

**DAÑO DE HECHO Y DAÑO JURIDICO.
PERJUICIO ORIGINADO EN LA MUERTE DEL HERMANO**

1. El fallo anotado	11
2. La noción de daño. Daño jurídico: lesión a un derecho sub- jetivo. Daño de hecho: lesión a un mero interés lícito	15
3. La limitación del resarcimiento al daño jurídico. Sus razones	17
4. La ampliación del resarcimiento al daño de hecho. Sus moti- vaciones	18
5. El hermano como damnificado indirecto en el homicidio. La "chance" como daño no jurídico reparable	21
6. El ascensor en movimiento es cosa riesgosa	23

DAÑO DE HECHO Y DAÑO JURIDICO

PERJUICIO ORIGINADO EN LA MUERTE DEL HERMANO

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. La noción de daño. Daño jurídico: lesión a un derecho subjetivo. Daño de hecho: lesión a un mero interés lícito. 3. La limitación del resarcimiento al daño jurídico. Sus razones. 4. La ampliación del resarcimiento al daño de hecho. Sus motivaciones. 5. El hermano como damnificado indirecto en el homicidio. La "chance" como daño no jurídico reparable. 6. El ascensor en movimiento es cosa riesgosa.

I. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., Sala B, setiembre 7-1981. Alvarez, Rosa L. c. Papetti, S.A.

Buenos Aires, setiembre 7 de 1981.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Palmieri* dijo:

I. Ambas partes se agravian contra el pronunciamiento dictado a fojas 193/197 en el cual se hizo lugar a la demanda condenándose a la accionada a pagar a la actora la suma de \$ 16.681.452 en concepto de indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la muerte de un hermano de esta última.

Trataré en primer término los agravios de la demandada vinculados con la responsabilidad que le atribuye el sentenciante de la instancia anterior, que según la recurrente no resulta de las constancias de autos.

Tratándose de un accidente ocurrido en un ascensor debe aplicarse la última parte del segundo apartado del artículo 1113 del Código Civil en cuanto establece que si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente a su dueño acreditando la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder.

Coincido con el *a quo* en cuanto a que los elementos probatorios arrojados al proceso no alcanzan de ma-

nera alguna para acreditar este último extremo en ninguno de sus dos supuestos, sin que las declaraciones testimoniales citadas por la recurrente revistan entidad suficiente a tal fin. Por lo pronto observo que si bien puede presumirse que la hora del hecho fue temprana, la afirmación de la quejosa consistente en que tuvo lugar alrededor de las 6 horas no se encuentra acreditada terminantemente, y por ello pierde sustento su argumentación aseverando que la víctima ingresó clandestinamente al edificio.

Por el contrario el testigo Ausqui, afirma que suele abrir la puerta del edificio a las 6,15 horas y luego la deja abierta, careciendo de relevancia por lo tanto a los fines pretendidos por la quejosa si era o no costumbre que los diarios se dejaran en la puerta de entrada o en el segundo piso.

Si no se ha probado que la víctima entró al edificio contraviniendo una prohibición expresa, ni en horas en que éste se encontraba cerrado, estimo que la responsabilidad por el riesgo en el uso del ascensor subsiste en forma incuestionable. Máxime aun cuando tampoco encuentro atendible la afirmación traída con relación al correcto funcionamiento del ascensor respaldada por la declaración del testigo Barnaza pues este testigo atiende "cuando lo llaman" los desperfectos de dicha máquina (cont. 1ª) y no resulta de sus dichos que lo haya examinado inmediatamente después de producido el accidente. No ocurre lo mismo con el testigo Corbetta, quien actuó como perito a requerimiento de la autoridad policial (ver fojas 11/12 del expediente tramitado ante el Juzgado Criminal N° 17) constatando que el "sistema de traba de seguridad de la puerta" no funcionaba.

Siendo ello así, no sólo se ha omitido acreditar en autos la culpa de la víctima, sino también debe reputar-

se probado un vicio en el mecanismo de seguridad del ascensor, con lo cual la solución arribada por el sentenciante de la instancia anterior, desde mi punto de vista es correcta y debe ser mantenida.

II. Es agravio común el relativo al monto de la indemnización establecida.

Los de la actora no los considero atendibles puesto que se basan sobre las conclusiones de la pericia actuarial cumplida a fojas 169, que parten de la base de atribuir a la víctima un resto de vida útil de once años. Sin embargo, si ésta contaba con sesenta y seis años a la época del accidente la estimación del experto supera considerablemente la esperanza de vida promedio difundida recientemente por el Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas, que la fija en sesenta y seis años para los hombres y en setenta y dos para la mujer (ver diario *Convicción* del día 9/8/1981).

A ello debe agregarse que la actora admitió que percibe un beneficio jubilatorio que es mayor al que percibía su hermano (ver fojas 183, cont. pos. 8^a). Siendo ello así cabe recordar que tratándose de la indemnización derivada de la muerte de un hermano, su monto debe ser establecido sobre la base de la pérdida de una "chance" actual consistente en la supresión de una probable ayuda económica futura (ver Llambías, *Código Civil anotado*, t. II-B, p. 348), razón por la cual estimo que la indemnización fijada por el *a quo* no debe ser aumentada.

Contestando los agravios de la demandada creo en rigor de verdad que tampoco deben ser admitidos, puesto que pese a lo expresado precedentemente, la actividad que cumplía la víctima hace presumir que alguna vida útil le quedaba, puesto que era una persona sana (fo-

jas 136, cont. 6ª, fojas 127 cont. 7ª) y sus ingresos jubilatorios precisamente se veían reforzados con esas tareas extras. Por lo demás, contribuía con los gastos que demandaba la modesta forma de vida que llevaba con su hermana (cont. testigo Casalnuovo, fojas 127, conts. 5ª, 9ª, rep. 1ª, González, fs. 136, cont. 9ª), compartiendo algunos rubros de significativa trascendencia sobre el presupuesto como lo es el alquiler de la vivienda.

Por lo brevemente expuesto, voto por la afirmativa proponiendo que se confirme la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso, corrigiendo en virtud de lo peticionado a fojas 217 vuelta, la desvalorización monetaria operada entre la fecha del pronunciamiento de primera instancia y el presente, a cuyo fin aplicando los índices correspondientes al aumento de los precios al consumidor —nivel general—, deberá elevarse el monto de la condena a la suma de \$ 27.136.268. Las costas de alzada serán soportadas por su orden en atención a la suerte corrida por los respectivos recursos (artículo 71, Código Procesal).

Los doctores *Vernengo Prack* y *Collazo* por análogas razones a las expuestas por el doctor Palmieri votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede se confirma la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso, corrigiendo en virtud de lo peticionado a fojas 217 vuelta la desvalorización monetaria operada entre la fecha del pronunciamiento de primera instancia y el presente, a cuyo fin aplicando los índices correspondientes al aumento de los precios al consumidor —nivel general—, deberá elevarse el monto de la condena a la suma de \$ 27.136.268.

Las costas de alzada serán soportadas por su orden en atención a la suerte corrida por los respectivos recursos. *Rómulo Vernengo Prack. Antonio Collazo. Jorge H. Palmieri* (Sec.: Martín J. Chavarri).

2. LA NOCION DE DAÑO. DAÑO JURIDICO.

DAÑO DE HECHO

La sentencia valiosa que comentamos nos permite volver sobre un tema de interés indudable ⁽¹⁾; que mantiene dividida la doctrina nacional, como se vio claro en las *Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas* ⁽²⁾ y en el cual no es dable predecir la evolución a producirse ⁽³⁾.

La noción de daño, en orden a su reparación, a la existencia del presupuesto fundamental de la responsabilidad civil, y no en orden a su conceptualización teórica o precisión doctrinaria, tiene que ver con las tendencias a la ampliación o restricción de aquel derecho a ser indemnizado; con las razones que militan en una u otra postura: detener la catarata de damnificados, por un lado, y encontrar un victimario donde aparece una víctima, por el otro.

⁽¹⁾ Nos hemos ocupado de él en distintas ocasiones, en nuestra obra *Responsabilidad por daños*, luego de exponer el panorama del derecho nacional y comparado, algo así como el estado de la cuestión, nos definimos a favor de la conceptualización del daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil, como "lesión de un simple interés". *Parte General*, t. I, ps. 141 y sigtes., Nros. 58 y sigtes., Ed. Ediar, 1971.

⁽²⁾ Celebradas en Rosario en junio de 1979; volveremos más adelante sobre sus conclusiones.

⁽³⁾ Pues si bien se dictan fallos como el que nos ocupa, que parecen seguir el criterio amplio, también aparece reiterada la tesis restrictiva en estudios valiosos, como el de TRIGO REPRESAS, *La subsistencia del daño patrimonial*, p. 36, en *Temas de Responsabilidad Civil*, libro homenaje al eminente jurista platense Augusto Mario Morello, Ed. Platense, La Plata, 1981.

Queremos insistir en esa filosofía que se esconde detrás de la noción de daño; no está en discusión un tema de gabinete sino uno de repercusión en aspectos prácticos, que hacen al otorgamiento o no del resarcimiento peticionado.

Y, por lo demás, negamos que la cuestión aparezca resuelta en la normativa jurídica en el sentido restrictivo, dando pie a quienes exigen no un mero daño, perjuicio, detrimento o menoscabo, sino que este daño sea jurídico.

Cuanto más puede admitirse que la cuestión no está expresamente resuelta en la ley, que es opinable, a tenor de la amplitud de los textos que se ocupan del tema: artículo 1068, donde se alude a “algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”; 1079, que menciona el sufrimiento padecido de manera indirecta, y concordantes.

Y entonces el requisito de la “juridicidad” del daño, de su vinculación con derechos subjetivos, se muestra como de raigambre doctrinaria, dictado por un particular finalismo axiológico.

El debate se centra entonces en la axiología y no en la dogmática; queda de lado el respeto o apartamiento de la ley, para discutirse sobre conveniencias o no de tales o cuales interpretaciones que la misma posibilita.

Y como siempre es bueno empezar por el principio, o cuanto menos por algo que está a alguna distancia, abriendo el panorama, no es irracional que digamos acerca de los *numerus clausus*, de las tipificaciones exhaustivas o limitativas, de la labor del legislador que cierra posibilidades, sea en la enumeración de los derechos subjetivos, sea de los bienes susceptibles de ser judicialmente dañados.

Porque éste es el quid de la cuestión.

3. LA LIMITACION DEL RESARCIMIENTO AL DAÑO JURIDICO. SUS RAZONES

Cuando se niega el resarcimiento, con base en la tesis restrictiva, se le dice a la víctima real, de un daño innegable: tú no mereces reparación porque la ley no se ha detenido, antes de ahora, a analizar y aprehender un interés similar al que invocas. El mismo no está tutelado o protegido por norma expresa alguna.

No se niega el perjuicio, se desconoce su tutela legal.

De donde se cae, conscientemente o no, en la exigencia de la catalogación, de la tipificación, de la enumeración cerrada y completa.

Es como sostener que no hay otros derechos subjetivos que los tutelados expresamente por la ley; para concluir que no hay otros daños que los que implican violación o menoscabo de esos derechos subjetivos.

Se parte, claro está, “del modo moderno —originado en el jusnaturalismo racionalista— de ver lo jurídico; el derecho deja de concebirse como la justa partición, para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes, inherentes a los individuos” (4).

El legislador, personaje supremo, debe no sólo tipificar la antijuridicidad civil, artículo 1066, sino también la culpabilidad y los daños; de donde el resarcimiento se niega por un orden variado de razones: a veces por no ser “daño ilícito”, otra veces por no ser “daño culpable”, y en ocasiones por no ser daño - tipificado.

Afortunadamente observamos reacciones en el Derecho Comparado.

(4) VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, ps. 18 y prólogo de Guzmán Brito, profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, Ed. Universitaria de Valparaíso, 1976.

Tucci ha señalado, en Italia, que “en realidad, se observa por los críticos de la doctrina tradicional, que el daño atañe a la concreta alteración económica de los bienes del sujeto y el daño subjetivo en cambio atañe a la abstracta configuración de las relaciones de goce del sujeto con el bien” (5).

Recordemos al pasar, que con el argumento de faltar la tipificación se han negado daños tales como: a) el daño estético; b) el daño en la vida de relación; c) el daño a la intimidad y otros muchos.

Se ha negado que el damnificado indirecto pudiera ser otro que el titular de un derecho de origen alimentario, sucesorio o contractual.

Y no se diga que la apertura o flexibilización permitiría proteger situaciones calificadas como antijurídicas, porque para remediar tal exceso se encuentra precisamente la exigencia de tratarse de un interés serio, lícito, acorde con la moral y el orden público.

Y tampoco es válido argumentar con la serie infinita de damnificados, puesto que el daño debe encontrarse en relación adecuada de causalidad con el hecho productor.

4. LA AMPLIACION DEL RESARCIMIENTO AL DAÑO DE HECHO. SUS MOTIVACIONES

Un sector muy importante de la doctrina moderna, en especial extranjera, plantea la necesidad de una concepción “dinámica” o flexible del daño, sobre la base de “estándares jurídicos” que no hacen más que adjudicar al magistrado la facultad de emplear su sana crí-

(5) TUCCI, G., *Responsabilidad civil y daños injustos*, en *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, ps. 423 y sigtes., obra de Nicolo Lipari y otros, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España.

tica, su sentido común, para la inclusión o exclusión de los diferentes casos de daños que, a su criterio, merecen ser amparados (6).

Se propone por este camino la superación de las tres corrientes que se disputaban las preferencias:

- 1ª) La tradicional, del daño - jurídico, lesión a un derecho subjetivo reconocido por la ley.
- 2ª) La del interés, defendida por nosotros, denominada también del daño de hecho o fáctico; para la cual, conforme con la definición de Carnelutti (7), el daño no sería la supresión de un bien, sino su disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer las necesidades del lesionado; y,
- 3ª) La de la "situación favorable", defendida por De Cupis (8), para la cual el daño es todo evento que menoscaba un bien, fuente de utilidad para el sujeto al que pertenece.

(6) Puede consultarse CRIFO, G., *Danno (storia)* en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, ps. 621 y sigtes., Milán, 1962; SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozioni di danno*, ps. 469 y sigtes. en *Riv. Trim. de Diritto*, año XXIII, Nº 2, junio, 1969. Entre nosotros, es ZANNONI, en *Epoca de la determinación del daño*, ps. 111 y sigtes., en el libro de homenaje a Morello, quien habla de que el "daño es, por naturaleza, un acontecer dinámico".

(7) CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, ps. 12 y sigtes.; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, ps. 37 y siguientes.

(8) DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, ps. 107 y sigtes., traduc. Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1975. Para el profesor de la Universidad de Perugia es necesario profundizar en el concepto de daño, "adentrándonos en la exposición de su objeto". "El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica y consiguientemente es siempre un interés humano". Y más adelante nos precisa que "lo que el derecho tutela el daño vulnera". "Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él presta el derecho la propia reacción". Y concreta su adhesión a la tesis restrictiva agregando: "En consecuencia el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño entendido genéricamente es cualquier situación favorable que se refiera

Tucci se pregunta: ¿los hechos dañosos resarcibles son, en el ámbito del derecho privado, típicos, como se pretende que los sean los hechos constitutivos de delito en el derecho penal? ¿“Se puede reconstruir el ordenamiento en el sentido de determinar en abstracto el tipo de daño resarcible, dejando al juez la única tarea de comprobar que en el caso concreto se ha producido una de aquellas hipótesis”?

Explica que “la doctrina de la tipicidad de los hechos dañosos ha sido formulada en un período histórico particular y en un determinado contexto cultural, es decir, en la cultura alemana condicionada por la tradición de la escuela histórica y de la pandectística”.

A su juicio, que compartimos plenamente, las vicisitudes mismas del instituto de la responsabilidad civil hacen propender a dar a los interrogantes formulados una contestación negativa (?).

Como pautas que iluminan la tarea de efectuar la “criba de intereses” nos parecen razonables las siguientes:

- a) A partir de una concepción plena o integral de la persona humana, muy lejana de la concepción del “hombre trabajador o productor”, como que-hacer exclusivo;
- b) Ella se complementa con una concepción similar, amplia, del patrimonio, compuesto no sólo por bie-

o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés jurídicamente tutelado”. Parte de las nociones de “necesidad” —exigencia o menester que proviene de la falta de ciertas cosas— de la noción de “bien” —todo lo que puede satisfacer una necesidad— y de la de “interés” —posibilidad de que una necesidad experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha mediante un bien—. El daño es entonces, concluye, el perjuicio “que puede afectar al interés en sí o cuando se reconoce sobre un bien” (*ob. cit.*, ps. 107 y siguientes).

(?) TUCCI, en la obra de LIPARI, p. 470.

nes materiales e inmateriales, sino también por posibilidades, expectativas o chances;

- c) Llegar entonces a la idea que el daño resarcible es la alteración en concreto de cualquier bien jurídico del que el sujeto es titular. Con la aclaración que tal perspectiva no coincide con la lesión del derecho subjetivo, puesto que por bienes jurídicos se entiende no sólo los derechos subjetivos, sino también los relativos a la existencia física de las personas, a sus atributos morales, las relaciones familiares y algunos bienes-intereses, como los derechos de crédito y los intereses legítimos; y,
- d) Por último, tener muy presente el principio de la solidaridad social con arreglo al cual deberán precisarse las situaciones jurídicas relevantes desde el punto de vista resarcitorio (10).

5. EL HERMANO COMO DAMNIFICADO INDIRECTO EN EL HOMICIDIO. LA "CHANCE" COMO DAÑO NO JURIDICO REPARABLE

La situación del hermano, damnificado por la muerte de un ser querido, a la vez ayuda real o probable, desde el punto de vista económico, pero carente de un derecho subjetivo a reclamar alimentos o concurrir a la herencia, ha preocupado desde antiguo a la doctrina nacional.

En la *Parte General* de nuestra obra recordábamos que con el valladar del derecho subjetivo, que en el caso no es otro que el derecho alimentario, se llega a la exclusión de los hermanos que no recibían alimentos voluntarios de la víctima, de los demás parientes

(10) TUCCI, *ob. cit.*, p. 469.

en igual situación, del llamado hijo de crianza, de los extraños que eran benévolamente protegidos o auxiliados por el muerto, etcétera (11).

Y en la *Parte Especial* precisamos que “el hermano que sufrió un perjuicio propio con el deceso de la víctima, puede accionar por el consiguiente daño, en su calidad de «tercero damnificado»...” (12).

En la especie resuelta la víctima “contribuía con los gastos que demandaba la modesta forma de vida que llevaba con su hermana”, la actora; y compartía, además, otros rubros “de significativa trascendencia sobre el presupuesto como lo es el alquiler de la vivienda”.

Pero es notable observar que el tribunal cita esos hechos como argumentos coadyuvantes: “por lo demás...”

La idea central, la razón del acogimiento del reclamo está en el interés en el mantenimiento de una “chance”, de una probabilidad de ayuda futura económica.

Y esa es la conclusión valiosa. Aun sin un derecho subjetivo a la ayuda económica, puede afirmarse la existencia de un interés cierto con base en la situación familiar.

(11) MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños, Parte General*, p. 145. En las jornadas de Rosario un sector recomendó que: “El damnificado mediato debe acreditar la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido” (Andorno, Brebbia, Barbero, K. de Carlucci, Rodríguez). Otro sector votó en cambio, “para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés, siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público” (Mosset Iturraspe, Zannoni, Molinas).

(12) MOSSET ITURRASPE, *Parte Especial*, t. II-B, ps. 169 y sigtes.; recordábamos dos precedentes jurisprudenciales: uno de la CNCivil, sala B, publicado en Rev. La Ley, t. 99, p. 118; y otro de la CApel., Rosario, sala II, CC, en Juris, t. 14, p. 248 (Rep. La Ley, t. XX, p. 351, sum. 48).

6. EL ASCENSOR EN MOVIMIENTO ES COSA RIESGOSA

Con todo acierto se califica al ascensor como cosa riesgosa y además, en el caso, viciosa.

La eximente invocada ⁽¹³⁾ culpa de la víctima, no ha sido demostrada; el tribunal explica que habría culpa en el uso del vehículo contraviniendo la prohibición expresa de entrar al edificio o “en horas en que éste se encontraba cerrado”, pero ello no se ha probado.

En suma, una decisión feliz que nos ha dado pie para comentar el estado actual de la noción de daño resarcible.

(13) MOSSET ITURRASPE, *Eximentes*, p. 180, Ed. Ediar, 1980; nos ocupamos allí de las eximentes válidas e inadmisibles en los daños originados en el uso del ascensor.