

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DAÑO ~ DAÑO RESARCIBLE

**Título:** Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial

**Autor:** Calvo Costa, Carlos A.

**Publicado en:** RCyS2015-IV, 81

**Cita Online:** AR/DOC/555/2015

**Sumario:** I. Introducción. La definición del Código Civil y Comercial en el actual contexto del Derecho de Daños.— II. En busca del significado del daño resarcible. El concepto brindado por el Código Civil y Comercial.— III. La clasificación y requisitos del daño resarcible en el Código Civil y Comercial.— IV. Colofón

**Abstract:** De conformidad con la definición de daño que nos brinda el Código Civil y Comercial, se contemplan en el nuevo ordenamiento jurídico tanto los daños individuales tradicionales (patrimonial o moral —ahora denominado "daño que provoca consecuencias no patrimoniales—), se incorporan los daños colectivos cuando se lesionan derechos de incidencia colectiva, y se elimina la distinción entre daños de origen contractual o extracontractual, aunque subsisten algunas diferencias entre ambas órbitas de responsabilidad

### **I. Introducción. La definición del Código Civil y Comercial en el actual contexto del Derecho de Daños**

Uno de los grandes vacíos que presentaba el Código Civil de Vélez Sarsfield era una definición de daño resarcible. Si bien marcaba la necesidad de que se causara un daño para que existiera un acto ilícito punible (art. 1067), no se lo definía, limitándose el Codificador a señalar cuándo habría un perjuicio reparable y qué comprendería la indemnización (arts. 1068 y 1069). Hemos señalado en algunas ocasiones (1) que el daño es un concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo (2), que suele ser utilizado como sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Con tal amplitud de significado, la vida cotidiana resulta ser una fuente incesante de daños: así, ocasiona daño —aún sin quererlo— quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de trabajo relegando a otras personas, quien logra obtener las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otras puedan conseguirlas, quien capta los clientes de un competidor por prestar mejores servicios que él aún cuando no utilice mecanismos ilegítimos para ello, etc. La enumeración se tornaría infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan ser resarcibles; en consecuencia, se torna trascendente determinar cuáles de todos estos menoscabos devienen jurídicamente relevantes convirtiéndose en supuestos de daño reparable.

Quienes han estudiado profundamente este tema en nuestro país, habían advertido que no todo menoscabo, ni siquiera todo daño técnicamente hablando (por ejemplo cuando se presenta un conflicto de intereses que obliga a sacrificar alguna situación jurídica subjetiva), merece reparación; por el contrario, sólo es resarcible el daño al cual el ordenamiento presta tutela a esos efectos. (3) En nuestro país, en los últimos años y quizás por la gran influencia que hemos venido recibiendo del derecho italiano en esta materia, se ha comenzado a pregonar que el dañador o responsable debe reparar el daño injusto que le ocasione a otro (recordemos que el art. 2043 del Código Civil italiano hace referencia a la ingiustizia del danno). En virtud de ello, advertimos que resultaba necesaria una precisión conceptual del significado del daño resarcible, para adquirir seguridad jurídica en cuanto a qué perjuicios podrán ser indemnizados y así distinguirlos de otros que constituyen simples menoscabos carentes de juridicidad. Estimamos, por nuestra parte, que el concepto moderno de daño resarcible debe interpretarse a la luz de la constitucionalización del derecho privado, que ha ampliado en gran medida el ámbito de protección de la persona, dejando un poco de lado la protección —casi exclusiva— del derecho de propiedad que contenían la gran mayoría de los códigos civiles decimonónicos.

El daño pues, entendido como hecho jurídico, no deja de ser un fenómeno físico, pero para que adquiera relevancia en el mundo del derecho, debe trascender jurídicamente (4), siendo así que aparecen dos elementos que contribuyen a integrar su estructura: 1) el elemento material o sustancial constituido por el hecho físico y que representa su núcleo interior; y 2) el elemento formal proveniente de la norma jurídica, representado por la reacción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación provocada en el equilibrio social

y alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado (5), tal como lo veremos seguidamente. Es decir, el menoscabo, la pérdida y/o el deterioro —ya sea patrimonial o extrapatrimonial— adquieren relevancia jurídica cuando son considerados por el Derecho, el que aplicará frente ellos consecuencias jurídicas.

El Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015, brinda en el art. 1737 el concepto de daño resarcible, estableciendo que "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".

Analizaremos seguidamente la definición, pero quisiéramos advertir previamente al lector que para alcanzar el verdadero significado del daño resarcible, no se debe prescindir del contexto actual del Derecho de Daños, ya que en él encontraremos las razones de su definición. No se puede soslayar que la gran transformación que ha sufrido la responsabilidad civil a partir de la incorporación de los factores objetivos de atribución, que han provocado que la culpa dejara de ser el único factor de imputación del hecho dañoso, como así también que se transitara desde un sistema de tipicidad del hecho ilícito a uno de atipicidad que impera en nuestros días, ha potenciado, sin duda alguna, el rol protagónico del daño resarcible, convirtiéndolo en su piedra angular, en el eje en derredor del cual gira todo el sistema resarcitorio.

El avance del tiempo provocó la introducción en nuestra sociedad de nuevas fuentes de riesgos desconocidas hasta entonces, como los automotores, los ferrocarriles, las máquinas industriales, etc. que trajeron aparejado un notable incremento de los daños, en donde ya no resultaba tan simple imputar ese perjuicio al accionar ilícito—culposo de una única persona. El daño se tornó anónimo (6), ya que comenzó a estar vinculado a datos mecánicos e industriales, y no a la culpa de un sujeto. A raíz de ello, comenzaron a darse muchas situaciones de daños padecidos por las víctimas que quedaban sin reparación, provocándose de tal manera situaciones de injusticia social. Como bien lo manifiesta De Lorenzo, dentro de esta visión del problema el otro término de la ecuación de todo perjuicio, es decir la víctima del daño, no fue llamado a cumplir ningún rol de importancia en la determinación del responder. (7) En este esquema, la víctima debía soportar el perjuicio como un designio divino, como una fatalidad (8), como un golpe del destino y del azar, sin posibilidad alguna de reclamar la reparación del daño, ya que el sistema jurídico imperante se lo impedía. Sin embargo, comenzó a existir una profunda transformación en el sistema, con el paso del tiempo, en donde la culpa fue cediendo su papel protagónico, y se fue difumando el viejo dogma francés que rezaba "no existe responsabilidad sin culpa". El Derecho, con una concepción resarcitoria y de justicia distributiva, empezó a preocuparse por la víctima del daño, y ya no resultaba concebible que alguien sufra un perjuicio y que lo deba soportar por no poder acreditarse una conducta culposa en el agente del daño. La responsabilidad pasó a ser concebida como la reacción contra el daño injusto. (9) El origen de la responsabilidad civil será ese daño, y el juicio de responsabilidad consistirá en decidir si ese perjuicio debe ser reparado y por quién. (10)

Así, el fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito (11), convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual gira aquel, siendo esencial su presencia y su falta de justificación, para que proceda la reparación del perjuicio. (12) La indemnización no elimina ese perjuicio del mundo de los hechos —ya que resultaría imposible—, sino que tan sólo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo (13); bajo esta nueva concepción, podemos apreciar que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, sino de cómo determinar cuál será el patrimonio que en última instancia deberá soportar las consecuencias dañosas: por ende, tal como lo hemos advertido en una obra que realizáramos hace algunos años este tema, puede decirse que se trata más de una imputación patrimonial que de una imputación personal (14), adquiriendo el Derecho de Daños la primordial función de distribuir las consecuencias económicas derivadas de un hecho dañoso. La responsabilidad civil, en su función resarcitoria, supone la equivalencia entre el daño y la indemnización con la cual se lo enjuga. (15) En el Derecho de Daños actual, pues, adquiere especial relevancia el daño injustamente sufrido por sobre el daño injustamente causado. (16)

Así, el daño pasa a ser el verdadero y principal fundamento de la responsabilidad, convirtiéndose la culpa en un criterio más para imputar ese daño; la culpa ya no es regla general ni norma de cierre del sistema, y es el daño,

el que la ha desplazado y el que reclama nuevos sistemas de atipicidad (o tipicidad en blanco). (17) Por ende, en su faz eminentemente resarcitoria, la responsabilidad civil busca repartir justa y equitativamente los daños, por lo cual, las injusticias sociales que provocaba la falta de respuesta de un sistema anclado en la culpa, comienzan a hallar soluciones satisfactorias en los factores objetivos, que van de la mano con las transformaciones introducidas por la revolución industrial del siglo XIX. Tal como lo hemos expuesto oportunamente en nuestra obra sobre la materia (18), la responsabilidad así concebida plantea un típico conflicto de intereses: el interés de la víctima (quien no quiere soportar las consecuencias del perjuicio que ha padecido) frente el interés del sujeto designado como responsable (cuando la ley impone trasladar el perjuicio a otro).

Esta nueva realidad se halla íntimamente ligada a la concepción del "alterum non laedere" como norma primaria y cláusula general del sistema —que posee, además, jerarquía constitucional, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (19)—, a la consagración de un sistema de atipicidad del acto ilícito civil, a la reafirmación de la antijuridicidad material y objetiva como elemento esencial del Derecho de Daños, y, finalmente, a la consagración del requisito de la injusticia del daño como llave maestra para la apertura de la puerta del resarcimiento. Este es el camino que ha emprendido el nuevo Código Civil y Comercial, y que se puede advertir en la consagración de un concepto material y objetivo de la antijuridicidad, como el que brinda en el art. 1717: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

## **II. En busca del significado del daño resarcible. El concepto brindado por el Código Civil y Comercial**

No ha sido fácil ni pacífico el trayecto hacia la concreción legislativa de un concepto de daño resarcible. Han existido a lo largo del tiempo, diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a su significado que han ido mutando a lo largo del tiempo. Por razones de espacio y para no exceder el objetivo planteado en el presente trabajo, nos referiremos sucintamente a ellas.

### **I) Posturas en torno al concepto de daño resarcible**

No han sido pocos los intentos por determinar el significado de daño resarcible y su localización. Las teorías más relevantes han sido las siguientes:

El daño como detrimento de un bien jurídico. Esta primera postura expresaba que el daño era el menoscabo a un bien jurídico, entendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas; dentro de ellos cabe incluir también, entonces, a los derechos personalísimos —honor, intimidad—, a los atributos de la persona, etc. Larenz, quien postulaba esta línea de pensamiento, afirmaba que el daño no era otra cosa más que "el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio". (20) Otros autores han ampliado y precisado este concepto, afirmando que también pueden verse afectados bienes morales, por lo que no cabía equiparar el daño a la mera pérdida pecuniaria. (21) En razón de ello, para esta corriente, si el hecho vulneraba un bien de significación económica el daño era patrimonial; en cambio, cuando se lesionaba un bien que no revista carácter patrimonial —vgr. un derecho de la personalidad— el daño era moral. (22)

Esta postura ha sido objeto de críticas, puesto que acarrea serios problemas al momento de diferenciar el daño patrimonial (directo e indirecto) del daño moral. Ello así puesto que un deterioro a un bien patrimonial no originará necesariamente un daño patrimonial directo, sino que puede ocasionar un daño patrimonial indirecto e incluso un menoscabo espiritual (vgr. un incumplimiento de contrato de transporte que frustra las vacaciones de los damnificados); y a la inversa, lo mismo ocurre con el menoscabo a bienes extrapatrimoniales, que puede tener repercusión en el ámbito patrimonial (por ejemplo, hay supuestos de eventos que lesionan bienes extrapatrimoniales —vida, salud, etc.— y sin embargo, dicho menoscabo provoca impacto en la esfera patrimonial del damnificado, ya que puede acarrearle incapacidad laboral, gastos de curación, de medicamentos, etc.). Esta teoría imperó también durante mucho tiempo en el derecho italiano —principalmente sustentada por Messineo— quien definía al daño como abolición o disminución de un bien, hasta que comenzó a prevalecer la postura de carnelutti, quien determinó que el daño era mucho más que la lesión de un bien, para pasar a ser la lesión a un interés del damnificado (el daño está dado por la idoneidad del bien para satisfacer las necesidades del perjudicado). (23)

El daño como violación de un derecho subjetivo. Según esta postura habrá daño cuando se lesione un derecho

subjetivo del damnificado; entendiendo por éste al "conjunto de facultades que corresponden al individuo, y que éste puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen". (24) Es así como la persona titular de ese derecho subjetivo posee un poder de actuar que le es atribuido por la propia ley; y es allí donde se alude a un interés que ese sujeto hace suyo (interés particular, propio de ese individuo) respecto al cual la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo que el mismo sea satisfecho; así, como dice Zannoni, el interés es "interés legítimo" y, como tal, el contenido del "derecho subjetivo". (25) Debemos destacar que siempre que exista un derecho subjetivo el mismo presupone a su vez un interés legítimo. Con ello resulta claro que el interés legítimo resulta ser una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, aunque no reviste de por sí el carácter de condición suficiente del mismo, ya que para ello se requerirá además que la ley le confiera a su titular un poder de actuación en forma exclusiva.

A esta postura se le ha criticado que la expresión derecho subjetivo es de por sí difusa, y que se alude con bastante asiduidad a los conceptos "derecho" o "derecho subjetivo" como si se tratara de la misma cosa sin reparar que el derecho en general es una entidad total (vgr. el derecho de crédito u obligación), mientras que el derecho subjetivo es sólo un ingrediente de la estructura interna de aquel derecho en general —en la obligación, el susodicho derecho subjetivo no es otra cosa que el poder del acreedor— (26), sin que en esto se agote el vastísimo elenco de derechos subjetivos. (27) En palabras de Bueres, la obstinación de los juristas por encorsetar los daños en el marco del derecho subjetivo, los llevó a afirmar categorías de éste, en ocasiones de manera forzada y hasta no exentas de exotocidad, más allá del loable propósito de llegar a alcanzar soluciones justas. (28)

También apreciamos incorrecta la postura de sostener que el daño es una lesión a un derecho subjetivo, puesto que defender la misma implica desde ya descartar la existencia de simples intereses que puedan ser relevantes jurídicamente, o incluso de intereses colectivos, tan en boga en este tiempo. El interés simple, aun cuando no esté revestido de juridicidad en forma específica, sí lo puede estar en forma genérica, y —de ser así— debe ser atendido a los fines resarcitorios. (29) Esta última línea de pensamiento, que asume un criterio realista que demanda una exhaustiva valoración por parte del intérprete, la ha venido sosteniendo una calificada doctrina (30) y ha tenido adecuada recepción por nuestros tribunales, reconociendo la existencia de daño y su obligación de repararlo a aquellas personas que —si bien no eran titulares de un derecho subjetivo— sí poseían intereses simples que habían sido lesionados y que requerían por ende ser objetivamente protegidos, en virtud de razones de equidad y de solidaridad social. Ocurre que dichos intereses, si bien no eran presupuestos de derechos subjetivos y, a priori, carecían de protección legítima para exigir su satisfacción, no eran repugnantes al derecho, y fueron acogidos por la jurisprudencia por revestir el carácter de serios y lícitos, como factores de resarcimiento.

Por último, cabe decir que otro error al que conduce esta postura es a creer que de la índole del derecho subjetivo afectado se determinará si el daño será de carácter patrimonial o extrapatrimonial; ello resulta desacertado pues la lesión a un derecho de propiedad sobre un bien "x" (vgr. robo de un reloj), además de provocar un menoscabo de índole patrimonial puede irrogar un perjuicio de índole moral para el damnificado, verbigracia, si el mismo era un regalo que le había efectuado su padre por tratarse dicho reloj de una pieza única que se venía transmitiendo entre los familiares que le antecedieron de generación en generación. Estimamos que el núcleo de la tutela jurídica es un interés humano, ya que tanto los bienes como los derechos subjetivos reciben protección jurídica en la medida que se hallen enlazados con la satisfacción de algún interés por parte de su titular: es así como su lesión o violación originará un daño jurídico.

El daño como lesión a un interés jurídico. Esta postura, que oportunamente hemos considerado acertada y a la cual hemos adherido (31), expresa que el daño es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales. (32) De tal modo, el daño será patrimonial o moral, según sea la índole del interés afectado. La mayoría de quienes defienden esta postura, expresan que debe entenderse por interés extrapatrimonial a aquél que está conectado con el espíritu de la persona, de modo tal que su violación le provoca un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo, afectándole sus capacidades de entender, de querer y de sentir.

El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica que, consiguientemente, es siempre un interés humano (33), el que resulta ser el núcleo básico, no sólo para activar la tutela resarcitoria, sino también para poner en acción las tutelas inhibitoria y restitutoria. (34) Y esa tutela por parte del derecho puede realizarse de dos maneras, o bien haciendo prevalecer un interés frente a otro que se le opone, o bien, subordinándolo frente a otro

que prevalece, pero imponiendo al mismo tiempo la necesidad de que ese sacrificio sea compensado de algún modo. Cabe destacar que el interés lesionado debe ser ajeno (35), ya que el sistema jurídico no reacciona cuando el daño se lo infringe la propia víctima o ha sido causado por su culpa exclusiva, puesto que como lo destaca Gamarra (36) —además de romperse el nexo causal— en realidad no existiría daño.

Se sostiene en este sentido que lo que el derecho tutela, el daño lo 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 apresta el derecho la propia reacción. Es evidente, pues, como lo dijéramos precedentemente, que sólo tendrá relevancia el daño jurídico —aquel que posea un *quid iuris*— por lo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el objeto de un menoscabo jurídico no es más que un interés jurídicamente tutelado. Todo aquel interés que no encuentre tutela en nuestro derecho —ni explícita ni genéricamente (vgr. por resultar ser reprobado por el derecho)— y que sea lesionado, como también todo aquel daño simplemente naturalístico —que consista únicamente en un simple menoscabo a bienes— no provocará la reacción del sistema a fin de lograr una reparación del mismo. La simple lesión a un bien no es daño en sentido jurídico sino en sentido naturalístico; si el bien sobre el cual recae la lesión física no satisface un interés humano, no existe daño jurídico. Ello así, toda vez que el derecho no tutela los bienes en sí mismos considerados, abstractamente, sino en la medida que satisfagan un interés humano. (37)

Por interés (jurídico) entendemos que es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados. Aquí debemos ser claros en precisar que por bien entendemos todo aquello que es objeto de satisfacción y que puede satisfacer alguna necesidad, pudiendo ser cosas, derechos, créditos, del propio cuerpo, de la salud, la intimidad, el honor, etc. Esas situaciones particulares de cada una de esas personas es lo que el derecho va a tutelar. El interés (que etimológicamente es "id quod inter est": relación, conexión) no es más que la relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad y el bien apto para satisfacerla.

Es decir, el núcleo de la tutela jurídica es el interés, puesto que —reiteramos— el derecho subjetivo y los bienes jurídicos se tutelan en vista a la satisfacción de intereses humanos. Es por ello que resulta acertada la doctrina que afirma que cuando se afecte la esfera jurídica del sujeto, vgr. el goce de la propiedad aludida sobre la que podrá ejercer una facultad, existirá daño. (38) Es importante destacar que el interés tutelado por el derecho puede ser afectado, a su vez, de dos maneras: a) alterando o cercenando esa posibilidad a la que nos hemos referido, de que un bien satisfaga la necesidad de un sujeto determinado (vgr. robándole el automóvil al propietario del mismo); o b) alterando la esencia de ese bien (vgr. inutilizando totalmente ese vehículo) de modo tal que resulte inepto para satisfacer la necesidad de su propietario. Por ello, ante el perjuicio irrogado a ese bien en su esencia, sólo habrá daño que provoque la reacción jurídica, cuando mediante la afectación a ese objeto también se esté vulnerando al interés del sujeto.

Cabe, por último, referirse a los intereses simples, es decir, a aquellos que son "meras expectativas lícitas de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción" (39), que se encuentran en la esfera propia de las personas, pero que carecen de un medio de protección legal que autorice su obtención compulsiva a través del derecho. (40) Hemos visto que muchas veces hay intereses lesionados que —sin ser sustratos de derecho subjetivo alguno y aun careciendo de protección legítima expresa para asegurar su satisfacción— no resultan ser repugnantes al Derecho y su goce es perfectamente lícito, aunque su pretensión no es exigible. El problema que han planteado ellos en la doctrina y en la jurisprudencia es el de saber si pueden ser objeto de resarcimiento y protegidos en la medida que revistan el carácter de serios y lícitos (vgr. el novio que sufre angustia y aflicción por el homicidio de su novia o la concubina por la muerte de su pareja; o el desvalor espiritual que padece un padre por las lesiones irreversibles de su hijo menor de edad; o el menoscabo que sufre un menor de edad huérfano y desamparado, quien es recogido por un familiar no obligado legalmente a brindarle alimentos —vgr. tío, primo— pero que le brinda protección y asistencia durante su crianza, ante la muerte de ese familiar en un hecho ilícito responsabilidad de un tercero; etcétera).

Estimamos, por nuestra parte, que así como el interés legítimo lleva en sí mismo una nota específica de juridicidad, el interés simple la lleva en forma genérica, y podrá ser resarcible en la medida que no sea ilegítimo y revista cierta seriedad. Demás está decir, que deberá el intérprete ser minuciosamente cuidadoso de no otorgar

protección a intereses que resulten ilegítimos. (41)

Cuando hablamos de lesión a intereses legítimos, hacemos referencia a la alteración que sufre una determinada situación jurídica de provecho, que sirve de sustrato y encuentra amparo en un derecho subjetivo; en cambio, manifestamos que se ha lesionado un interés simple cuando se ha afectado una situación fáctica de provecho la cual —si bien no cuenta con medios de protección otorgados por la ley que permitan su satisfacción— genera en quien la detenta una expectativa lícita de continuar disfrutando de dicho estado. Bastará, en consecuencia, a los efectos de analizar el resarcimiento del daño, que se haya lesionado un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho. Ello así, puesto que los simples intereses (en tanto sean lícitos y serios) también adquieren tutela jurídica —en forma genérica más no específica como en los intereses legítimos— en cuanto importan medios para satisfacer necesidades humanas, cuya minoración es antijurídica y apta para generar consecuencias dañosas. (42) El simple interés constituye una facultad de actuar no repudiada por el derecho, y que será tutelado por el Derecho en la medida que el mismo sea valorado por los jueces como susceptible de protección jurídica a la luz de la totalidad del ordenamiento jurídico. (43) Creemos que no resulta fácil a priori categorizar como legítimo o ilegítimo un determinado interés simple, sino que resulta necesario el exhaustivo análisis y valoración en cada caso concreto a fin de hallar la solución justa al problema.

Algunos autores italianos, dentro de esta misma línea de pensamiento, han distinguido entre los intereses eficaces y los intereses relevantes: los primeros son los que se encuentran subsumidos en una situación subjetiva reconocida por el ordenamiento, mientras que los segundos, son aquellos que pueden ser considerados por el Derecho para brindarles tutela jurídica, aunque por sí solos no poseen protección legal, como sí la tienen los intereses eficaces. El concepto de danno ingiusto en el derecho italiano, requiere pues de la lesión a un interés eficaz o relevante (contra ius), y de la calificación de injusticia de dicha lesión (sine iure). (44) De tal modo, queda claro que no todo menoscabo o lesión genérica a un interés importa un daño injusto. (45)

Scalisi, en el derecho italiano, expresa que la declaración de injusticia requiere que el magistrado efectúe la confrontación del interés del dañado con el del dañador, y habría, luego de ello, declaración de danno ingiusto cuando: a) en esa confrontación de intereses, el del dañador no posea un interés jurídico trascendente respecto de la víctima; o, b) el dañador detenta una posición de poder al igual que el dañado, pero aquél despliega una "actividad antifuncional o incorrecta". En cambio, no habría calificación de injusticia (46) en el daño, si el dañador lo ocasionó en ejercicio de esa posición de poder que detentaba, pero con corrección y moderación, y dentro de los límites del derecho. (47)

En consecuencia, la "juridicidad" del interés implica una noción amplia, comprensiva tanto del interés legítimo como del simple interés o de hecho. (48) Al centrar el núcleo de protección jurídica en el interés, se destaca que éste: a) puede ser el sustrato de un derecho subjetivo; b) puede hallarse ligado a un bien digno de protección jurídica aun cuando su titular no posea un derecho subjetivo; o c) puede revestir el carácter de simple o de hecho para convertirse finalmente su lesión en resarcible en la medida que revista licitud o seriedad.

Así, pues, habrá —a nuestro criterio— daño susceptible de ser reparado, en cualquiera de las siguientes situaciones:

Cuando se afecte o se altere una situación jurídica de provecho amparada por un derecho subjetivo; en tal caso estaremos en presencia de interés legítimo lesionado, debiendo aclarar que en este caso su titular posee un poder de actuación exclusivo otorgado por la ley.

Cuando se atente contra la preservación de un marco de legalidad en el cual un sujeto participa en situación de concurrencia con otras personas (vgr. quien participa de un concurso y aspira a que se respeten las normas vigentes para el mismo). En tal situación también se estará lesionando un interés legítimo, dado que dicha preservación del marco de legalidad puede quizás, en un futuro, permitirle al sujeto la adquisición de un derecho subjetivo. Pero, claro está, el bien jurídico objeto del interés del sujeto, no lo posee éste en forma exclusiva, sino compartido con otros sujetos, dado que no es un derecho subjetivo.

En el caso de la afectación o alteración de una situación fáctica de provecho en la cual, si bien la misma no resulta exigible por carecer el sujeto que la detenta de medios de protección legítimos que le aseguren su satisfacción, provocan en él —al menos— una expectativa lícita de continuar en dicho estado potencialmente

satisfactivo. (49) En tal caso se habrá afectado un interés simple.

Los modernos autores italianos, insistimos, no dudan en señalar que el daño sólo puede definirse —en sentido jurídico— a partir de la lesión de intereses humanos. Asimismo, manifiestan que, como vimos, son pasibles de ser resarcidos tanto los intereses eficaces (aquellos subsumidos en la estructura interna de una situación jurídica específica reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico), como así también los intereses relevantes (aquellos que resultan ser dignos de tutela jurídica, sin ser sustrato de derechos subjetivos). (50) Esta concepción que centra la protección jurídica en la lesión a un interés, según nuestro parecer, permite ampliar las fronteras del daño y es perfectamente compatible con el fenómeno de la atipicidad del acto ilícito civil, que impera en el actual Derecho de Daños.

El daño definido por sus trascendidos, repercusiones o resultados. Un importante sector de nuestra doctrina nacional (51) —muy calificada por cierto— sostiene que el daño no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa—efecto. El daño resarcible es esto último. (52) Para esta corriente doctrinaria, resulta muy importante diferenciar entre lo que constituye el daño en sentido lato o amplio y el daño resarcible. En un sentido amplio, el daño es la ofensa o la lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. De este modo, todo acto ilícito por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos. El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado. También el derecho civil se refiere a esta expresión de daño lato sensu, a la hora de prevenir o hacer cesar conductas lesivas para los derechos o intereses individuales y colectivos.

En un sentido estricto, el derecho civil se refiere al daño resarcible (arts. 1737 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación), entendiendo a este como presupuesto esencial de la responsabilidad civil. En tal sentido, el daño ya trasciende el significado de la mera lesión de un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial o de un interés que presupone aquél, para significar la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión (daño en sentido amplio) y el menoscabo (como resultado de la lesión) esto último es el daño resarcible, el único que trasciende jurídicamente y que debe interesar a los fines de su reparación.

Se ha expresado que determinar la sustancia del daño resarcible exige atender a las consecuencias o repercusiones de la lesión, no al bien jurídico lesionado, y ni siquiera de modo exclusivo al interés vinculado a su preservación. El daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, determina el contenido que debe serle asignado. (53)

Sin perjuicio de manifestar —como lo hemos hecho en extenso en un trabajo anterior sobre la materia (54)— que esta postura es perfectamente compatible con la que define al daño resarcible como la lesión a un interés, coincidimos con Visintini en cuanto a que el análisis sobre la procedencia o no de la reparación debe partir de un estudio previo sobre la juridicidad del interés vulnerado, para luego de verificada ella, proceder a indemnizar las consecuencias o trascendidos del perjuicio. (55)

No obstante, insistimos, como lo hemos mencionado hace ya unos años en ocasión de una específica obra nuestra sobre este tema (56), que ambas posturas —la que define al daño como la lesión a un interés jurídico y la que lo hace por sus trascendidos o consecuencias— son acertadas y resultan ser complementarias una de la otra, ya que entre el interés y la consecuencia existe homogeneidad.

Estimamos que ambas posturas —no obstante los tecnicismos científicos utilizados a la hora de conceptuar el daño— pragmáticamente pregonan la homogeneidad que debe existir entre la causa y el efecto del daño. Así, las dos son contestes en que si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será patrimonial; y si el interés afectado es moral, la consecuencia será moral o espiritual. En aquella ocasión, hemos expresado que podía definirse al daño resarcible como la "lesión a un interés —obviamente ajeno— patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente". (57)

## II) El concepto brindado por el Código Civil y Comercial

Como hemos mencionado precedentemente, se desprende del art. 1737 del Código Civil y Comercial que el

daño es la lesión "a 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".

En primer lugar, nos parece loable que el nuevo ordenamiento jurídico haya destinado una sección entera al tratamiento del Daño Resarcible (Sección 4ta. del Libro Tercero, Título V, Capítulo I). Además, porque en líneas generales, ha logrado plasmar en el concepto de daño todas estas tendencias modernas a las que hemos hecho referencia precedentemente y que se condicen con la razón de ser del actual Derecho de Daños. Advertimos con beneplácito que el significado de daño resarcible —de acuerdo a su evolución en la doctrina y en la jurisprudencia nacional y extranjera, como hemos visto anteriormente—, ha sido correctamente expresado, según nuestro parecer. No podemos soslayar que a partir de la sanción del Código Italiano de 1942 (que ha empleado la noción de danno ingiusto) y gracias a los valiosos aportes de autores de aquel país (58), el significado de daño resarcible ha evolucionado; se ha afirmado la idea de que el daño objeto de resarcimiento es aquel que consiste en la lesión a un derecho o a un interés merecedor de protección conforme al ordenamiento jurídico, si no está justificado. Esta postura —desconocida por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil— también imperaba ya en nuestros doctrinarios con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, en nuestra jurisprudencia, y había sido ya plasmada en el art. 1588 del Proyecto de Código Civil de 1998. (59)

Entendemos, sin embargo, que hubiera bastado quizás con definir al daño resarcible como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, sin necesidad de agregar que también lo es "cuando se lesiona un derecho", ya que —como vimos precedentemente— siempre que exista un derecho subjetivo el mismo presupone a su vez la presencia de uno o varios intereses legítimos. Con ello resulta claro que cuando se habla de lesión a un derecho, en definitiva se están afectando los intereses que lo componen e integran, por lo cual no son conceptos disímiles.

También apreciamos que surge de la definición de daño resarcible que el derecho o el interés lesionados deben tener por objeto a la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Sin perjuicio de insistir en que el daño puede ser individual o colectivo, entendemos que los derechos de incidencia colectiva son de dos categorías: a) aquellos que tutelan bienes colectivos (que no son susceptibles de apropiación individual excluyente, indivisibles, y que pueden ser disfrutados por varias personas sin ser alterados) (60), y, b) los que sin recaer sobre bienes colectivos, poseen condiciones de ejercicio homogéneas en relación a una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia —consideradas estructuralmente— resultan obstaculizadas por las circunstancias del caso. (61) Es decir, expresamos, que dentro de la protección a esta categoría de derechos de incidencia colectiva no sólo se encuentran la tutela de bienes colectivos, sino también, la de derechos individuales homogéneos cuando existen obstáculos para el acceso a la justicia de parte de los titulares de esos derechos. (62)

Lamentablemente, el nuevo Código Civil y Comercial no posee una sección destinada a los "Daños a los derechos de incidencia colectiva", puesto que ha sido suprimida en última instancia por el Poder Ejecutivo Nacional, pese a que había sido introducida en la Sección 5ª del Capítulo 1 del Título V por el Proyecto originario redactado por la Comisión de Reformas. En ella se hacía mención a la legitimación para obrar en tales supuestos, a los daños a derechos individuales homogéneos, a los presupuestos de admisibilidad, y a los alcances de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en tales casos.

A modo de conclusión, entonces, de conformidad con la definición de daño que nos brinda el Código Civil y Comercial, se contemplan en el nuevo ordenamiento jurídico tanto los daños individuales tradicionales (patrimonial o moral —ahora denominado "daño que provoca consecuencias no patrimoniales—), se incorporan los daños colectivos cuando se lesionan derechos de incidencia colectiva (pese a la supresión mencionada precedentemente), y se elimina la distinción entre daños de origen contractual o extracontractual, aunque subsisten algunas diferencias entre ambas órbitas de responsabilidad. (63)

### **III. La clasificación y requisitos del daño resarcible en el Código Civil y Comercial**

Como prefacio al análisis de las diversas cuestiones atinentes al daño resarcible, debemos destacar que el art. 1740 consagra el principio de la reparación plena, al establecer que ella "consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie". Nos resulta apropiado



que se haya utilizado la expresión reparación plena en lugar de reparación integral, puesto que, como lo han evidenciado algunos autores, la expresión integral pareciera referir que todo el daño desaparecía y esto era una ficción jurídica; por eso resulta mejor aludir a la reparación plena, que desde el principio admite que pueden quedar daños sin indemnizar. (64)

B) En cuanto a los daños indemnizables, apreciamos que el art. 1738 dispone que "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".

Por su parte, el art. 1741 del Código Civil y Comercial se refiere a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, expresando que "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".

En primer lugar, está claro que el art. 1738, en su primera parte, se refiere a la indemnización del daño patrimonial, ya que está referido a la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, al lucro cesante y a la pérdida de chances (debemos aclarar que la introducción legislativa de la indemnización por la frustración de chances reviste el carácter de novedad absoluta en el ordenamiento jurídico nacional, ya que si bien era admitida por la doctrina y la jurisprudencia, no había sido objeto de ninguna norma en el Código Civil por derogarse).

En cambio, cuando el Código Civil y Comercial se refiere a los daños que tengan por objeto a la persona, es decir, a 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, estimamos que puede derivarse de la lesión a ellas, tanto daño patrimonial como extrapatrimonial. No podemos olvidar, que la integridad psicofísica, la salud, el proyecto de vida, etc., son simplemente bienes jurídicos. Nuestro derecho ya no acepta un concepto de daño que consista en la lesión a bienes jurídicos, puesto que —como vimos— dicha acepción ha sido ampliamente superada. Y la salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etc., representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y "per se". Un daño será tal en sentido jurídico, en la medida que, sin estar justificado, afecte algún interés y que, además, provoque consecuencias; caso contrario, nos encontraremos ante menoscabos naturalísticos pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico.

En tal sentido un daño será patrimonial o no patrimonial (moral) según sea la índole del interés lesionado. Por ello, cuando nos referimos al daño a la salud, debemos determinar si el mismo sólo afecta un interés extrapatrimonial de quien lo padece o, si por el contrario, también afecta un interés de carácter patrimonial de éste (vgr. gastos de medicamentos, atención médica, tratamientos de rehabilitación, lucro cesante). Tal catalogación del daño a la salud, no implica, en absoluto, dejar fuera de la órbita de reparación a los perjuicios que se ocasionen contra ella, y mucho menos, a todas aquellas nuevas manifestaciones del daño a la persona, como ser el daño sexual, el daño al proyecto de vida, el daño a la intimidad, el daño a la vida de relación, el daño estético, etc.

Finalmente, estimamos que cuando el Código Civil y Comercial se refiere al daño con consecuencias no patrimoniales, se hace referencia al daño que provoca la lesión a intereses espirituales de un sujeto, que produce en la persona consecuencias espirituales disvaliosas, que se traducen en un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo, afectándole sus capacidades de entender, de querer y de sentir; tal denominación, en definitiva, posee la finalidad de hacer referencia al daño moral en un sentido amplio, y no reducido únicamente al "pretium doloris", como se lo concebía la doctrina de fines la década de los 70 y de los 80 del siglo pasado. En nuevo Código Civil y Comercial también se ha ampliado la legitimación para reclamar el daño extrapatrimonial (así lo dispone el art. 1741), aunque no nos ocuparemos de ello ya que será abordado en

otro trabajo por separado de esta obra por los Dres. Juan Carlos Boragina y Jorge Meza, por lo cual remitimos a él.

C) En cuanto a los requisitos del daño, estimamos que no se advierten cambios respecto de ello en el Código Civil y Comercial. Es así que el art. 1739 dispone, en su parte pertinente, que "Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente...".

Es conteste la doctrina que para que el daño sea resarcible debe ser: cierto, personal y subsistente. Ello también lo refleja el texto del art. 1739 del Código Civil y Comercial.

El daño debe ser cierto. La exigencia de que el daño sea cierto, se refiere a su existencia, y no a su actualidad o a la determinación de su monto; el daño debe existir, es decir, ser real, efectivo, y no meramente conjetural o hipotético; en ello se diferencia del daño eventual que sí es meramente hipotético, de incierta realización, meramente conjetural, y que a criterio del juzgador ofrece escasas posibilidades de ocurrencia, por lo que no corresponde su resarcimiento. Un daño también puede ser futuro sin que por ello deje de ser cierto, puesto que muchos perjuicios pueden ser razonablemente previsibles que ocurrirán. La certidumbre, pues, estará dada por las consecuencias ulteriores del acto ilícito —que pueden ser apreciadas ab initio— o por la inevitable prolongación en el tiempo del daño actual. En tal sentido pueden mencionarse las hipótesis de lucro cesante, y, en menor medida, las de pérdidas de chances, siempre que éstas últimas sean contingencias razonables y guarden relación de causalidad con el hecho generador. Es decir, en determinados supuestos el juez posee la certidumbre de que una lesión ha de suceder en el porvenir como producto del mismo ilícito.

El daño debe ser personal. Este requisito exige que la lesión recaiga sobre un interés propio (ya sea patrimonial o moral); es decir, solamente podrá reclamar la reparación la persona que ha sufrido el perjuicio. Ello, sin embargo, no es óbice para destacar que el daño —aun siendo personal— puede ser a su vez directo o indirecto. Es directo, cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito (vgr. una persona que resulta lesionada en un accidente de tránsito y reclama los perjuicios sufridos en su integridad física). Y será indirecto cuando el perjuicio propio invocado por el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero; aquí el daño se produce de manera refleja o "de rebote" ("par ricochet", dirían los franceses), tal como sucede, por ejemplo, en el supuesto de homicidio en el cual la viuda y los hijos del muerto —damnificados indirectos— pueden reclamar iure proprio la reparación del perjuicio material y moral derivado de la muerte de un tercero (víctima).

El daño debe ser subsistente. Este requisito exige que el daño debe subsistir al tiempo del resarcimiento; es decir, cuando se menciona a la subsistencia del daño se hace referencia a que el mismo no debe haber sido aún resarcido, por lo cual —si bien se trata de un perjuicio pasado en los hechos— aún permanece jurídicamente en la víctima del perjuicio. Sin embargo, para algunos autores la subsistencia como requisito del daño resarcible se presta a confusiones, puesto que ella no es otra cosa más que el efecto jurídico del daño y no un presupuesto de éste último. No debemos soslayar que el requisito de la subsistencia del daño exige que el perjuicio no haya sido reparado por el obligado a resarcir, y que ella está referida al momento de la reclamación.

#### **IV. Colofón**

A modo de conclusión podemos destacar que el tratamiento que le ha brindado el nuevo Código Civil y Comercial al tema del daño resarcible, ha sido impecable. Más allá de alguna objeción que hemos formulado por algún exceso en la definición del art. 1737, el legislador ha abordado todas cuestiones atinentes a un tema para nada sencillo.

El haberle dedicado una sección entera dentro del capítulo de la responsabilidad civil, da cuenta de la importancia que se le ha asignado a esta cuestión en el nuevo texto legal. Más allá de los temas que hemos mencionado a lo largo del presente aporte, también es de destacar la prolija metodología empleada por el legislador, al simplificar en pocos artículos, temas relacionados al daño resarcible y no siempre fáciles de resolver como el de su prueba (art. 1744), y el de la indemnización por fallecimiento (art. 1745) y por lesiones o incapacidad física o psíquica (art. 1746).

(1) CALVO COSTA, Carlos A. "Daño resarcible", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61; "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, T. 2, p. 155.

- (2) ATAZ LÓPEZ, Joaquín, "Los médicos y la responsabilidad civil", Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 319.
- (3) BUERES, ALBERTO J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (coord.), "Derecho de Daños", Asociación Justicia y Opinión, Sepin, Madrid, 2011, p. 772.
- (4) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil", ob. cit., ps. 82 a 84 principalmente, en donde expresa que "...el derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación jurídica...", manifestando que el daño es uno de esos hechos a los que él se refiere.
- (5) BUSTO LAGO, José Manuel, "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Tecnos, Madrid, 1998, p. 42.
- (6) JOSSERAND, Luis, "Derecho Civil", Tomo II, Vol. 1º, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, nro. 415, p. 297.
- (7) DE LORENZO, Miguel Federico, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 13.
- (8) RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", ob. cit., nro. 116, ps. 209 a 211. SAVATIER, René, "Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui", 1ª serie, Dalloz - Sirey, París, 1946, p. 183.
- (9) SCOGNAMIGLIO, Renato, "Illecito civile" en Novísimo Digesto Italiano, Tomo VIII, Utet, Torino, 1969, p. 171; íd., "Responsabilità Civile", en Novísimo Digesto Italiano, Tomo XV, Utet, Torino, 1969, p. 638; RODOTÁ, Stefano, "Il problema della Responsabilità civile", Giuffrè Editore, Milano, 1964, ps. 71 y ss.
- (10) RODOTÁ, Stefano, "Il problema della Responsabilità civile", ob. cit., p. 82.
- (11) TUCCI, Giuseppe, "La risarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto civile", en Riv. Dir. Civ., 1967-I, p. 263.
- (12) BUERES, Alberto J., en prólogo en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo", Ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p. 12.
- (13) GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XIX, Vol. 1, Responsabilidad Civil Extracontractual, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Montevideo, Uruguay, 1991, p. 15; DE CUPIS, Adriano, "Il danno. Teoria generale della responsabilità civile". Vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1979, nro. 21 bis, ps. 169 y ss.
- (14) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", ob. cit., ps. 51 y 52.

(15) ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar, LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, nro. 350, p. 145.

(16) FRANZONI, Massimo, "L'Illecito" en "Trattato della Responsabilità Civile", Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 40.

(17) BUERES, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", en A.A.V.V., "Derecho de Daños", Mariano J. HERRADOR GUARDIA (coord.), Asociación Justicia y Opinión, Sepin, Madrid, España, 2011, p. 774; íd., "Las fuentes de las obligaciones (algunas reflexiones de política jurídica). Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI", libro homenaje al profesor doctor Roberto López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 83 y ss.

(18) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", ob. cit., p. 55.

(19) CSJN, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", JA 1986-IV-624; y CSJN, 05/08/1986, "Gunther, Fernando Raúl c. Nación Argentina", ED, T. 120-522.

(20) LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", traducción de Jaime SANTOS BRIZ, T. I, EDERSA, Madrid, 1958, p. 193.

(21) MAZEAUD, HENRI, LEÓN Y JEAN, "Lecciones de derecho civil", traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 60.

(22) En esta línea de opinión podemos situar a: ACUÑA ANZORENA, Arturo ("La reparación del agravio moral en el Código Civil", LL, 16-536); BREBBIA, Roberto ("El daño moral", Ed. Orbir, Rosario, 1967, ps. 57 y ss.); MAZEAUD, HENRI Y LEÓN — TUNC, ANDRÉ ("Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", ob. cit., Tomo I, p. 425); MESSINEO, Francesco ("Manual de Derecho Civil y Comercial", traducción de Sentís Melendo, Tomo IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, p. 477).

(23) CARNELUTTI, Francesco, "Il danno e il reato", Cedam, Padova, 1930, págs. 13 y ss.

(24) OSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Claridad S.A., distribución exclusiva Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1984, p. 240.

(25) ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", 2da. edición, actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 28.

(26) BUERES, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", ob. cit., p. 238.

(27) BUERES, Alberto J., "El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", libro homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, 1989, ps. 166 y ss.

(28) BUERES, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", ob. cit., p. 774.

(29) RESCIGNO, Pietro, "Manuale del diritto privato italiano", Kluwer Ipsoa, Milano, 2000, ps. 211 y ss.; MAJELLO, Ugo, "Istituzioni di diritto privato", a curda di Mario Bessone, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, ps. 67 y ss.

(30) ALBADALEJO, Manuel, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I: Parte General y Obligaciones, Librería Bosch, Barcelona, 1960, p. 265; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho Civil. Parte General", Tomo I, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, págs. 416 y ss.

(31) CALVO COSTA, Carlos A. "Daño resarcible", ob. cit., ps. 70 y ss.

(32) Han sostenido esta postura, entre otros, aunque con alguna diferencia de matices entre ellos: BUERES, Alberto J. (ver obras citadas en el presente trabajo); ZANNONI, Eduardo A. ("El daño en la responsabilidad civil", ob. cit., págs. 6 y ss.); DE CUPIS, Adriano ("Il danno. Teoria generale della responsabilità civile". Vol. I ob. cit., p. 91); CARNELUTTI, Francesco ("Il danno e il reato", ob. cit., p. 9).

(33) DE CUPIS, Adriano ("Il danno. Teoria generale della responsabilità civile". Vol. I ob. cit., ps. 107 y ss.

(34) BUERES, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", ob. cit., p. 780.

(35) Digesto, D.50, 17, 203: "Quod qui ex culpa sua damnun sentit, non intelligitur damnum sentire".

(36) GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XIX, Vol. 1º, Responsabilidad Civil Extracontractual, ob. cit., p. 336.

(37) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica", LL, 1996-D-447.

(38) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit. § 5, p. 6.

(39) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit. § 9, p. 25.

(40) IRIBARNE, Héctor Pedro, "De los daños a la persona", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 433.

(41) Ver en CNCiv., en pleno, 04/04/1995, "F., M. C. y otro c. El Puente S.A.T." (voto del doctor Bueres), LL, 1995-C-642.

(42) PIZARRO, Ramón Daniel — VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones", Tomo 2, ob. cit., ps. 658 y ss.

(43) SCBA, 19/02/2002, "Pensa, Ana J. c. Tristán, Fernando J.", Acuerdo 75.617.

(44) SCALISI, Vincenzo, "Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile" en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Giuffrè Editore, Milano, Anno LVIII, Nro. 3, Settembre 2004, p. 794.

(45) BUERES, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", en A.A.V.V., "Derecho de Daños", Mariano J. HERRADOR GUARDIA (coord.), Asociación Justicia y Opinión, Sepin, Madrid, España, 2011, p. 776; íd., "La localización del daño resarcible", en "Estudios de derecho civil", homenaje al profesor Jorge Gamarra, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, ps. 426 y ss.

(46) JANNARELLI, Antonio, "Istituzioni di diritto privato", a cura de Mario Bessone, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 1014. Allí afirma el autor italiano que la injusticia es la expresión que condensa la trascendencia que para el ordenamiento jurídico tiene la situación subjetiva del dañado: sólo el daño con esa connotación constituye el dato fundamental e ineliminable que, de concurrir los demás presupuestos de la responsabilidad, activa la tutela resarcitoria.

(47) SCALISI, Vincenzo, "Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile" en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Giuffrè Editore, Milano, Anno LVIII, Nro. 3, Settembre 2004, p. 794.

(48) BORAGINA, Juan Carlos, "El daño", en "Derecho Privado", Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Oscar J. Ameal (dir.) — Dora Mariana Gesualdi (coord.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 1143; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por Daños: Parte General", Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 144. Véase también: CSJN, 25/09/2001, "Ahumada, Lía c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 324:2984.

(49) BORAGINA, Juan Carlos, "El daño", ob. cit., p. 1143

(50) SCALISI, Vincenzo, "Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile" en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Giuffrè Editore, Milano, Anno LVIII, Nro. 3, Settembre 2004, p. 794.

(51) En este sentido, entre otros: ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, nro. 77, p. 200 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños: Daños a las personas (integridad sicofísica)", Tomo 2a, ob. cit., § 6, p. 26 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Tomo IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, nro. 33, p. 90; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 8ª Edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, § 556 y 557, ps. 205; CIFUENTES, Santos, "El daño moral y la persona jurídica", en Derecho de daños, Primera parte, Trigo Represas - Stiglitz R. (dirs.), Ed. La Rocca, Buenos Aires. ps. 393 y ss., y p. 403.

(52) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición", 2da. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 37 y ss.

(53) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños: Daños a las personas (integridad sicofísica)", 3ra. reimpression, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Tomo 2a, 1996, p. 38.

(54) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", ob. cit., ps. 82 y ss.

(55) VISINTINI, Giovanna, *Il danno ingiusto*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, noviembre 1987, ps. 182 y ss. Expresa que el daño injusto que menciona el art. 2043 del Código Civil italiano apunta al interés, y no a las consecuencias económicas que deben repararse; agrega que el pregiudizio (mermas económicas) se encuentra en un tercer nivel para el análisis de la responsabilidad civil, luego del estudio de la juridicidad de los intereses vulnerados y de los criterios de imputación (p. 189).

(56) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", *ob. cit.*, ps. 92 y ss.

(57) CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", *ob. cit.*, p. 97.

(58) VISINTINI, Giovanna, "Il danno ingiusto", *ob. cit.*, ps. 182 y 183, año 1987, quien expresa que la expresión daño contenida en el art. 2043 significa "lesión a un interés" ("E mia opinione dunque che il significato dell'espressione danno che figura nell'art. 2043, è quello di lesione di interesse").

(59) "Proyecto de Código Civil de la República Argentina: unificado con el Código de Comercio para el año 2000", Ed. San Isidro Labrador, Buenos Aires, 1999, p. 385. El art. 1588 dice: "Reparación del daño no justificado. Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés, que no sea contrario a la ley, si no está justificado".

(60) Algunos autores, como GALDÓS, destacan que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos se subdividen en: difusos (cuando son referidos a un grupo indeterminado o de difícil determinación), colectivos (los referidos a un grupo determinado), o públicos (los referidos a los ciudadanos). Destaca además que tales derechos son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo, y por el afectado —cfr. art. 43 CN— (GALDÓS, Jorge M., "Los daños masivos: Primeras aproximaciones", en PALMERO, Juan C., comp., "Cuestiones Modernas de Derecho Civil", Córdoba, Advocatus, 2011, p. 289).

(61) MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel, SIGAL, Martín, "Acciones colectivas", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 191 y 192.

(62) RIVERA, Julio C. (h), "La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores", en JA 2008-II-1141 y ss. Véase también, CSJN, 31/10/2006, "Mujeres por la Vida —Asociación Civil sin fines de lucro, Filial Córdoba— c. Estado Nacional", JA, 2007-I-19.

(63) GALDÓS, Jorge M., "Comentario al artículo art. 1737 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", trabajo inédito. Destaca este autor, con acierto, que "Sin embargo la uniformidad no significa identidad absoluta ya que subsisten algunas diferencias, las que están previstas en el Código en la problemática del incumplimiento. En tal sentido el principio es la reparación plena del daño en dinero o especie (art. 1740) comprendiendo las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726), salvo dolo en el contrato en cuyo caso también se indemnizan las consecuencias existentes en el momento del incumplimiento (art. 1728). Conforme al art. 1082 la reparación del daño contractual queda sujeta a las reglas propias".

(64) Ver en este sentido: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Comentario al art. 1740", en Rivera, Julio C. — Medina, Graciela (dirs.) "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014,

Tomo IV, p. 1071.