opere como una sustitución compensatoria, ya que claramente no es materialmente posible devolver a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la producción del daño, se arriba al siguiente: ¿Qué pasa en el caso en que ciertas cualidades de la propia víctima haga variar el monto del resarcimiento al analizar la función compensatoria de la indemnización?

Un ejemplo: un conductor a bordo de un automóvil, encontrándose en estado de ebriedad, arrolla a dos niños que están cruzando la calle. Ambos niños fallecen en el acto a causa de las lesiones sufridas. Ambos tenían 10 años, eran hijos únicos y salían del mismo colegio donde cursaban la educación primaria. Los padres de ambos entablan sendas demandas ante la Justicia y reclaman, entre otros rubros indemnizatorios, el resarcimiento del daño moral sufrido. El juez, realizando la operación de valoración y cuantificación del daño moral, se sienta a analizar cada caso en concreto y todas las cuestiones que hacen a la indemnización de cada uno y cómo es que ésta, ante la imposibilidad de devolverle la vida de los hijos fallecidos a sus padres, operará como una satisfacción compensatoria en la vida de ellos, otorgándole placeres sustitutivos que les permitan aliviar su dolor. Cómo es sabido, la indemnización no posee fines punitivos contra el responsable, sino fines resarcitorios centrados en la víctima, y es en ese momento en que el Juez se fija en los padres de los niños: los padres del niño A son dueños de varias empresas, viven en un barrio country de las periferias de la ciudad, viajan al exterior por vacaciones dos veces al año y no cuentan con ningún tipo de inquietud de índole económica, mientras que los padres del niño B no tienen estudios ni trabajo registrado, sostienen la economía familiar en base a los trabajos informales que poseen, con lo que apenas les basta para mantener un pequeño y humilde hogar. El juez se planteará cuáles serán las indemnizaciones que deberán recibir estas personas que, de acuerdo a su calidad de víctimas, utilizarán de la manera que les resulte más idónea para paliar el dolor que sienten por la pérdida de sus hijos. Ahí es donde surge el desequilibrio indemnizatorio, ya que es claro que la suma económica

que les permitiría a los padres del niño B comprar un pequeño automóvil, realizar un viaje, ayudar a pagar el crédito hipotecario que pende sobre su vivienda o la satisfacción que ellos prefieran, nunca podría asimilarse con la que sería necesaria para que los padres del niño A encuentren en el mismo tipo de compensaciones sustitutivas, el mismo alivio. ¿Esto significa que el dolor de los padres del niño A es superior (o al menos más oneroso) que el de los padres del niño B? Claramente no.

De este análisis se puede concluir que, si bien la indemnización debe cuantificarse teniendo en cuenta a la víctima y a las sustituciones compensatorias factibles de producirse con la entrega de la misma, no es correcto abstraerse de todo tipo de comparación de casos análogos, ya que eso facilita la producción de situaciones que pueden resultar, como poco, injustas.

- Cuestiones atinentes a la situación personal del responsable:

Con el cambio de paradigma sobre la finalidad del resarcimiento, ya no es central la persona del responsable a la hora de cuantificar un daño. Sin embargo, como se dijo anteriormente, no debe caerse en el facilismo de otorgar indemnizaciones irrisorias tanto para la realidad económica del momento como para la solvencia del responsable, ya que esto puede acarrear la imposibilidad de pago de la indemnización

El Dr. Pizarro en su obra “Valoración y cuantificación del daño moral”<sup>46</sup> enumera una serie de efectos que tiene esta perniciosa cuestión de la disparidad de criterios a la hora de fallar:

1) Fuerte variabilidad en las indemnizaciones otorgadas para casos similares, la cual afecta la indispensable predictibilidad que debe estar asociada al derecho.

---

<sup>46</sup> Pizarro, R. (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

- 2) Grave distorsión del efecto preventivo de las condenas y del mensaje disuasivo que el sistema envía a los potenciales causantes de daños.
- 3) Desmedido incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, los derivados de la litigiosidad.
- 4) Mayor lentitud en los procesos judiciales orientados a liquidar indemnizaciones.
- 5) Graves dificultades para acceder a transacciones judiciales o extrajudiciales, particularmente cuando la contraparte es el Estado.
- 6) Encarecimiento del costo del seguro.

De esta enumeración se puede concluir que la problemática de la cuantificación del daño moral va mucho más allá del caso concreto; afecta a todo el sistema resarcitorio.

#### 5.2.1 Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro recuerdan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisorios y brindan argumentos suficientes a tenor los cuales determinan el monto indemnizatorio.<sup>47</sup> Ha dicho en tal sentido que *"para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación"*.<sup>48</sup> Los mismos autores señalan que la Corte Suprema *"ha avanzado en este camino y ha afirmado, en otro fallo, que la motivación no tiene pautas 'asépticamente jurídicas', sino que al juzgar prudencialmente*

---

<sup>47</sup> Viramonte, C. y Pizarro, R, "Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q." en La Ley Córdoba 2007, Junio, página 465.

<sup>48</sup> C.S., 4/10/94,JA,1995-II-19

*sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad".<sup>49</sup>*

El mismo criterio manifestó la Doctora Matilde Zavala de González, diciendo que *"si bien la fijación del monto de la reparación siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena."*<sup>50</sup>

De las citas contenidas en el voto del Dr. Monterisi en los autos citados ut-supra, se desprende que, a pesar de que el Juez posea facultades discrecionales y que pueda fallar acorde a ellas, no puede dejar de lado el deber de fundamentar las decisiones tomadas y establecer cuáles fueron los factores y procedimientos utilizados al arribar a la suma a otorgar como indemnización por el daño sufrido. Es fundamental que el Juez a la hora de fallar verifique de manera exhaustiva la existencia del daño, su gravedad, como afectó a la víctima y que cuando cuantifique, no pierda de vista las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad, plasmando todo este proceso en el considerando respectivo, ya que *"...dicho arbitrio no queda librado a la mera voluntad de los jueces sino que deben basarse en la apreciación de casos análogos y ponderando con prudencia y en atención al universo de casos justiciables."*<sup>51</sup>

### El Criterio de la realidad económica

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha prestado especial atención a la realidad económica, analizando que los fallos de ninguna manera adquieran el carácter ni de meramente simbólica ni de plus-petito inexcusable.

El caso más resonante de una indemnización puramente nominal fue el ya analizado "Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos" en el cual la Cámara

---

<sup>49</sup> C.S., 10/11/92, JA, 1994-I-159. (Voto del Juez Ricardo Monterisi en "S. c/ AVANT SALUD PLUS S.R.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" – Sentencia N° 147.583 Juz. Civ. Com. N°9 de la Ciudad de Mar del Plata)

<sup>50</sup> Zavala de Gonzalez, Matilde "Resarcimiento de Daños" t° 5 a "Cuanto por daño moral", página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, en Juz. Civ. Y Com. N° 9 de la Ciudad de Mar del Plata, Expte Nro° 147.583 "S., C. c/ AVANT SALUD PLIS S.R.L.s/ Daños y Perjuicios"

<sup>51</sup> Voto del Sr. Juez, Dr. Domínguez en "Conzi, Horacio Santiago s/ recurso de casación interpuesto por los actores civiles", Trib. Casación Penal de La Plata Sala III, 30/10/2014 – Caso Schenone

interviniente, al ser una familia de buena posición económica, por daño moral le otorgó una suma meramente simbólica, distando ampliamente del sufrimiento padecido por los padres al perder a sus hijas, todo esto sosteniendo que la indemnización era de carácter punitivo. En dicho caso, la Corte hace lugar al recurso extraordinario y devuelve los autos al tribunal de origen para que falle acorde. También se ha sostenido que *“la indemnización a reconocerse no debe ser ínfima, pues de ser así se fomenta la industria del escándalo. Deben temerse en cuenta la deformación y repercusión del hecho, la gravedad de las imputaciones y el hecho de ser la demandada una empresa periodística de amplia difusión.”*<sup>52</sup>

En el caso de las indemnizaciones excesivamente altas, la CSJN en el fallo “Román c/ Guyth y Asociados” (22/09/1994), sostuvo que *“cabe descalificar el pronunciamiento judicial que a los fines de establecer la indemnización reclamada por un siniestro laboral, ha estimado una suma que no guarda relación con las pautas que se dijeron tomadas en cuenta, tales como la incapacidad del actor, su edad, estado civil, proyecciones de capacidad laborativa y posibilidad de ingreso en su vida”*.

### 5.2.2 Criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha apostado por el establecimiento de parámetros razonablemente objetivos a los fines de la determinación del daño moral, ya que *“la determinación del quantum indemnizatorio no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas, realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado que se arriba. Esto hace aconsejable reflexionar agudamente en la posibilidad de establecer un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del tribunal de casación y del público en general sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquél monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una*

---

<sup>52</sup> “Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros”, CNCiv., Sala H, 11/03/98. La Ley, 1998-B,630.

*razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por el libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y con una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios*<sup>53</sup>.

En este sentido, el T. S. J. sostiene la implementación de parámetros razonablemente objetivos, evitando que la cuantificación quede totalmente supeditada al libre arbitrio judicial o a la enunciación de pautas genéricas que no expliquen acabadamente cómo se arribó al quantum indemnizatorio. De esta forma, *“se pone énfasis en la necesidad de evaluar concreta y fundadamente las repercusiones que la lesión infirió en el ámbito subjetivo de la víctima o, lo que es igual, de individualizar el daño, ameritando todas las circunstancias del caso, de naturaleza subjetiva (situación personal de la víctima), como las objetivas (índole del hecho lesivo y sus repercusiones); y en la conveniencia de adoptar parámetros razonablemente objetivos, que ponderen de modo particular, los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros Tribunales en casos próximos o similares.*”<sup>54</sup>

#### 5.2.2.1 Análisis de fallo: “Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial – 2006-06-20- “L. Q., C. H. c/ Citibank N.A.”

El fallo en análisis reitera el precedente que ya se venía aplicando por el T.S.J. en los casos “Belitzky, Luis Edgard c/Marta Montoto de Spila – Ordinario – Daño moral – Recurso de Casación” y “Sahab, Ricardo J. c/ Ester A. Hernandez de Belletti – ordinario – recurso directo”. En tal sentido, se interpone recurso de casación ya que la Cámara interviniente toma la decisión de elevar cuantiosamente el monto establecido por daño moral en primera instancia argumentando cuestiones atinentes a la personalidad de la víctima, pero sin hacerlo de manera acabadamente fundada, sin explicitar con exactitud cuáles eran los factores de la personalidad del damnificado y cómo es que estas afectan al quantum resarcitorio otorgado primariamente. En su voto, la Dra. Cafure de Battistelli dijo que *“el ejercicio de estas facultades discrecionales se*

---

<sup>53</sup> Pizarro, R. (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

<sup>54</sup> T.S.J., Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Belitzki, Luis Edgard c/ Marta Montolo de Spila – Ordinario – Daño Moral – Recurso de Casación”

*encuentra condicionado sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades”,* procediendo el Máximo Tribunal a receptar el recurso de casación ya que *“en tanto los sustentos brindados por el Tribunal a quo para justificar el monto que entiende corresponde acordar en concepto de daño moral no se encuentran apoyados directamente en datos ciertos que surjan de las probanzas rendidas en autos”.* Concluyendo: la simple mención y enumeración de la prueba atinente a las cuestiones personales de la víctima no alcanzan, sin más, para satisfacer las motivaciones y fundamentos que debe poseer una resolución judicial.

Sin embargo, los Dres. Andruet y Sesín se diferencian de la Dra. Cafure de Battistelli al momento de opinar sobre la existencia de parámetros basados en los precedentes judiciales emanados de otros tribunales provinciales en casos análogos, o al menos similares.

El Dr. Andruet en su voto, adherido por el Dr. Sesín, asiente que es sumamente importante que un Juez, a la hora de evaluar la cuantificación por daño moral, tome en cuenta los fallos provinciales existentes en casos similares al que está analizando y dice que *“la hermenéutica constitucional a la que todos los jueces están impuestos de afrontar reclama que se atienda un criterio consecuencialista a la hora de dictarse las resoluciones y ello es, justamente, no prescindir en la interpretación de las leyes de las consecuencias que se derivan de tal o cual criterio, puesto que las consecuencias y los efectos constituyen también un índice confiable para verificar la coherencia y razonabilidad que dicha resolución tiene con el sistema jurídico amplio”.* Básicamente, que el Juez a la hora de cuantificar, debe evaluar como se ha fallado en casos análogos, sin que eso importe de manera alguna un piso o techo al momento de establecer el quantum resarcitorio.

En cambio, la Dra. Cafure de Battistelli en su voto sostiene que los jueces no deberían tener en cuenta los fallos análogos emanados de otros tribunales porque esto atentaría contra el principio de reparación plena, coartando el derecho del damnificado a verse íntegramente reclamado por el daño sufrido sin verse limitado de ninguna manera por parámetro alguno. La Doctora opina que *“la fijación de parámetros objetivos, aun cuando lo fueran a título indicativo,*

*no sólo iría en desmedro de dicha postura, sino también resultaría incongruente con las facultades discrecionales con las que cuenta el juzgador para cuantificar el resarcimiento por daño moral”.*

### 5.2.3 Análisis sobre la implementación de tarifaciones legales indicativas

La crítica sobre la falta de similitud de los criterios del derecho judicial se hizo notar permanentemente en la búsqueda de parámetros objetivos que sirvieran al momento de cuantificar el daño en supuestos análogos y en cada caso concreto.<sup>55</sup>

El daño moral habrá de ser fijado en consideración a la especial repercusión que debe haber tenido sobre una persona el carácter de las lesiones a la personalidad. Por ello, los daños morales no tienen por qué guardar relación con los perjuicios materiales, sino que deben atender a ciertas pautas tales como las circunstancias particulares de la afección, unidad y cohesión de la familia y la situación de amparo o desamparo de la víctima. En este sentido y en líneas generales, tanto la jurisprudencia como la doctrina han puesto de relieve la imperiosa necesidad de adoptar parámetros razonablemente objetivos y uniformes, que ponderen de modo particular los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros tribunales en casos próximos o similares a fin de lograr los valores de equidad, seguridad jurídica y predictibilidad a la hora de cuantificar este tipo de daño.<sup>56</sup>

Existen múltiples posturas al respecto; están los que están de acuerdo en la urgencia de implementar una suerte de tarifación legal de los daños con el fin de poder tener parámetros regulares de cuantificación, y están los que lo consideran un disparate y que, sin lugar a dudas, dicha implementación implicaría vulnerar el sistema de resarcimientos. Entre un extremo y el otro, se encuentran varias corrientes moderadoras, todas coincidiendo en la necesidad de acceder a un sistema de reparación de daños más seguro y predictivo.

En un primer momento y como se dijo anteriormente, es menester separar los momentos de la valoración y la cuantificación, ya que si bien de la primera se

---

<sup>55</sup> Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).

<sup>56</sup> Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).

desprenden los elementos que serán útiles para la segunda, no hay que desatender el resto de las cuestiones que hacen al caso en concreto pudiendo inclusive, mediando fundamentos, apartarse de algunos de los supuestos obtenidos durante la valoración del daño moral.

En general, todos acuerdan en la necesidad de generar una suerte de “equilibrio” en las indemnizaciones de los daños, toda vez que la existencia de una mayor predictibilidad sobre el fallo a emanarse de un determinado órgano judicial, permite reducir tanto la litigiosidad (al poder saber aproximadamente como se fallará en un caso en concreto, es más fácil para las partes poder negociar acuerdos entre sí, allanarse, realizar transacciones, etc.) como los costos a la hora de litigar (al redactar la demanda, sin poder prever que el fallo será “acorde” a lo que se está reclamando por el rubro indemnizatorio del daño moral, se tiende a inflar los montos a los fines de abultar lo más posible las sumas reclamadas, lo cual aumenta significativamente los costos a la hora de entablar la demanda, gastos, costas, etc.).

Entre las distintas posturas que se encuentran entre nuestra doctrina nacional, podemos mencionar la sostenida por la Dra. Matilde Zavala de González, basada en las regulaciones legales indicativas, en tanto que se deberían buscar elementos que permitieran construir parámetros cuantitativos para resarcir el daño moral, constituyendo pautas flexibles de carácter indicativo para el juez, el cual podrá apartarse de las mismas si el caso en concreto lo ameritara, siempre fundando de manera acabada su decisión; es decir, *“una regulación cuantitativa, sólo indicativa y de origen legal.”*<sup>57</sup>

Entre las críticas recibidas a esta postura sostenida por la Dra. Zavala de González, se encuentran el temor de que, ante las presiones de las corporaciones económicas y de los arreglos con sus aseguradoras, el víctima acabe por no ser totalmente resarcida en toda la extensión de su daño, como también se le cuestiona cuál es el sentido de establecer parámetros que no sean vinculantes para el magistrado, a lo que la doctora supo contestar que *“...además de la función coercitiva, el Derecho debe satisfacer otra forjadora de modelos de conducta. Así como las leyes contienen pautas axiológicas que*

---

<sup>57</sup> Zavala de Gonzalez, M. (2001). ¿Cuánto por daño moral?. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

*guían al juez (la buena fe, las buenas costumbres...) no se advierte obstáculo lógico para la introducción legal de pautas cuantitativas*<sup>58</sup>.

Otra de las posturas sostenidas en nuestra doctrina es la del Dr. Ramón Pizarro, con base en los precedentes judiciales, el cual se manifiesta en contra de toda forma de tarifación legal para resarcir el daño moral que sea de carácter general, ya que la aplicación de tarifas a la hora de cuantificar operaría como violatoria al principio de reparación plena, constituyendo indemnizaciones inaptas para resarcir íntegramente el daño sufrido por el damnificado, sosteniendo su *“convicción en contra de toda idea de tarifación, limitación o regulación resarcitoria predeterminada legalmente del daño, sea patrimonial o moral, que se presente con carácter generalizado. Bajo el rótulo de una tarifa o tope legal, o de pautas meramente indicativas, sueles esconderse indemnizaciones que son inaptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anarquía e injusticia. Ellos conspira contra el damnificado y genera, en la mayoría de los casos, un beneficio indebido al dañador que puede liberarse pagando menos de lo que corresponde.”*<sup>59</sup> En su obra “Valoración y cuantificación del daño moral” enumera las razones por las cuales está en contra del establecimiento de parámetros tarifarios:

- La determinación de parámetros cuantitativos predeterminados y abstractos, para cada tipo de daño moral que pueda producirse, resultará, en los hechos, tan o más discrecional, que la que se genere en cada caso concreto cuando se prescinde de la real entidad cualitativa del menoscabo. La única diferencia estribará en la génesis del acto discrecional, que se desplazará del juez al legislador.
- La regulación indicativa uniforme del daño moral llevaría a otro problema, mucho más delicado, cuál es precisar en base a qué parámetros se determinará. Y es acá donde estriba el riesgo mayor, de modo especial en una sociedad en la que las presiones de los lobbies, de las corporaciones económicas y sus aseguradoras es

---

<sup>58</sup> Zavala de Gonzalez, M. (2001). ¿Cuánto por daño moral?. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

<sup>59</sup> Pizarro, R. (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

enorme. ¿Cómo se establecerá el quantum legal rígido o indicativo para cada caso? ¿Qué intereses se ponderarán a la hora de su fijación?

- Aun siendo indicativa la regulación, en los hechos, se corre el riesgo de que los jueces sólo se aparten ella en casos excepcionales, con lo que se alcanzarán efectos casi similares a los de un sistema tarifado rígido, con todo lo malo que ello importa.
- El exceso de abstracción que importaría agrupar los diferentes supuestos de daño moral concebibles, objetivamente considerados, a los fines de una tarifación rígida o indicativa, importa la negación de la esencia misma del daño moral y de su reparación: la de ser un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, particulares, que hacen que no hayan daños morales idénticos.

Sin embargo, lo que propone el Dr. Pizarro es la implementación de un sistema de amplia publicación de los fallos que presenten resarcimiento por daño moral con su correspondiente quantum económico, tanto en el ámbito de la Justicia Provincial como Federal, a los fines de que sean usados como indicativos por los jueces al momento de cuantificar como pautas flexibles, tornándose, en el mejor de los casos, en un sistema resarcitorio que posea cierto grado de uniformidad. Vale la pena aclarar que este sistema de publicidad de los montos resarcitorios de ninguna manera sería vinculante para los jueces; sólo funcionaría a fines indicativos. Criterio parecido es el ya expuesto sostenido por los Dres. Andruet y Sesin en el fallo analizado ut-supra: los jueces deben evaluar los fallos provinciales en casos análogos para tomarlos como referencia, con la salvedad que esto de ningún modo debe traducirse ni en un piso mínimo indemnizatorio ni en un tope máximo, en contrapartida por lo expuesto en el voto de la Dra. Cafure de Battistelli, que se encuentra en contra de todo tipo de parámetro, ya que sostiene que el establecimiento de cualquier tipo de parámetro objetivo vendría a coartar significativamente el derecho a la reparación plena con el que cuentan las víctimas de daños.

Dentro de la misma línea de pensamiento se encuentra la postura sostenida por el Doctor Mosset Iturraspe, quien basándose en que cada caso de daño moral es distinto, se manifiesta a favor del uso de la informática como herramienta para construir una suerte de “estadística” donde se puedan catalogar los daños morales más comunes.<sup>60</sup> Es así que, aunque no exista una puesta de acuerdo entre los distintos tribunales para los distintos casos, indudablemente a través de esta forma de organización se podría llegar también a resultados más homogéneos que los existentes hoy en día. Como dice Mosset Iturraspe, *“soluciones como la expuesta implicarían un avance, por crear alguna comunidad valorativa entre los tribunales, como de hecho ya sucede ‘cuando el abogado invoca el precedente judicial de un caso parecido o si, motu proprio, los jueces recurren a las decisiones anteriores sobre asuntos similares.’ No obstante, se critica con razón que ‘la propuesta sólo sustituye la intuición individual por la intuición colectiva; es decir, equivale a reemplazar el criterio de ‘es justo porque me parece’ por el de ‘es justo porque nos parece’. De nada sirve que muchos sostengan que tal monto es más justo, si no dicen ni fundamentan la razón de la justicia intrínseca de ese monto.”*<sup>61</sup>

La crítica existente sobre lo propuesto por Mosset Iturraspe radica en la escasa utilidad de reunir montos fijados judicialmente sin tener en cuenta las valoraciones realizadas en cada caso, conformando una aglomeración de material inconexo, a pesar de referirse a casos similares.

Otra forma de abordar el tema en cuestión es la aplicada por parte de los Tribunales de la ciudad de Rosario, los cuales arribaron a acuerdos plenarios (acuerdo plenario de los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de Rosario del 16 de septiembre de 1993) estableciendo montos mínimos y máximos a pagar por determinados daños morales (muerte de un hijo, de un padre, del cónyuge y lesiones sin incapacidad). Esta doctrina es criticada por Mosset Iturraspe, por cuanto sostiene que el magistrado tiene la obligación de sentar doctrina exclusivamente para el caso en concreto.

Esta crítica es válida si se trata de doctrina jurisdiccional vinculante y con límites inamovibles; caso contrario, sería acertado el consenso judicial de

---

<sup>60</sup> Venturini, Beatriz, “El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado”, p. 80, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.

<sup>61</sup> Mosset Iturraspe, “Cuantía del resarcimiento por daño moral”, en “Daño moral”, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994.

aproximación de montos es casos parecidos, con la correspondiente facultad de poder apartarse de manera fundada en el caso en concreto. De hecho, *“los magistrados preocupados tienen en cuenta el valor de los precedentes de otros tribunales (sobre todo, de la misma jurisdicción) y, desde luego, los anteriores del propio tribunal. Pero para esta finalidad no es menester la convocatoria formal a plenarios (no admitidos legalmente en todas las sedes) sino la participación de los jueces en el intercambio y debate de opiniones sobre el problema general de las indemnizaciones por daños morales.”*<sup>62</sup>

Otra corriente doctrinaria, la de los criterios científicos, se oponen al establecimiento de parámetros generales para cuantificación fundando su posición en la posibilidad que la aplicación de dichos parámetros pueda verse afectada por los grupos de presión económica o política de turno. Sobre estas ideas se ha reflexionado que *“ni la publicación de los fallos, ni una regulación legal (imperativa o indicativa) implican, por sí solas, la elaboración de pautas o técnicas ‘de carácter científico’ que justifiquen petitioner u otorgar una determinada suma de dinero en concepto de indemnización por daño moral: debe hallarse un método que permita pedir, condenar o legislar sobre montos indemnizatorios porque son razonables y equitativos. ‘Los magistrados deben tener algunos parámetros comunes, de los cuales partir, para después, por sí mismos, llegar a la cifra que corresponda a las especiales circunstancias del caso. La absoluta discrecionalidad existente debe ser encarrilada; la ciencia del derecho debe buscar y elaborar criterios con los que se pueda, en cada caso, encauzar la caótica actividad jurisdiccional.”*<sup>63</sup>

#### 5.2.4 Pautas a seguir recomendadas por el Dr. Mosset Iturraspe

Finalmente, y a modo de cierre, considero importante no pasar por alto lo recomendado por el Dr. Mosset Iturraspe en su trabajo “Diez Reglas sobre

---

<sup>62</sup> Zavala de Gonzalez, M. (2001). “¿Cuánto por daño moral?”. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

<sup>63</sup> Márquez, Pizarro y Vallespinos, ponencia presentada a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993). La resistencia ante técnicas cuantitativas generalmente se ve presidida por el objetivo de defender la reparación integral a las víctimas; pero el desenfreno en la materia conduce azarosamente a indemnizaciones reducidas y casi denegatorias o a otras exorbitantes, y éstas generan el peligro de la fijación de topes legales, para evitar el “costo país” en un mundo regido por implacables reglas de mercado, contenido en Zavala de Gonzalez, M. (2001). “¿Cuánto por daño moral?”. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

cuantificación del daño moral”<sup>64</sup>, donde establece una suerte de lineamientos básicos a seguir a la hora de la cuantificación del daño, a saber:

1) NO A LA INDEMNIZACIÓN SIMBÓLICA

A la hora de la cuantificar el daño moral se debe evitar establecer una suma que por su insignificancia sea meramente simbólica; la misma deberá tener algún tipo de relevancia económica para la víctima, ya que la finalidad del resarcimiento es la reparación de la víctima y no un reproche de la conducta del autor.

2) NO AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El resarcimiento del daño no debe importar un cambio radical en la vida de la víctima, ya que la finalidad del mismo es la reparación del daño sufrido y no una fuente de enriquecimiento a costas del autor, por más reprochable que haya sido su conducta.

3) NO A LA TARIFACIÓN CON “PISO” O “TECHO”

El establecer un mínimo o máximo a la hora de cuantificar el daño moral es claramente violatorio del principio de reparación plena, ya que se pierde el eje de que lo que se repara es el daño y el foco debe estar puesto en la víctima y en el daño sufrido.

4) NO A UN PORCENTAJE DEL DAÑO PATRIMONIAL

Dado la diferencia de entidad entre el daño moral y el daño patrimonial, no tiene sentido alguno atar uno al quantum del otro.

5) NO A LA DETERMINACIÓN SOBRE LA BASE DE LA MERA PRUDENCIA

El Juez a la hora de cuantificar deberá tener en cuenta las particularidades que hacen al caso, no debiendo fallar únicamente invocando la prudencia como fundamento. Como expresa Mosset Iturraspe, se deberán tener en cuenta la

---

<sup>64</sup> Mosset Iturraspe, J. (2001). Diez reglas sobre cuantificación del daño moral. La Ley, LA LEY 1994-A, 728, - Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007, 181(AR/DOC/19501/2001).

edad de la víctima, su ocupación, su proyecto de vida, gastos personales y familiares, ingresos, etc.

#### 6) SÍ A LA DIFERENCIACIÓN SEGÚN LA GRAVEDAD DEL DAÑO

Mosset Iturraspe enumera primariamente un catálogo de daños morales, a saber: alteraciones disvaliosas de los estados de ánimo, angustia y tristeza, originadas en una disminución de la salud y de la integridad psicofísica, por la pérdida de un órgano, de un sentido o miembro, producidas por la tragedia ocurrida al cónyuge o familiar, nacidas del avance en la intimidad o reserva, alteraciones producidas por la pérdida de armonía o belleza del rostro o partes del cuerpo visibles, alteración por frustración del proyecto de vida, por las limitaciones en la vida de relación y por el ataque a la identidad personal, etc., para posteriormente, evaluar cuáles de estos serán más graves que otros, tarea de difícil consenso entre los doctrinarios.

#### 7) SÍ A LA ATENCIÓN A LAS PECULIARIDADES DEL CASO: DE LA VÍCTIMA Y DEL VICTIMARIO

Si bien el foco de la reparación está puesto en la víctima, no hay que dejar de lado las cuestiones atinentes a las circunstancias del caso concreto. En el derogado Código Civil, en el art. 1069 regía el supuesto en el que “los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativa; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

#### 8) SÍ A LA ARMONIZACIÓN DE LAS REPARACIONES EN CASOS SEMEJANTES

En un momento social en que hay tantas dudas y posiciones encontradas en torno a las figuras y poderes del Estado, es menester para fomentar la credibilidad de las personas en nuestras instituciones que al menos pueda existir cierta coherencia en los actos emanados de las mismas, a saber: es ilógico que ante dos casos semejantes, la cuantificación del daño moral pueda ser tan radicalmente distinta de un caso al otro. Es por esto que se debe enfocarse en establecer parámetros de cuantificación del daño moral a los fines

de que no exista tal disparidad de criterios a la hora de analizar y establecer una cifra indemnizatoria.

#### 9) SÍ A LOS PLACERES COMPENSATORIOS

Si bien ya es sabido que no es posible cubrir el dolor producido a raíz de la lesión a un bien extrapatrimonial, se puede tomar en consideración el impacto positivo que tiene en la vida de una persona sufriente el ingreso de una suma económica que mejore (aunque no sea de manera radical) su calidad de vida, usando sus utilidades conforme a los medios que crea beneficiosos para aplacar su dolor.

#### 10) SÍ A SUMAS QUE PUEDAN PAGARSE, DENTRO DEL CONTEXTO ECONÓMICO DEL PAÍS Y EL GENERAL “STANDARD” DE VIDA

A la hora de la cuantificación, resulta menester analizar el contexto y situación económica del país, so riesgo de producirse una suma resarcitoria que no pueda ser pagada a razón de la insolvencia del condenado.

### 5.3 CONCLUSIONES

En el Capítulo 5 llamado “Valoración y cuantificación del daño moral”, lo primero que se hace es distinguir ambos momentos, definiendo a la valoración como la tarea de “esclarecer su contenido intrínseco o composición material (del daño moral), y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”, para posteriormente abordar el tema de la cuantificación, esto es, la conversión pecuniaria para arribar al monto de la indemnización que cumpla suficientemente con el principio de reparación plena, reparando el daño moral justa y equilibradamente.

La problemática en torno a la cuantificación del daño moral posee dos etapas: la primera, es que no hay un factor común económico que permita identificar el daño sufrido con una suma monetaria a otorgar como indemnización, y que el dolor sufrido por la persona no tiene una exacta traducción económica, quedando el resarcimiento en manos de la intuición del magistrado como única guía, sin ningún marco que permita en correcto análisis de la suma asignada en el caso concreto, concluyendo que, desde un punto de vista técnico,

nunca el otorgamiento de un resarcimiento económico va a poder ser traducida como totalmente justa o exacta (ni más ni menos) a la hora de reparar un daño moral, puesto que los dos componentes de la ecuación (un daño que afecta disvaliosamente el espíritu y un monto económico) son de naturaleza intrínsecamente distintas.

La segunda cuestión es la disparidad de criterios encontrados a la hora de cuantificar el daño moral en diversos tribunales, incluso en distintos fallos emitidos por el mismo órgano judicial. Como se mencionó, esta diferencia cuantitativa entre montos resarcitorios entregados a víctimas de daños similares trae aparejadas, entre otras, las siguientes consecuencias: fuerte variabilidad en las indemnizaciones otorgadas para casos similares, la cual afecta la indispensable predictibilidad que debe estar asociada al derecho; grave distorsión del efecto preventivo de las condenas y del mensaje disuasivo que el sistema envía a los potenciales causantes de daños; desmedido incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, los derivados de la litigiosidad; mayor lentitud en los procesos judiciales orientados a liquidar indemnizaciones; graves dificultades para acceder a transacciones judiciales o extrajudiciales, particularmente cuando la contraparte es el Estado y encarecimiento del costo del seguro.

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba han determinado que los jueces no pueden emitir fallos sin justificar de manera acabada sus fallos. Dicho de otra forma, el magistrado no puede establecer que un damnificado por daño moral cobre una cierta suma porque parece “correcto”. Debe fundamentar por qué eligió esa suma y no otra, ponderando diversos factores como lo son la existencia de dolo por parte del responsable, la existencia de daños patrimoniales circunstancias objetivas y subjetivas del daño en sí, la extensión temporal del daño, pluralidad de intereses lesionados, pluralidad de víctimas, cuestiones atinentes al resarcimiento, prontitud en la efectividad del pago, el destino del resarcimiento económico, cuestiones atinentes a la situación personal de la víctima y cuestiones atinentes a la situación personal del responsable.

En suma, tanto la CSJN como el TSJ acuerdan que ya no es procedente el libre arbitrio judicial sin ningún tipo de parámetro a la hora de cuantificar el daño moral, basándose meramente en la guía de la sana crítica racional y su

íntima convicción, debiendo dar fundamentos de por qué cuantifica el daño como lo hace.

Es por las mencionadas dificultades que se analiza la aplicación de parámetros indicativos de tarificación legal, existiendo doctrinas que están a favor del establecimiento de tarificaciones indicativas, otros proponen la publicidad de los montos otorgados por daño moral, otros el armado de un catálogo de daños, mientras que otros sostienen que el establecimiento de pisos y techos indemnizatorios atentan contra el principio de reparación plena, sosteniendo los más liberales que los jueces deben cuantificar con total libertad y sin ninguna limitación en su quantum ni en sus fundamentos.



## CONCLUSIÓN FINAL

Considero que un buen punto de partida para analizar la problemática de la cuantificación del daño moral, es el siguiente: entre tanta posición encontrada sobre las distintas maneras de abordar el resarcimiento del perjurio moral, hay una regla clara establecida en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial.

Dicho artículo establece que "... el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Esta regla marca una línea en cuanto a la finalidad del resarcimiento: el mismo no es una pena, es una reparación para la víctima del daño, y brinda el marco a tener en cuenta a la hora de la cuantificación; esto es, analizar el valor que tendrá el dinero para la víctima del daño, cómo es que éste repercutirá en su vida cotidiana, y cuáles son los placeres que podría otorgarse con el uso de ese dinero.

Es necesario hacer una aclaración: nunca una cifra económica podrá devolver a la víctima del daño al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho lesivo.

Nunca un padre dejará de sufrir por el hijo perdido, ni una persona dejará de lamentarse por la pérdida de un miembro de su cuerpo. Sin embargo, es posible atenuar ese dolor, ese padecimiento, y el Código nos dice cómo: haciendo una evaluación de la situación de la víctima y otorgándole al dinero una función satisfactiva de necesidades y compensatoria del dolor padecido, procurándole una cierta tranquilidad económica y la posibilidad de hacer uso de su indemnización de una manera que le resulte relevante en su vida, ya sea para garantizarle la educación a sus hijos, una vivienda, viajes, dispersión, la obtención de bienes, lo que la persona considere acorde a su propio bienestar. Como dijo el Dr. Iribarne, *"es imposible sostener la demasía o la insuficiencia de una indemnización sin cotejarla con los valores de los bienes corrientes que permite adquirir, o sin evaluar su virtualidad como fuente generadora de rentas"*<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Iribarne, Héctor P., "Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona", en Derecho de Daños, 1ª parte, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 191 y siguientes.

Una vez determinado el criterio que deberá utilizar el Juez a los fines de los elementos que deberá tener en cuenta para la determinación de la indemnización, se discute qué es lo que sucede cuando de los distintos juzgados (o incluso entre diversas resoluciones de un mismo juzgado) emanan fallos, cada uno con su indemnización, y se da una disparidad absoluta en cuanto a los montos en casos prácticamente análogos.

Ya se mencionaron las consecuencias que trae aparejada la existencia de diferencias notorias entre indemnizaciones por daño moral en casos análogos (fuerte variabilidad en las indemnizaciones otorgadas para casos similares, la cual afecta la indispensable predictibilidad que debe estar asociada al derecho; grave distorsión del efecto preventivo de las condenas y del mensaje disuasivo que el sistema envía a los potenciales causantes de daños; desmedido incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, los derivados de la litigiosidad; mayor lentitud en los procesos judiciales orientados a liquidar indemnizaciones; graves dificultades para acceder a transacciones judiciales o extrajudiciales, particularmente cuando la contraparte es el Estado y encarecimiento del costo del seguro), por lo que resta preguntarse: ¿Es viable la implementación de tarifaciones legales indicativas a la hora de cuantificar el resarcimiento del daño moral?

En mi opinión, la respuesta es que sí.

No resulta suficiente el libre arbitrio del Juez a la hora de cuantificar el daño, y más aún cuando este rubro reviste tantas dificultades para explicar la motivación de por qué se elige un monto indemnizatorio y no otro. Considero que debe haber algo más que ayude a enmarcar el resolutorio en concordancia con el resto de los fallos análogos.

Considero que, con la “humanización” producida por el nuevo Código Civil y Comercial donde la víctima del daño toma un papel preponderante en el resarcimiento y es la tenida en cuenta a la hora del análisis de la cuantificación, se debe analizar todo lo atinente al daño sufrido por la misma, todo esto sin dejar de lado las resoluciones dictadas por el resto de la jurisprudencia.

Volviendo a citar al Doctor Pizarro, “la determinación del quantum indemnizatorio no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas, realizada de manera genérica y sin precisar de qué

modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado que se arriba. Esto hace aconsejable reflexionar agudamente en la posibilidad de establecer un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del tribunal de casación y del público en general sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquél monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por el libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y con una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios.” (Pizarro, R., “Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.”- 2006), coincidiendo con el criterio que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba mantuvo en el fallo “Belitzki, Luis Edgard c/ Marta Montolo de Spila – Ordinario – Daño Moral – Recurso de Casación”: “se pone énfasis en la necesidad de evaluar concreta y fundadamente las repercusiones que la lesión infirió en el ámbito subjetivo de la víctima o, lo que es igual, de individualizar el daño, ameritando todas las circunstancias del caso, de naturaleza subjetiva (situación personal de la víctima), como las objetivas (índole del hecho lesivo y sus repercusiones); y en la conveniencia de adoptar parámetros razonablemente objetivos, que ponderen de modo particular, los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros Tribunales en casos próximos o similares.”

Los detractores al establecimiento de parámetros objetivos de cuantificación sostienen que, en primer lugar, el juez tiene la obligación de fallar en el caso concreto que le resultó por sorteo, y no tener en cuenta los casos sobre los que no tiene jurisdicción. En segundo lugar, que establecer parámetros objetivos de cuantificación atentaría contra el principio de reparación plena, consolidada con jerarquía constitucional en el caso “Aquino”, dado que el Juez podría dejar aristas del daño sin resarcir a los fines de encuadrar la indemnización en el marco del resto de los fallos análogos. En tercer lugar, que el establecimiento de dichos parámetros objetivos de cuantificación sería, lisa y llanamente, inconstitucional, vulnerando de forma total el sistema de resarcimiento de daños.

Siguiendo lo propuesto por la Doctora Matilde Zavala de González, lo ideal sería la implementación de regulaciones legales indicativas con las que el Juez pueda guiarse, siendo estas de carácter flexible y facultándolo al mismo para, en los casos que ameriten y de manera fundada, poder apartarse del criterio establecido en estas normas y fallar conforme a la sana crítica racional.

Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿Qué parámetros serán los tenidos en cuenta a la hora del armado de estas regulaciones legales indicativas?

Un buen punto de partida sería la propuesta del Doctor Pizarro para la persecución de un cierto grado de uniformidad en los fallos relativos al daño moral. Esto es, la amplia difusión y publicación de los fallos que presenten resarcimiento por daño moral con su correspondiente quantum económico, tanto en el ámbito de la Justicia Provincial como Federal.

Mediante esta recopilación de fallos se podrían establecer los criterios aplicados por los diversos órganos jurisdiccionales, enumerar un catálogo de los daños más comunes, con sus correspondientes agravantes y atenuantes, y a partir de ello elaborar las pautas de regulación legal indicativa que propone la Doctora Zavala de González.

Resumiendo, considero que sería viable la implementación de tarifaciones legales indicativas a la hora de la cuantificación del daño moral, en la forma de “regulaciones legales indicativas” sugerida por la Doctora Matilde Zavala de González, de carácter vinculante para el Juez, de las cuales está facultado para apartarse en el caso concreto siempre y cuando sea acabadamente fundamentada dicha decisión, sin que la aplicación de esta tarifación legal importe la existencia de ningún piso ni tope legal en la cuantificación económica del daño, respetando el derecho constitucional que le importa a todos los ciudadanos de la República Argentina a ver reparados los daños sufridos de manera plena.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### LEGISLACIÓN

- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (en vigencia desde 1/08/2015)
- Código Civil de la República Argentina, Ley 340 (vigente desde 1/01/1871, derogado por Ley 26.994)

### DOCTRINA

- Berger, S. (2015). "La prueba del daño". La Ley, LA LEY 05/02/2016,5(AR/DOC/4216/2015).
- Botteri (h), J. and Coste, D. (2017). "El daño moral de las personas jurídicas y el Código Civil y Comercial". La Ley, RCCyC 2017(febrero), 03/02/2017, 203(AR/DOC/1261/2016).
- Galdós, J. (2013). "Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial." La Ley, RCyS2013.IV,5(AR/DOC/1134/2013).
- Galdos, J. (2015). "El daño moral contractual y extracontractual". [ebook] Buenos Aires, p.<http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>. Available at: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf> [Accessed 2 Nov. 2017].
- Iribarne, Héctor P., "Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona", en Derecho de Daños, 1ª parte, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 191 y siguientes.
- Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil) (2014). "¿Qué debe entenderse por gran discapacidad?". [online] Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. Available at: <http://www.jndcbahiablanca2015.com> [Accessed 6 Nov. 2017].

- Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).
- Krieger, W. (2016). "Efectos de la derogación del artículo 1107 de Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?" La Ley, RCCYC 2016 (octubre), 19/10/2016,97(AR/DOC/3073/2016).
- Llambías, Estudio pág. 148, nota 147, citado por Bellucio, Zannony, Tomo V, Código Civil Anotado pág. 109, Editorial Astrea.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E. and Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial". Buenos Aires.
- Meza, J. and Boragina, J. (2015). "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial". La Ley, RCyS2016-IV, 104(AR/DOC/418/2015).
- Mosset Iturraspe, "Cuantía del resarcimiento por daño moral", en "Daño moral", Ed. Alveroni, Córdoba, 1994.
- Mosset Iturraspe, J. (2001). "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral". La Ley, LA LEY 1994-A, 728, - Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007, 181(AR/DOC/19501/2001).
- Organización Mundial de la Salud. (2017). "Discapacidades". [online] Available at: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/> [Accessed 6 Nov. 2017].
- Pizarro, R. and Vallespinos, C. (1999). "Instituciones de derecho privado". Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro, R. (2004). "Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación plena desde la perspectiva constitucional." Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [online] Available at: <http://www.acader.unc.edu.ar> [Accessed 30 Nov. 2017].
- Pizarro, Ramón D., "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho", Bs. As., Hammurabi, 2004, p.31.

- Pizarro, R. (2006). "Valoración y cuantificación del daño moral". La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).
- Pizarro, R. (2017). "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial". La Ley, RCyS2017-X, 13(AR/DOC/2241/2017).
- Savingny, Federico Carlos, "Le droit des obligations", trad. al francés de Hippert, París, Ed. A. Durand – 1873, T. 1, pág. 21.
- Traverso, A. (2016). "La estimación de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación". [ebook] Available at: <http://www.espositotraverso.com.ar/wp-content/uploads/Estimaci%C3%B3n-de-Da%C3%B1os-en-el-CCYC.-Por-el-Dr.-Amadeo-Traverso..pdf> [Accessed 22 Nov. 2017].
- Trigo Represas, "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t.2, § 25, p. 581.
- Venturini, Beatriz, "El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado", p. 80, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.
- Viramonte, C. y Pizarro, R, "Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q." en La Ley Córdoba 2007, Junio, página 465.
- Zavala de González, M. (1992). "Resarcimiento de daños". Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (1996). "Resarcimiento de Daños; Daños a las personas. Integridad psicofísica." Buenos Aires: Hammurabi, p.373.
- Zavala de González, M. (2005). "¿Cuánto por daño moral?". Buenos Aires: Hammurabi, p.160.
- Zavala de Gonzalez, M. (2013). "Monto indemnizatorio por daño moral." La Ley, RCyS213-XI, Tapa(AR/DOC/3916/2013).
- González Zavala, R. (2016). "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias". LA LEY, RCCyC 2016 (noviembre), 17/11/2016, 38(AR/DOC/3436/2016).

## JURISPRUDENCIA

- CSJN, -04-12 2011- “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros” RCyS2011-VIII, 176 con apostilla de Galdós, Jorge M.
- CSJN, 20/12/2011, “Molina, Alejandro Agustín c/ Provincia de Santa Fe”
- CS, 5/8/86, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625
- “Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional”, Fallos 308:1118 y JA, 1987-IV-653
- “V.V.M. y otro c/Omega Cooperativa de Seguros Limitada y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)”
- Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “J. F. B. c/ Telecom Personal S. A.”
- “Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros”, CNCiv., Sala H, 11/03/98. La Ley, 1998-B,630
- “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente Ley 9688” - Corte Suprema de Justicia de la Nación - 21/09/2004
- “L.Q.C.H. c/ Citibank N.A.” Tribunal Superior de Justicia – 12/12/2006
- CCiv. Y Com. 2ª Nom., Córdoba, 2010/04/28.- “Naser, Edgardo c/ Municipalidad de Córdoba”
- T.S.J., Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Belitzki, Luis Edgard c/ Marta Montolo de Spila – Ordinario – Daño Moral – Recurso de Casación”
- “C., L. A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. s/ Daños y perjuicios” – Suprema Corte de Justicia de La Plata, Buenos Aires – 16/05/2007
- Juz. Civ. Y Com. Nº 9 de la Ciudad de Mar del Plata, Expte Nroº 147.583 “S., C. c/ AVANT SALUD PLIS S.R.L.s/ Daños y Perjuicios”